

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O SIGILO CONSTITUCIONAL DE DADOS

Fabiano da Silveira Castanho

Aluno do 9º Período.

Revisão: Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza

1 - INTRODUÇÃO

Ao adentrar no campo dos Direitos Constitucionais, principalmente no que se refere aos direitos e garantias individuais, mister a análise prudente e racional da relação entre norma e fato, de onde surgirá a solução para as controvérsias e conflitos que eventualmente possam advir.

Como se sabe, não há ordenamento capaz de prever todas as possibilidades de conflitos de interesses, até porque a sociedade contemporânea evolui a uma velocidade jamais imaginada por nossos mais próximos antepassados.

Nessa linha de raciocínio, substancial torna-se o estudo da relatividade dos direitos absolutos, de modo a garantir a Justiça àquelas situações não previstas expressamente em nossas leis.

Calcado na possibilidade cada vez maior de ocorrência de ilícitos inerentes ao sistema de telecomunicações, devido ao seu desenvolvimento ilimitado, é com imenso prazer que trago um singelo ponto de vista sobre uma situação específica, dentre as inúmeras possíveis, porém, opinião que pode ser útil para o desenvolvimento de nossa cultura jurídica.

2-OBJETO DO ESTUDO

De modo a identificar melhor o assunto tratado no presente trabalho, importante delimitar o tema e seu contexto, evitando não só a confusão entre institutos que, à primeira vista, podem parecer semelhantes, como a polêmica que envolve casos concretos, muitas das vezes gerada pela interpretação enganosa do instituto.

Com a utilização da tecnologia avançada em praticamente todos os nossos instrumentos de trabalho e lazer, a sociedade contemporânea vem se deparando com situações inusitadas em seu cotidiano, necessitando de soluções cada vez mais rápidas e eficientes para esses acontecimentos.

E é de uma dessas situações, em específico, que este artigo trata.

A telefonia móvel, inovação recente entre os bens de consumo, tornou-se instrumento essencial na vida do cidadão, que não mais vive sem o seu aparelho celular. As empresas e operadoras de telefonia móvel se empenham em disponibilizar a cada dia novos aparelhos, assim como novos serviços, buscando ultrapassar todos os limites existentes.

Dentre os recentes serviços colocados à disposição do usuário, está o serviço de "bloqueador de identificação", que permite ao usuário do telefone celular efetuar ligações sem que o celular chamado possa identificar o número do aparelho que efetuou a ligação, mesmo possuindo "bina", que é o identificador de chamadas já existente em praticamente todos os celulares.

Pois bem, como acontece com todos os demais artigos eletrônicos e invenções tecnológicas, o homem cria utilizações práticas e úteis, porém, há sempre aqueles que se utilizam de maneira ilícita dos inventos colocados em circulação no mercado.

Neste estudo, discutir-se-á a má utilização do serviço de "bloqueador de chamadas", recém-disponibilizado na maioria das operadoras de telefonia móvel do país.

Ocorre que, acobertado pelo absoluto anonimato, o mau usuário do serviço pratica ações condenáveis do ponto de vista da utilidade do celular, sabendo que sua chance de ficar impune é grande.

Exemplificando, pode-se imaginar o sujeito que, devido a qualquer motivo de foro íntimo, passa a efetuar constantes ligações para determinada pessoa, proferindo ameaças à mesma, aterrorizando seu dia a dia, tornando o aparelho celular um legítimo instrumento de coação e perturbação.

Várias são as hipóteses imagináveis de mau uso desse serviço, como, por exemplo, o sujeito loucamente apaixonado por uma mulher e, não sendo correspondido, passa a ligar incessantemente para seu celular, proferindo ou não palavras, simplesmente para tentar sentir-se mais próximo ou amenizar a sua dor emocional.

Por toda necessidade que o telefone celular traduz em nossa vida, imagináveis são os prejuízos que situações como as supra retratadas podem provocar. Seriam prejuízos das mais diversas classes, indo desde o prejuízo financeiro, com as chamadas para esvaziar a caixa postal completamente lotada por mensagens não identificadas, até o prejuízo moral, com a preocupação de não poder deixar o telefone ligado de madrugada ou de não poder exercer tranqüilamente suas atividades, tendo em vista que está sendo constantemente ameaçado de morte, por exemplo.

