



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Breve análise jurisprudencial, doutrinária e legal sobre o acesso da autoridade policial aos dados cadastrais de usuários das empresas de telefonia na instrução do inquérito policial

Bianca Silva Camara de Souza Amaral

Rio de Janeiro
2010

BIANCA SILVA CAMARA DE SOUZA AMARAL

Breve análise jurisprudencial, doutrinária e legal sobre o acesso da autoridade policial aos dados cadastrais de usuários das empresas de telefonia na instrução do inquérito policial

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Dr. Nelson Tavares
Dra. Kátia Araujo

2010

BREVE ANÁLISE JURISPRUDENCIAL, DOUTRINÁRIA E LEGAL SOBRE O ACESSO DA AUTORIDADE POLICIAL AOS DADOS CADASTRAIS DE USUÁRIOS DAS EMPRESAS DE TELEFONIA NA INSTRUÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

Bianca Silva Camara de Souza Amaral

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho visa a analisar a possibilidade de a autoridade policial requisitar dados cadastrais dos usuários dos serviços das empresas de telefonia, sem a prévia autorização judicial, conforme os dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, diante da interpretação do sigilo que circunda os referidos dados e as comunicações telefônicas. O trabalho apresenta, ainda, a resposta das operadoras à requisição de tais elementos por parte da autoridade policial, analisando essa resposta em face da natureza dessas informações, da legalidade da polícia em requerê-las, e da obrigatoriedade de atendimento à requisição do Estado legitimamente investido, a partir das justificativas apresentadas para seu não fornecimento. Para isso, analisa a legislação citada pelas operadoras, em especial, o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal e o termo “dados”, dele constante, assim como a natureza dos dados cadastrais relativos a consumidores.

Palavras-chave: Dados cadastrais; Requisição; Autoridade policial; Poder de polícia; Sigilo; Comunicação telefônica.

Sumário: Introdução; 1. A importância da informação; 2. Respostas das empresas à requisição da autoridade policial; 3. Análise das respostas das empresas; 4. Análise jurisprudencial e doutrinária; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O Estado tem como função, através do seu poder-dever, a busca pela aplicação das leis, através do *jus puniendi*.

Dentro desse contexto, encontra-se a Polícia Judiciária que, por meio do inquérito policial, deve investigar os fatos a fim de elucidar o crime, revelando a sua autoria, materialidade, como forma de propiciar a justa causa necessária para a persecução penal.

Dentro desse contexto, insere-se a necessidade de se ter todos os meios investigativos ao alcance da autoridade policial, como forma de se obter informações verossímeis sobre autores, partícipes, testemunhas, sem que ocorra o risco de o Estado vir a punir pessoas de forma errada e, ao mesmo, para que não se tenha o risco de deixar de punir aqueles responsáveis pela a autoria de delitos, pela ausência de meios céleres e funcionais.

E, diante dessa necessidade, além dos dados que estão ao seu alcance, as autoridades policiais requisitam os dados cadastrais dos usuários de empresas de telefonia, sem prévia autorização judicial, quais sejam, as informações relativas ao proprietário de determinada linha telefônica, tais como nome completo, número da linha de telefone, endereço, CPF, RG e número da linha telefônica como titular e adicionais.

No entanto, essas empresas negam o fornecimento desses dados, com base em dispositivos legais, em especial o inciso XII, do art. 5º, da CF/88, gerando um imenso prejuízo ao trabalho da autoridade policial, diante do seu não fornecimento ou da falta de imediatismo.

Portanto, este trabalho visa a investigar se o não fornecimento de informações cadastrais à polícia é uma obrigação legal das empresas de telefonia, ou se são meros embaraços por razões que não se justificam em nosso ordenamento jurídico, por ser um assunto polêmico e de extrema importância prática para todos e ainda não pacificado na doutrina e jurisprudência.

A precisa informação objetiva é fundamental para o perfeito trabalho de inteligência policial que, por meio do cruzamento e crítica de dados, visa a identificar as informações de pessoas, locais, datas e eventos relacionados ao fato delituoso investigado.

Tem-se, portanto, como objetivo, a correta identificação dos envolvidos para que se prossigam ou se encerrem as investigações sobre determinada pessoa a fim de descobrir indícios e circunstâncias de sua participação no delito, bem como a ausência desses.

Por isso que esse mesmo trabalho de identificação tem um fim garantista de afastar do objeto das investigações a pessoa cujo nome, indevidamente, tenha surgido nas apurações investigatórias.

A informação desses dados permite que a autoridade policial desenvolva o seu trabalho de forma mais apurada, individualizando autores, partícipes, testemunhas, bem como aqueles que são homônimos, impedindo que o Poder Judiciário seja sobrecarregado com ações desnecessárias e, mais importante ainda, erros judiciários, ao se ter a condenação de pessoas equivocadas, pela confusão de homônimos, diante da ausência de dados corretos no momento da investigação criminal.

Para tanto, torna-se necessária a aquisição de dados precisos e atualizados para a completa qualificação do indivíduo para pesquisas e cruzamentos com os dados já constantes da própria investigação, bem como aqueles armazenados nos arquivos policiais.

E, nesse contexto, tem-se a requisição da autoridade policial aos dados cadastrais dos usuários de empresa de telefonia que consistem basicamente nas informações relativas ao proprietário de determinada linha telefônica, tais como nome completo, CPF, RG, endereço e número da linha de telefone como titular e adicionais.

Não se tem apenas, portanto, a busca desses dados a fim de se obter fatos e informações comprometedoras, como se defende, mas também elementos que irão permitir a retirada sobre essa pessoa de qualquer questão duvidosa.

Os dados qualificativos do investigado são, ainda, submetidos à análise de inteligência frente aos bancos de dados sistematicamente disponibilizados às forças policiais, buscando a sua real veracidade.

Integram esse grupo bancos de dados de diversas origens: os constantes de registros públicos, tais como Registros de Imóveis e Registros de Pessoas Naturais; os resultantes de convênios nacionais, como a rede INFOSEG; cadastros de identificação das Secretarias de Segurança Pública e Justiça dos Estados; bancos de dados próprios das forças policiais; e outros, de demais órgãos públicos, tais como a base de Cadastro de Pessoas Físicas e Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas da Receita Federal, DATAPREV, vinculada ao Ministério da Previdência Social, e DETRAN.

A consulta a esses bancos de dados não é indiscriminada, pois somente o investigador, com sua senha de acesso, terá acesso, submetendo-o ao controle da legislação, após a sua identificação, respeitando-se, assim, o Estado Democrático de Direito.

Além desses bancos de dados públicos, têm-se, também, bancos de dados privados que permitem esse acesso, tais como o Serviço de Proteção ao Crédito do Clube dos Diretores Lojistas do Rio de Janeiro, que cadastra policiais para acesso a seus registros, mediante a apresentação de ofício que comprove a existência de procedimento investigatório regularmente instaurado.

Esse acesso a bancos de dados tem como preceito legal que o justifica o inciso III do artigo 6º do Código de Processo Penal, em virtude do poder-dever que autoriza a autoridade policial a requisitar informações para o cumprimento das investigações do inquérito policial.

O poder de polícia é a atividade do Estado que consiste em impor limites ao exercício de direitos e de atividades individuais em função do interesse público.

Seu conceito encontra-se disposto no artigo 78 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172 de 25/10/1966): “Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

O conceito amplo deixa claro que o poder de polícia, protegendo o interesse público, protege em última instância os direitos individuais ou coletivos, visto que o exercício de direitos individuais deve atender ao interesse público, e se sujeita aos limites impostos pela Administração, que têm por finalidade a defesa desses mesmos direitos assegurados no texto constitucional.

Portanto, não se tem qualquer violação ao Código de Defesa do Consumidor, ao ocorrer a requisição dessas informações e o seu fornecimento, uma vez que, nos termos do seu artigo 43, § 4º: “Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.”

Como norma de complementação conceitual, a definição da expressão caráter público, exposta no CDC, encontra-se na Lei nº 9507 de 12/11/1997, no parágrafo único do artigo 1º: “Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.”

O trabalho de investigação policial, para atingir seu ideal de poder-dever do Estado, tem algumas características peculiares, como ser metuculoso, necessitar de detalhes para ser

preciso e, especialmente, ser célere, sob pena de, em assim não ocorrendo, não se atingir a justiça, e sendo os princípios do imediatismo e oportunidade violados.