O leitor pode estar pensando que essa é uma situação de fácil resolução, pois com a identificação do autor das ligações pela operadora ou por quem quer que seja, basta que se tome as providências cabíveis para cada caso.

Ocorre que, tal identificação, não é tão simples assim. Isso porque tanto o contrato quanto o direito ao sigilo de dados importa obstáculo à busca da Justiça, saliente-se, nas circunstâncias acima descritas.

De que forma o contrato e a garantia ao sigilo prejudicariam o interessado na identificação do autor das ligações? Simples. Ambos são motivos para a recusa da operadora em fornecer os registros referentes ao proprietário da linha utilizada para fins ilícitos.

Em suma, este é o contexto do estudo em análise nas próximas páginas.

SIGILO DE DADOS E DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS INAPLICABILIDADE DA LEI 9.296/96

Quando se fala em "sigilo de dados", vários exemplos podem ser contemplados, como o sigilo telefônico, bancário, fiscal, dentre outros.

O artigo 5º da CR/88, em seu inciso XII, determina que:

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 distinção entre sigilo de dados, onde se incluem os registros telefônicos, e sigilo das comunicações telefônicas é imprescindível para o estudo. Parece cristalino o esclarecimento dado por Luiz Flávio Gomes [A CPI e a quebra do Sigilo Telefônico], o qual transcrevo in totum pela significativa informação prestada.

Segundo Gomes:

É preciso distinguir: uma coisa é a "comunicação telefônica" em si, outra bem diferente são os registros pertinentes às comunicações telefônicas, registros esses que são documentados e armazenados pela companhia telefônica, tais como: data da chamada telefônica, horário, número do telefone chamado, duração do uso, valor da chamada etc. Pode-se dizer que esses registros configuram os "dados" escritos correspondentes às comunicações telefônicas. Não são "dados" no sentido

utilizado pela ciência da informática ("informação em forma codificada"), senão referências, registros de uma comunicação telefônica, que atestam sua existência, duração, destino, etc. Vêm estampados nas denominadas "contas telefônicas", que também integram o amplo espectro da "privacidade" da pessoa. A interceptação de uma comunicação telefônica versa sobre algo que está ocorrendo, atual; já a quebra do sigilo de dados telefônicos relaciona-se com chamadas telefônicas pretéritas, já realizadas.

Da explicação supra, em consonância com o inciso XII do art. 5º da CR/88, depreende-se que, no caso dos dados requeridos para a identificação do proprietário de aparelho celular dotado de bloqueador de chamadas, estamos diante da busca de registros telefônicos e não de comunicações telefônicas. Até porque com a comparação entre as informações fornecidas pela vítima e os registros telefônicos do "acusado" é que ficará atestado ou não a legitimidade da acusação.

O leitor pode estar se perguntando qual a conseqüência prática de se buscar a obtenção de registros telefônicos ao invés de comunicações telefônicas.

Em primeiro lugar, o que se quer obter é a identificação (nome, endereço, CPF, RG, nº do celular etc.) do mau utilizador do serviço móvel de telefonia, o que é viável através das informações guardadas pela operadora que são, exatamente, os registros telefônicos.

Segundo porque ao eliminar a hipótese de investigação de comunicações telefônicas, o que só pode ser obtido através de uma interceptação telefônica (por tratar-se de algo que vai ocorrer ou está ocorrendo, nunca algo ocorrido, senão se estará referindo a registro, não a comunicação), eliminará a incidência da Lei 9.296/96 (que trata do procedimento para interceptações telefônicas) e, conseqüentemente, da obrigação do ajuizamento da ação no Juízo Penal, em caso de escolha de solução do problema pela via judicial.

Isso significa que, como não se sabe a razão ou motivo das ligações (inclusive quem as efetua!), nada impede a propositura de uma ação de exibição de documentos perante o Juízo Cível (hipótese que será melhor tratada a frente), até porque em muitas ocasiões, os únicos prejuízos que se concretizam para quem recebe as ligações são os prejuízos patrimoniais.

Ademais, existe um instinto natural de se considerar a Lei 9.296/96 como a solução para o caso apresentado, o que, data venia, não tem nenhum cabimento.

Em suma, a Lei 9.296/96, além de possuir aplicação restrita a causas de natureza penal, trata de comunicações telefônicas e não de registros telefônicos, como tratado anteriormente. O procedimento regulado pela citada lei é o referente a interceptação de chamadas telefônicas para gravação de seu conteúdo, com objetivo de instrução de inquérito ou processo penal.