No planejamento da investigação, os dois princípios devem ser considerados a fim de que a investigação seja célere, imediata e ocorra em condições favoráveis ao seu melhor desempenho. Uma vez ciente da *notitia criminis*, a autoridade policial não deve dispor além do tempo mínimo necessário para o planejamento e execução das diligências.

Isso porque o investigador não pode delongar a ação investigatória com a perda da oportunidade da realização dos atos a ela inerentes, permitindo que as provas desapareçam ou que o suspeito fuja, pois esse fim é o contrário do esperado da atuação Estatal.

E, justamente para se atingir a celeridade e certeza nos termos da lei, que se tem a utilização de tantos e tão diversos bancos de dados quanto for possível.

E esse é o motivo que justifica a necessidade de a autoridade policial requerer informações cadastrais acerca de usuários dos serviços de telefonia, quando não localizados mediante a busca desses outros bancos de dados ao seu dispor.

Devido à importância que os meios de telecomunicações hodiernamente possuem, com a dependência de cada pessoa para com o telefone, faz-se necessário obter o maior número de dados possíveis de seus usuários, visto serem constantemente atualizados, diante da grande comercialização desses meios.

Ademais, diante da maior facilidade para manutenção de registros atualizados, em virtude de remessa de conta de cobrança pelos serviços, envio de mala-direta, venda de produtos de telemarketing, dentre outros serviços, assim como daqueles de cadastro de usuários de telefonia celular na modalidade “pré-pago”, a empresa, na maioria das vezes, detém arquivos mais acurados que outros já disponibilizados por outras fontes para a polícia, como os arquivos supracitados.

E essa busca poderá ser mais eficaz se, após conhecer os telefones em que o investigado consta como titular, a autoridade policial puder cruzá-los com outros constantes dos bancos de informação permanentes em seus cadastros, assim como aqueles constantes do corpo da investigação, buscando relações verossímeis entre criminosos e suspeitos.

Portanto, o conhecimento de tais dados incrementa o trabalho policial em razão da especificidade e da atualidade dos cadastros, permitindo uma mais célere identificação dos envolvidos bem como a exclusão daqueles que não dizem respeito ao fato investigado, possibilitando a atuação do pode-dever do Estado, em particular quanto à aplicação de justiça.

Deve-se chegar a um equilíbrio entre a segurança nacional e os direitos fundamentais, uma vez que o respeito aos princípios e as garantias do moderno Estado de Direito não pode significar o engessamento ao *jus puniendi* do Estado, realizado pela missão de investigar os delitos.

E esse ponto de equilíbrio é a harmonia entre a segurança individual *versus* a segurança coletiva, pois, atualmente, diante de um ordenamento garantista, não se pode aceitar a ideia de um processo justo, equilibrado e em tempo razoável sem obediência às garantias dos direitos fundamentais da pessoa submetida à persecução penal.

E é por isso que se verifica a necessidade de informações mais rápidas pela autoridade policial, respeitando-se as regras do ordenamento jurídico, porém, devendo sempre interpretá-las de forma correta e não de forma burocrata.

2 - RESPOSTAS DAS EMPRESAS À REQUISIÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL

Diante do requerimento, por parte da autoridade policial, de informações cadastrais relativas a usuários de determinadas linhas telefônicas, as empresas detentoras de tais

cadastros, repita-se, provavelmente mais atualizados, negam-se a fornecê-los sob o fundamento de existência de dispositivos legais que a impeçam.

As empresas alegam, para complementar, que o fornecimento de tais dados as levará a cometer infração ao disposto na legislação. Para tanto, referem-se, invariavelmente, aos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal e a determinados artigos da ampla legislação que versa sobre a área da telefonia.

Para as empresa de telefonia, a quebra do sigilo de dados telefônicos que se encontram em seu poder, por integrar o amplo aspecto da “privacidade” da pessoa, cuja divulgação poderá caracterizar grave ameaça à intimidade da pessoa investigada, precede da devida autorização judicial.

Para justificar esse entendimento, relacionam as leis comumente utilizadas para tal denegação, que seguem abaixo:

- “Artigos 55, 56 e 57 da Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações);”
- “Artigo 1º do Decreto nº 57.611/66, e os demais artigos do cap. I, de números 74, 75 e 76, letra “e”, 77, Capítulo II e 78;”
- “Portaria nº 663/79 do Ministério das Comunicações, na qual aprova a Norma 05/79, para prestação do serviço Telefônico Público nos seus itens 36, 36.1, 36.2, 36.3, 42.5 e 74; aplicados analogicamente;”
- “E, em especial, o art. 5º, Inciso XII da Constituição da República Federativa do Brasil/88, o art. 3º, Incisos V, VI e IX da Lei nº 9472/97 e o item 8.7 da Norma Geral de Telecomunicações NGT nº 20/96, Serviço Móvel Celular.”

Normalmente, as empresas justificam a negativa de informações com os dispositivos supracitados. No entanto, algumas empresas de telefonia celular, ao responder a solicitação da autoridade policial, informam, além dessa legislação, que qualquer fornecimento de dado

cadastral, sem autorização do seu titular ou precedido de determinação judicial, constitui-se violação às garantias constitucionais, previstas nos incisos X e XII, do artigo 5º, da CF.

3 - ANÁLISE DAS REPOSTAS DAS EMPRESAS

As empresas de telefonia procuram, em suas respostas, apresentar embasamento legal que comprove a sua impossibilidade de fornecer registros dos usuários dos seus serviços.

Ademais, pretendem, ao citar artigos isolados de diversas leis em suas respostas, justificar a negativa do envio das informações de registros de cadastros de usuários solicitadas pela autoridade policial sob o pretexto da existência de sanções legais pelo fornecimento de informações que, pela natureza, estariam protegidas inclusive por inviolabilidade constitucional.

Entretanto, ao se analisar mais detalhadamente a legislação supracitada, utilizada como resposta pelas empresas, assim como pesquisando outras leis, doutrina e jurisprudência, e utilizando a hermenêutica jurídica, verifica-se uma clara confusão quanto à ideia de proibição legal que justifique a resposta denegatória.

Quanto à legislação referida nas correspondências, verifica-se tratar-se em sua maioria de leis que protegem a telecomunicação, em total acordo com o disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, que determina serem invioláveis as comunicações telefônicas, salvo quando autorizada sua violação por ordem judicial.

Entretanto, essa proteção não se estende aos dados cadastrais dos usuários de telefonia, bem como aos dados estáticos, pois eles não se confundem com as comunicações telefônicas, essas sim legalmente protegidas.

Dessa forma, diante da relevância que tais textos legais detêm na argumentação das empresas operadoras, segue a análise individualizada dos artigos supracitados.

- Artigos 55, 56 e 57 da lei 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações)

- Artigo 1º do Decreto nº 57.611/66, e os demais artigos do Cap. I, de números 74, 75 e 76, letra “e”, 77, Capítulo II e 78;

Aqui, tanto a Lei nº 4.117/62 quanto o Decreto nº 57.611/66 tratam de telecomunicações. Tais disposições posteriormente viriam a ser externadas na Constituição de 1988, motivo pelo qual essas leis foram recepcionadas pela nova Carta Magna.

As referências quanto à transgressão de lei bem como a ideia de que somente o juiz pode requisitá-la, dizem respeito exclusivamente à violação de telecomunicação, não tratando de cadastros do usuário. O sentido da lei é proteger, nos próprios termos do Decreto nº 57.611/66, o conteúdo da transmissão da palavra falada, e não dados meramente estáticos.

Mais ainda, a ideia é proteger a intimidade de cada indivíduo, o que não se confunde com o não fornecimento desses dados, visto que esses são do conhecimento, por diversas vezes, de pessoas estranhas a essa intimidade que se busca proteger.

Assim, a citação a tais ditames legais como forma de negativa ao requerimento da autoridade policial é equivocada, uma vez que a proteção refere-se à comunicação telefônica, não sendo este o objeto do requerimento da autoridade policial, mas apenas os dados cadastrais.

Ademais, na investigação policial, a observação ao princípio da compartimentação sigilosa é imprescindível à eficiência profissional e ao sucesso das diligências.

O artigo 20 do Código de Processo Penal dispõe que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

A importância do sigilo nas investigações deve ser considerada um dever ético e funcional imperioso a ser observado por motivos que se antecedem ao próprio dever legal de sigilo quanto às informações apuradas.

O sigilo tratado no referido artigo é relativo a pessoas estranhas aos organismos policiais ou que não têm interesse no andamento daquela investigação, e não em relação à autoridade policial que necessita desses dados para a investigação.