Com a devida vênia que merecem as opiniões diversas, entendo que o procedimento da Lei 9.296/96 não pode ser aplicado para regulamentar a quebra do sigilo de registros telefônicos, mas tão somente para a gravação do conteúdo de conversas realizadas por aparelhos telefônicos, pois não se pode fazer analogia entre ditas situações, de modo a restringir os meios de quebra de sigilo de "dados" ao procedimento de uma lei que sequer prevê tal possibilidade.

Exposto o ponto de vista segundo o qual a Lei 9.296 é incompatível com a quebra do anonimato de autores de ligações telefônicas dotadas de bloqueador de identificação, mister a análise da questão segundo as restrições e princípios constitucionais.

03-O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO IN CASU

As normas constitucionais, hierarquicamente superiores a todas as demais existentes no ordenamento pátrio, carecem de cautela no momento de sua aplicação, tendo em vista sua supremacia e, em princípio, sua aplicação absoluta de caráter irrestringível.

Devido à constante possibilidade de "choques" entre normas, constitucionais, no caso, o princípio da proporcionalidade permite a co-existência entre normas distintas e colidentes, restringindo a aplicação de uma para evitar o perecimento de outra, tudo, obviamente, ponderando as circunstâncias e evitando exageros.

Antes de se aplicar o princípio da proporcionalidade à quebra do sigilo de registros telefônicos, conveniente é a elucidação de aspectos relevantes do referido princípio, de modo a tornar límpida a necessidade de sua aplicação ao caso.

Segundo PAULO ARMÍNIO TAVARES BUECHELE (BUECHELE,1999, p. 124-131), o princípio da proporcionalidade se subdivide em três sub-princípios a saber: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. Cada um deles traz elementos preponderantes para a efetividade da busca pela Justiça, conforme breve análise que se segue.

Primeiramente, quanto à adequação, deve a medida eleita para a consecução, para a realização efetiva da pretensão, ser eficaz e viável para tanto,

ou, em outras palavras, impõe-se que o pedido e a via judicial eleita cinjam-se em um procedimento capaz de obter o resultado almejado pelo lesado.

Em segundo lugar, quanto à necessidade, a aplicação do princípio da proporcionalidade estará condicionada à ausência de outras medidas capazes de solucionar a questão, tornando-se necessária a escolha de determinada via, mesmo que esta venha a colidir-se com norma legal. Do conflito gerado pela colisão, impecável o comentário de PAULO BONAVIDES (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, op. cit., p.361), citado por PAULO ARMÍNIO TAVARES BUECHELE (op. cit., p.130), em que o renomado autor assevera que "de dois males, faz-se mister escolher o menor".

Evidente que a aplicação da medida de acordo com a necessidade deve ser limitada ao caráter da proporcionalidade em sentido estrito, que é o terceiro e último princípio, segundo BUECHELE (op. cit., p.132).

Por proporcionalidade em sentido estrito, deve-se entender que o meio escolhido, somado à necessidade de sua escolha, deverá refletir se a limitação imposta à parte adversa justifica o fim almejado pelo lesado. Em suma, deve prevalecer o bom senso na verificação sobre o que está sendo limitado e, principalmente, para que está sendo limitado. Se o objetivo for primaz em relação à limitação imposta, lícita e conveniente será a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Mas, sem maiores delongas, apesar da imprescindibilidade de se expor determinados aspectos, mister a aplicação da teoria no caso estudado neste artigo.

Pois bem, uma vez que determinado indivíduo passa a ser alvo de incessantes ligações telefônicas anônimas, independentemente de seu conteúdo - até porque determinadas ligações podem, inclusive, não ter conteúdo, como no caso da pessoa que liga e não pronuncia sequer uma palavra - perfaz-se uma situação de completa impotência deste indivíduo perante o autor das ligações.

Assim, qual seria a medida adequada à proteção dos inúmeros direitos postos em risco com a atitude descrita?

Inicialmente, a grande dificuldade está na identificação do autor das chamadas telefônicas. Mesmo que sejam notórios os prejuízos, tanto morais como materiais, nada poderá ser feito se não se sabe quem será o pólo passivo de uma eventual ação judicial, medida administrativa ou mesmo inquérito policial.

Aproveitando a menção a essas "medidas de proteção ou defesa", importante salientar que, não se sabendo dados sobre o mau utilizador dos

serviços telefônicos, não se pode afirmar qual será a providência a ser tomada, muito menos a sua natureza, no que se refere ao tipo de ilícito (civil, penal ou administrativo).

Retornando ao assunto, a atitude previsível a ser tomada por quem sofre tal situação é a notificação da operadora telefônica para a solução do problema. A partir daí é que surgem os conflitos entre direitos.

O anônimo, seja cliente ou não da operadora telefônica da vítima, possui um contrato de prestação de serviços com sua operadora, contrato este que certamente será suscitado como causa impeditiva da identificação de seus dados, vez que o serviço de bloqueador de identificação é um serviço contratado, apesar de sua má utilização, no caso.

Ademais, ao comunicar sua operadora, o receptor das ligações se depara, indubitavelmente, com a questão do sigilo de dados. E isso, ressalte-se, sendo a sua operadora a mesma ou não do autor das ligações.

Insustentável se tornará a situação, de vez que não há possibilidade de se tomar providências contra atitudes promovidas por quem não se conhece.

A exibição de documentos, intentada contra a operadora telefônica, é uma possibilidade de viabilizar o exercício do direito de defesa pela vítima das ligações.

Muito embora adepto da corrente da possibilidade de certas cautelares possuírem natureza satisfativa, como é a medida de exibição de documentos para o caso da identificação do proprietário da linha telefônica dotada de bloqueador de identificação, não adentrarei na discussão, reservando breves linhas esclarecedoras sobre o ponto de vista no próximo item, a título de contextualização para os leitores.

A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, ressalte-se, no caso ora analisado, é imprescindível para a possibilidade de "limitação" ao sigilo de dados e busca da real Justiça.

Entendendo ser o sigilo de dados, assim como o bancário, o fiscal e o das comunicações telefônicas, espécie do gênero "direito à privacidade", há de se levar em conta que, uma vez deferido, judicialmente, o pedido de exibição da qualificação do autor, das ligações telefônicas, não haverá devassa ou exposição de informações íntimas do mesmo.

Ao contrário do que se dá com as informações bancárias, onde se tem o conhecimento dos valores depositados e sacados em determinada conta-corrente, assim como nas interceptações telefônicas, quando penetramos em uma esfera de

privacidade que pode revelar detalhes dos mais íntimos e secretos dos interlocutores, a medida judicial escolhida irá, caso julgada procedente, trazer à tona dados corriqueiros e de nenhum potencial lesivo à intimidade e privacidade da pessoa a quem esses dados se referem, tendo em vista que os dados aludidos são nada mais que o nome e a qualificação do indivíduo (endereço, CPF, RG etc.).

Refletindo sobre esse ponto de vista, nota-se, claramente, a proporcionalidade das medidas tomadas em razão dos fins almejados. Ora, se a limitação ao direito de sigilo de dados possibilitará o conhecimento de informações amplamente divulgadas pelo próprio "anônimo" em suas transações comerciais, em sua vida social, entre outras situações, vê-se que a justificativa, qual seja, a possibilidade da ação em defesa dos direitos de intimidade e privacidade de quem recebe incessantes e indesejáveis ligações anônimas, é plenamente justa e adequada.

04-A MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS E SUA NATUREZA SATISFATIVA - breves comentários

Apenas para não deixar relevante aspecto sem uma breve explanação, entendo que, para os fins já esclarecidos neste artigo, a medida cautelar de exibição de documentos é perfeitamente adequada, possuindo, neste caso, natureza satisfativa.

Segundo HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, op.cit., p.479), o processo civil brasileiro admite três espécies de exibição, a saber: exibição incidental de documento ou coisa, exibição de documento preparatória da ação principal e, finalmente, ação autônoma ou principal de exibição de documento, onde não se alude a processo futuro algum, sendo esta ação denominada por Pontes de Miranda como "ação exibiria principaliter".

Isso porque, em determinadas ocasiões, a exibição de documentos tem um fim em si mesma e, dependendo do que se descobre com a medida cautelar, poderá ou não dar ensejo à propositura de uma ação posterior.

Caso o conteúdo do documento obtido através da exibição de documento traga uma informação que justifique a propositura de uma nova ação, a exibição incorporará o aspecto de preparatória de uma ação principal.