A atividade investigatória da polícia não se submete, em regra, ao controle preventivo do Poder Judiciário. Isso somente se verifica em situações específicas em que o ordenamento jurídico assim determine, o que ocorre em matérias submetidas a sigilo cujo acesso às informações seja submetido à reserva de jurisdição, tais como as seguintes constantes da Constituição: busca domiciliar (Art. 5º, XI), interceptação telefônica (Art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrante de delito (Art. 5º, LXI).

Entretanto, no cumprimento de suas atribuições legais, a polícia por vezes restringe liberdades individuais, sem que isso se configure ilegalidade, visto que são autorizadas pelo nosso ordenamento jurídico.

Direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tais como a liberdade de locomoção (Art. 5º, XV), assim como a vida privada, intimidade, honra e imagem (Art. 5º, X) são, de alguma forma, atingidos quando a polícia, independente de autorização judicial, realiza a busca pessoal, prevista no Código de Processo Penal, em seu artigo 240, §§ 1º e 2º, e artigo 244.

Tem-se a ideia da relatividade dos Direitos Humanos Fundamentais, na qual se observa não serem dotados de inviolabilidade absoluta, assim como se verifica também a possibilidade de serem atingidos pela polícia sem a necessidade de autorização judicial.

Lavié apud Moraes (2007, p. 123), destaca a limitabilidade dos direitos fundamentais:

“Afirma que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.”

Esse caráter relativo dos direitos fundamentais encontra-se inserto na Declaração dos Direitos Humanos da ONU, em seu artigo 29, incisos II e III.

- Portaria nº 663/79 do Ministério das Comunicações, na qual aprova a Norma 05/79, para prestação do serviço Telefônico Público nos seus itens 36, 36.1, 36.2, 36.3, 42.5 e 74; aplicados analogicamente.

A portaria é preceito secundário à produção normativa, que não inova o sistema jurídico, não tendo o condão de alterar disposições emanadas da Lei. Assim, trata-se de norma de hierarquia inferior e de cunho meramente complementar que veicula comandos administrativos gerais e especiais.

A norma 05/79, aprovada pela Portaria nº 633/79, em seu item 36, novamente protege a comunicação telefônica, e não os dados cadastrais, objeto da requisição policial.

Quanto ao item 42.5, em que pese as empresas o utilizarem em suas respostas, deve-se observar que se encontra revogado, não sendo possível sua interpretação nem a sua aplicação, ainda que analógica.

- E, em especial, o art. 5º, Inciso XII da Constituição da República Federativa do Brasil/88, o art. 3º, Incisos V, VI e IX da Lei nº 9472/97 e o item 8.7 da Norma Geral de Telecomunicações NGOT nº 20/96, Serviço Móvel Celular.

Normalmente são citados incisos do artigo 3º da Lei nº 9472/97. O inciso V refere-se, novamente, à proteção dada pela Constituição à comunicação telefônica, em seu inciso XII, do artigo 5º.

Os incisos VI e IX dispõem, respectivamente, que o usuário dos serviços de telefonia tem direito à não divulgação, caso requeira, do seu código de acesso, bem como ao respeito da privacidade nos documentos de cobrança e na utilização dos dados pessoais do usuário, pela prestadora do serviço.

Por essa primeira análise, ter-se-ia uma primeira ideia de que não seria possível o acesso da autoridade policial a esses dados cadastrais, por vedação da Lei nº 9472/97, em virtude de uma má técnica legislativa ao dispor sobre a restrição anteriormente à regra geral que permite o acesso, previsto no artigo 213.

Contudo, ao ler esse artigo, verifica-se que a sua abordagem é sobre a divulgação de listas de assinantes, tratada na Resolução nº 66/98 da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Essa resolução define em sua ementa dispor “sobre as condições de divulgação, por qualquer meio, de listas de assinantes e de edição e distribuição de lista telefônica obrigatória e gratuita aos assinantes pelas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral, na modalidade de serviço local”.

Ademais, no próprio *caput*, a previsão é de que será livre, a qualquer interessado, a divulgação das listas de assinantes.

Verifica-se, então, a obrigatoriedade das concessionárias do serviço de telefonia a fornecerem a relação dos seus assinantes a preços razoáveis a quem queira divulgá-la.

Ressalte-se que o artigo 6º da Resolução nº 66/98 dispõe que a divulgação dos cadastros de assinantes deve se dar de forma não discriminatória, sendo vedada, a qualquer título, a exclusão de usuários.

E, diante da simples leitura do *caput* dos artigos 3º e 4º, percebe-se que a empresa prestadora de serviço está obrigada a fornecer a sua relação de assinantes a quem queira divulgá-la, além do que qualquer terceiro interessado poderá ter o acesso.

Assim, interpretando esses artigos da resolução com os artigos da Lei nº 9472/97, tem-se que a regra é que todos os cadastros sejam fornecidos a terceiros que queiram divulgá-los, sendo, ainda, obrigatório e gratuito o fornecimento, pela prestadora, de listas telefônicas em que figuram os cadastros de assinantes com seus respectivos códigos de acesso.

Tal divulgação será, excepcionalmente, obstada a requerimento do usuário, por força do disposto no artigo 3º, incisos VI e IX, da supracitada lei.

De toda essa análise pormenorizada dos principais preceitos legais expostos pelas empresas de telefonia como embasamento legal para o não fornecimento de dados cadastrais de seus usuários, conclui-se que a regra quanto aos cadastros de usuários dos serviços de telefonia é a publicidade, sendo a restrição uma mera exceção, quando o usuário, expressamente a requerer.

4 – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA

Além disso, essa exceção, requerida pelo usuário, só diz respeito à divulgação dos seus dados, mais precisamente seu código de acesso, quanto ao fornecimento ao público em geral das listas telefônicas, não se confundindo com a requisição realizada pela autoridade policial, que se fundamenta no poder de polícia, nos termos do inciso III do artigo 6º, do Código de Processo Penal, que diz: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: (...) III -colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.”

Esse foi o entendimento do ilustríssimo Juiz Federal Hermes Siedler da Conceição Junior, na ação civil pública nº 2006.71.00.033295-7/2006-RS, em trâmite na 7ª Vara Federal de Porto Alegre, quando entendeu que não há comparação entre a privacidade do usuário quanto à proteção de dados como nome e endereço e o intuito de esse usuário negar o fornecimento de dados para furtar-se de eventuais investigações criminais ou civis realizadas pelo Ministério Público ou autoridade policial.

E, ainda, esclarece a ponderação de princípios constitucionais, por entender que o sigilo acerca do nome, endereço, número de telefone, CIC, RG e outros dados de qualquer pessoa não constitui condição mínima de existência, por não ser desumana ou degradante a divulgação de tais informações.

Nesse mesmo sentido o juiz que proferiu a sentença do Mandado de segurança nº 2004.71.00.022811-2/2004-RS, que tramitou perante a 3ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, entendeu, ao fundamentar que é o Código de Processo Penal que atribui à autoridade policial o dever de colher todas as provas que sirvam para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias, com fulcro no art. 6º, III, do CPP, assim que souberem da prática de infração criminal, sendo essa, portanto, a autorização legal para que a autoridade oficial possa requisitar dados cadastrais.

E o Desembargador Federal Néfi Cordeiro, no julgamento da apelação no Mandado de Segurança acima, seguido por unanimidade pela 7ª Turma do Tribunal Regional 4ª Região, complementa em seu voto:

“Diversa é, porém, a situação concernente ao acesso aos registros telefônicos. No meu entendimento, sobre tais dados inexistente previsão constitucional ou legal de sigilo, pois não fazem parte da intimidade da pessoa, assim como sobre eles não paira o princípio da reserva jurisdicional.”

Por esse acórdão, entende-se a grande distinção entre interceptação (escuta) das comunicações telefônicas, submetida ao princípio constitucional da reserva de jurisdição, exposto no art. 5º, XII, da CF e o fornecimento dos dados (registros) telefônicos.

Ademais, esse acórdão é de suma importância, visto que, ao analisar o art. 7º da Lei 9.296/96, aquela que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, informa que a autoridade policial tem o poder necessário para requisitar serviços e técnicos

especializados às concessionárias de serviço público, uma vez que, se o ordenamento jurídico confere tal prerrogativa à autoridade policial, com muito mais razão, confere-a, também, em tais casos, por pretenderem tão-somente informações acerca de dados cadastrais.