Entretanto, se, ao contrário, o conteúdo do documento trazer informação que por si só inviabilize a propositura de uma ação posterior, a exibição de documento terá sido satisfativa, pois a informação obtida trás em si mesma um esgotamento da dúvida existente.

Exemplificando.

Digamos que, na hipótese do constante recebimento de ligações anônimas, o indivíduo proponha uma ação de exibição de documentos contra a Operadora Telefônica, de modo a identificar o autor das ligações.

Com a procedência da ação e conseqüente identificação do anônimo, terá a vítima das ligações condições de auferir se, com o fim do anonimato e visualização das circunstâncias, deve-se entrar com uma ação penal, cível ou, inclusive, mero procedimento administrativo.

Se o autor das ligações é pessoa desconhecida, sem qualquer ligação com a vítima, causou a esta prejuízos materiais, morais, além do imenso desconforto com a situação, muito provável será a possibilidade do ajuizamento de medida judicial reparadora.

Mas, digamos que a exibição demonstre que o autor das ligações é um parente da vítima, que sofre de insanidade mental e resolveu "brincar" com determinada pessoa, utilizando-se do aparelho celular para a empreitada. Muito provavelmente as medidas tomadas pela própria família serão suficientes para a resolução da questão, não se justificando qualquer medida judicial posterior.

Ora, neste último caso, a exibição de documentos teve caráter essencialmente satisfativo, pois da informação obtida através do procedimento judicial foi possível resolver a situação sem a necessidade ou obrigatoriedade de uma ação principal posterior à medida cautelar.

De toda forma, a intenção deste artigo não é o aspecto processual e a análise de suas correntes divergentes acerca da natureza satisfativa da medida cautelar, mas, sim, demonstrar a lógica e o bom senso da utilização de um instrumento processual rápido e prático para pôr fim a uma situação insustentável, inerente aos novos tempos da telefonia móvel celular.

05-CONCLUSÃO

De toda análise, mesmo que breve e sucinta em seus aspectos, observa-se que por mais simples que possa parecer a situação discutida neste artigo, suas conseqüências podem ser desastrosas em inúmeros sentidos, seja financeiro, moral, profissional, familiar ou qualquer outro, impondo a existência de medidas de solução, dentre as quais lembro a possibilidade da quebra do sigilo de dados, diante da mínima intervenção na privacidade do anônimo em favor do louvável direito de defesa dos direitos da vítima, até então impotente perante o anônimo.

O princípio da proporcionalidade, independente de sua existência implícita ou explícita, no texto constitucional, deve ser utilizado sob um aspecto fundamental e que, muitas vezes, não é levado em conta pelos operadores do Direito: o bom senso.

Com a devida vênia aos que discordam de tal posicionamento, porém, deixando a hipocrisia de lado, fato é que tudo em exagero é prejudicial. E a questão do sigilo não é exceção a esta regra, pois, caso seja absoluta a norma relativa ao sigilo de dados, estaremos diante da possibilidade do cometimento de atos ilícitos que tenham refúgio e proteção na própria lei, como demonstrado em todo este artigo.

E, novamente abordando uma das questões-chave neste estudo, a quebra do sigilo de dados no que concerne à informações comuns e de pouca ou nenhuma exposição da intimidade e privacidade da pessoa a quem se referem os dados, não deve ser vista com o rigorismo formal com que são tratadas as hipóteses de, por exemplo, sigilo bancário, fiscal, entre outros que, efetivamente, expõem dados ligados estritamente à intimidade e a questões que podem gerar incômodo para aquele que tem os dados violados, necessitando, com efeito, da adoção de um caráter mais rigoroso para o procedimento da quebra do sigilo.

06-Referências Bibliográficas:

GOMES, Luiz Flávio. A CPI e a quebra do sigilo telefônico. Disponível no endereço: <<http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m05-010.htm>>

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição. Ed. Renovar. Rio de Janeiro: 1999, p. 220.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1999, p.361)

SENADO. Constituição da República Federativa do Brasil. Texto Constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988. Senado Federal, Brasília: 2001. p. 405.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Editora Nova Fronteira. 2ª Edição. Rio de Janeiro: 1986, p. 1838.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Editora Forense. 19ª Edição. Rio de Janeiro: 1