A Juíza Cristina de Albuquerque Vieira da 3ª Vara Criminal da Justiça Federal da 4ª Região, ao examinar a Lei nº 9472/97, no processo da Apelação Criminal nº 2000.04.01.091246-0/2000, afirmou: “[...]o que a lei fez, antes de tudo, foi instituir um cadastro dos usuários de telefonia móvel celular (...) que fosse possível identificar a sua autoria (...) Já o art. 3º, §3º da Lei apenas estipulou prazo para o atendimento das requisições judiciais, cabendo à operadora atendê-las imediatamente. Não há no referido dispositivo qualquer obstáculo ao atendimento de requisição da autoridade policial [...]”

Nesse caso, a referência à solicitação policial como requisição deve ser atendida diante do disposto no artigo 6º, III, do Código de Processo Penal. Assim, a partir da premissa da obrigatoriedade do atendimento à requisição policial, interpretou-se a norma em relação ao prazo para o fornecimento da informação requerida.

Essa foi a mesma posição do voto do relator Desembargador Néfi Cordeiro, na apelação em Mandado de Segurança nº 2004.71.00.02281-2/2004 - RS, já citada, ao novamente acrescentar que:

“[...] o art. 3º da Lei nº 9472 (...) reserva ao usuário de serviços de telecomunicações o direito à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação. (...) Entendo que referidos direitos em nada impedem o acesso da autoridade policial, em investigação, aos dados cadastrais do usuário, eis que estes não constituem um limite absoluto à ação do Poder Público. [...]”

O preceito legal citado pelo Desembargador em sua decisão refere-se ao cuidado que as operadoras de telefonia devem ter com os cadastros de dados pessoais de seus clientes, no que

diz respeito à divulgação não autorizada de seu conteúdo a terceiros não legitimados, a terem acesso a tais informações.

Nesse sentido, e na mesma decisão, acrescentou ainda o Desembargador que “havendo inquérito policial regularmente instaurado e existindo necessidade de acesso a dados cadastrais de cliente de operadora de telefonia móvel, sem qualquer indagação quanto ao teor das conversas, tal pedido prescinde de autorização judicial”.

Sobre tal ponto da questão, manifestou-se Feldens (2004):

“[...] Uma situação é a prudente e recomendável preservação de tais dados, pela companhia telefônica, perante terceiros (...); outra, bem distinta, é a obrigatoriedade (a todos acometida) de atender ao Estado-Polícia (...) notadamente em face do comando do art. 6º, III, do Código de Processo Penal, que reza competir à Autoridade Policial ‘colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias [...]’.”

Da mesma forma, quanto à proteção devida aos cadastros de clientes das operadoras de telefonia perante terceiros, mas ressaltando a obrigatoriedade de seu fornecimento diante da requisição da autoridade policial, o parecer do procurador da República Marcello Paranhos de Oliveira Miller, no processo nº 2005.51.01.503257-3/2005 da Justiça Federal do Rio de Janeiro, em que esclarece que os cadastros de assinantes de linhas telefônicas não estão sob sigilo legal oponível às autoridades policiais.

Para ele, trata-se de serviço público e, assim, de banco de dados de caráter público, em que prevalece a regra da publicidade, conforme preceitua o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.507/97, para o qual o assinante pode, nessas condições, pedir que seus dados cadastrais recebam tratamento reservado, ou seja, que não sejam divulgados ao público, mas esse pedido não se confunde com sigilo defendido pelos usuários, pois não há risco a sua segurança ou a da sociedade ou a do Estado na obtenção, por órgãos do próprio Estado, representados pela

autoridade policial em situação de investigação criminal, daqueles dados, que não estão sob a égide da proteção constitucional do princípio da privacidade como se encontram as comunicações telefônicas.

Ademais, repita-se, por fim, que a Lei nº 8.078/90, o CDC, como dispõe em seu artigo 43, § 4º, que “Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.”

A Lei nº 9.507/97, que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*, por sua vez, define em seu parágrafo único do artigo 1º, supracitado, o caráter público dos bancos de dados.

Assim, os cadastros de dados pessoais dos usuários das operadoras de telefonia, como quaisquer outros cadastros contendo dados de identificação, não são sigilosos, mas entidades de caráter público. A essa classificação escapam os dados que sejam de uso privativo da empresa, viabilizando sua operacionalidade. Tais dados, embora pertinentes ao usuário, não são meros dados qualificativos, mas referem-se às relações entre a empresa e seu cliente.

Verifica-se, portanto, que a legislação que dispõe sobre a limitação do fornecimento de dados pessoais constantes de cadastros, na forma de exceção, existe para a proteção de tais informações em oposição a terceiros, mas nunca referente à requisição do Poder Público, através da autoridade policial.

Assim, não tendo os dados cadastrais telefônicos proteção em nosso ordenamento jurídico, seja pelo inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal ou pela Lei nº 9.472/97, bem como por qualquer outra norma, e não havendo qualquer previsão no sentido de o acesso a dados cadastrais telefônicos necessitar de ordem judicial, prevalece o poder de polícia, permitindo a requisição direta de tais informações, consideradas de caráter público, pela autoridade policial.

Por fim, cabe ressaltar que em breve ter-se-á um posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria em análise, através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 543008, bem como que o Ministério Público Federal em São Paulo propôs Ação Civil Pública nº 2006.61.00.015196-0/2006, em trâmite perante a 13ª Vara Federal de São Paulo para que as instituições financeiras forneçam dados cadastrais bancários, independentemente de autorização judicial, quando requisitadas pelo Ministério Público Federal ou pela Polícia Federal.

Por enquanto, conforme informação no site do Senado, foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos, no dia 30 de março de 2010, um projeto, com 15 artigos e 129 itens, que flexibiliza o conceito de dados que devem ser protegidos por sigilo e atribui aos órgãos públicos de fiscalização e investigação acesso automático a dados sigilosos, uma vez concedida autorização judicial e dentro da competência desses órgãos, que são listados na proposta.

Dessa forma, o projeto torna desnecessária uma nova ordem judicial quando surgir novo suspeito ou novos bens, durante a investigação primeiramente autorizada. E, dentro dessa lista de dados acessíveis, encontram-se os dados cadastrais do sujeito passivo da fiscalização, fortalecendo a corrente que defende o livre acesso da autoridade policial aos cadastros de usuários de empresas de telefonia para fins investigatórios.

CONCLUSÃO

A partir das citações doutrinárias e jurisprudenciais, observa-se que, no que tange ao sigilo dos dados a que se refere o inciso XII, esses não seriam sobre os dados de cadastro ou dados de identificação, mas apenas a proteção às comunicações em si.

Percebe-se, portanto, que o sentido da proteção constitucional, bem como de toda e qualquer norma infraconstitucional, no que concerne aos dados, deve ser interpretada não quanto ao conhecimento constante em arquivos ou banco de informações, mas quanto à transmissão desse conhecimento, independente da sua natureza.

Assim, dados de identificação são informações que, pela sua natureza, merecem o devido respeito e reserva quanto à sua divulgação. Entretanto, essa reserva não se observa em face da polícia regularmente investida representando o Estado na apuração de ilícitos penais.

Primeiro, por se tratarem, os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, de entidades de caráter público, cujo sigilo não pode ser oposto diante da requisição da autoridade policial, diante do artigo 43, §4º, do CDC . Depois, pela ausência de vedação legal para o fornecimento de tais dados à polícia, pois se trata de um poder-dever da autoridade policial de requisitar todas as informações necessárias para a determinação da materialidade e indícios de autoria do fato delituoso, nos termos do artigo 6º, inciso III, CPP.

Em face do exposto, percebe-se uma clara confusão nas respostas utilizadas pelas empresas de telefonia, ao se negarem a fornecer os dados cadastrais de seus usuários, por ausência de embasamento legal, vez que não há qualquer previsão expressa nesse sentido, o que faz com que o poder de polícia e o fim principal de segurança coletiva se sobressaiam, não justificando qualquer negativa nesse fornecimento, sob pena de se configurar crime de desobediência, nos termos do artigo 330, Código Penal.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JR., Jose Paulo. *Limites constitucionais da investigação*. In: CUNHA, ROGERIO SANCHES; TAQUES, PEDRO; GOMES, LUIZ FLAVIO (Org.) Limites constitucionais da investigação. O conflito entre o direito fundamental da segurança e o direito de liberdade no âmbito da investigação criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito Constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

FELDENS, Luciano. *Poder geral de polícia e sigilo telefônico*. 17 de setembro de 2004. Disponível em http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=4626. Acesso em 28/01/2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. *Da inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade da Lei 9296/96 (Lei de interceptação de comunicações telefônicas)*. Jus Navigandi, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

POLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de processo penal*, v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.