

O ALCANCE DA INVIOABILIDADE DO SIGILO DE DADOS CIBERNÉTICOS

THE REACH OF INVIOABILITY OF THE CONFIDENTIALITY FOR CYBERNETICS DATA

ROSA, P.M.

Departamento de Ciências Jurídicas – Faculdades Integradas de Ourinhos-FIO

RESUMO

Neste artigo, será analisada a parte do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, que trata do direito a inviolabilidade do sigilo de dados cibernéticos. Discutirá a real situação desse direito, visando com isso, demonstrar que ele não é um direito absoluto, uma vez que forma um atrito entre os direitos fundamentais e a preservação do interesse público. Isso porque, frequentemente pessoas de má-fé usam os meios digitais para fazer falcatruas. Por isso, é importante que haja um respaldo jurídico para permitir a violação dos dados dessas pessoas, com o objetivo de proteger o interesse público. Busca-se, dessa forma uma eficiente solução do Judiciário para com esses conflitos.

Palavras-chave: Inciso XII. Direitos Fundamentais. Interesse Público. Judiciário.

ABSTRACT

In this article, we will analyze the portion of item XII of article 5 of the Constitution, which deals with the right to inviolability of the confidentiality of data cyber. Discuss the real situation of this right, it aimed to demonstrate that it is not an absolute right, since it forms a friction between fundamental rights and the preservation of the public interest. This is because often people in bad indoles use digital media to shenanigans. So it is important to have a legal backing to allow data breach of these people, in order to protect the public interest. The aim is thus an efficient solution of the judiciary to these conflicts.

Keywords: Item XII. Fundamental Rights. The Public Interest. Judiciary.

INTRODUÇÃO

Este Artigo se propõe a proceder à análise do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, especificamente sobre o sigilo de dados dos meios digitais.

Antes de tudo, será tratado do assunto sob a ótica constitucional com base no Art. 5º, XII da Constituição da República. Como se verá, a inviolabilidade dos dados é um direito fundamental, contudo, existem situações que o ordenamento jurídico permite a violação, principalmente para conter crimes e em caso de segurança nacional.

Outras questões a serem analisadas são os mecanismos jurídicos que vêm sendo criados para inibir a prática de crimes cibernéticos, dentre as quais se destaca a criação da Lei 12.737, de 3 de dezembro de 2012, a chamada “Lei Carolina Dieckmann”, que visa proteger a segurança digital.

Serão analisadas, ainda, algumas leis do direito tributário, que visam conter a sonegação fiscal e, também, do processo civil, que objetivam valorar as provas e dados obtidos no meio eletrônico para tornar mais célere o andamento do processo.

A INVIOLABILIDADE DO SIGILO DE DADOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal é o centro do sistema legiferante brasileiro. Essa supremacia da Constituição garante uma posição hierárquica da Lei Maior em relação às leis infraconstitucionais. Assim, se uma lei contrariar a CF será considerada inconstitucional. Nesse sentido, acentua o eminente doutrinador José Afonso da Silva que a Constituição,

[...] é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal. (SILVA, 2001, p.22).

No mesmo sentido enfatiza Renato Bernardi que

Juridicamente, constituição é a norma suprema que estrutura o Estado e a sociedade, contendo regras disciplinadoras do exercício do poder, da organização do Estado, dos direitos e garantias fundamentais e regras básicas da ordem econômica e social. (BERNARDI, 2005, p.20).

Partindo da premissa de que a Constituição é o centro do ordenamento jurídico, destaca-se o disposto em seu artigo 5º., XII:

Art. 5º. [...]

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.

É importante ressaltar aqui que a CF, além de expressamente estabelecer a inviolabilidade das correspondências e das comunicações em geral, implicitamente proíbe a divulgação de seu conteúdo para terceiros.

O artigo 5º. trata dos direitos da personalidade que ganharam ênfase depois da 2ª Guerra Mundial. Esses direitos são considerados o mínimo imprescindível para assegurar a dignidade da pessoa humana. Entre as suas características principais pode-se dizer que são absolutos, extrapatrimoniais, imprescritíveis, indisponíveis, vitalícios e necessários.

Embora se considere o direito da inviolabilidade do sigilo de dados um direito da personalidade, pode-se afirmar que ele não é absoluto, pois pode ser mitigado em alguns casos.

Vale expor, nesse interim, que a classificação dos direitos fundamentais como absoluto não é unânime entre os doutrinadores, pois, de acordo com Araújo e Nunes Junior (2006, p. 67 – 71), os direitos fundamentais apresentam só as seguintes características: concorrência; irrenunciabilidade; universalidade; historicidade e limitabilidade. Para Silva (2009, p. 181), os direitos fundamentais apresentam: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade; irrenunciabilidade. Não o considera quanto ao aspecto absoluto e imutável, pois o classifica como histórico.

No mesmo sentido Shafer (2001, p. 64), classifica que os direitos fundamentais não são absolutos, pois todas as ações, bem como suas consequências, pertencem à esfera do difuso. Por isso, são limitados pela própria Constituição ou pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

DA INVIOABILIDADE DE DADOS CIBERNÉTICOS

A garantia da inviolabilidade de dados digitais adquiriu importância nas últimas décadas com a expansão da informática e da tecnologia, que aumentou o número

de acervos pessoais eletrônicos armazenados em CD, DVD, *pen drive*, arquivos de computador, *sites* de relacionamentos, entre outros. Isso acontece porque a comunicação de dados é a modalidade tecnológica atual que está em constante ampliação.

Defende Renato Bernardi que

O preceito que garante o sigilo de dados engloba o uso de informações decorrentes da informática. Essa nova garantia é necessária em virtude da existência de uma nova forma de armazenamento e transmissão de informações, deve coadunar-se com as garantias de intimidade, honra e dignidade humanas, de forma a impedir a interceptações ou divulgações por meio ilícitos. (BERNARDI, 2005, p.58).

O acervo eletrônico vem substituindo os documentos manuscritos, contudo não tem a mesma segurança que eles, pois frequentemente esses dados são violados. Muitas vezes, caem em mãos de pessoas que fazem mal uso de tal progresso. Essas podem usá-la para fazer sonegações fiscais e rebeliões organizadas simultaneamente em estabelecimentos carcerários. Isso demonstra a fragilidade do sistema eletrônico, o que prejudica muitas pessoas com a violação de seus direitos fundamentais como a intimidade e a honra.

No momento atual mostra a existência de conflitos entre os avanços tecnológicos e os direitos fundamentais assegurados, especialmente o do sigilo de dados, que pode ser violado para a garantia da segurança nacional e da preservação da privacidade, intimidade e honra, etc.

Vale expor, nesse ínterim, que esse não é o único direito fundamental violado, pois diversos outros são limitados por leis constitucionais, infraconstitucionais e por atos ilícitos, a exemplo do direito da livre iniciativa que é limitado para algumas profissões.

Um exemplo recente dessa fragilidade foi denunciada pelo jornal americano *The Guardian*, que noticiou a existência da violação de privacidade internacional de tráfego de dados pelos EUA. Essa notícia abalou o mundo inteiro, devido ao desrespeito de um direito fundamental e evidenciou a fragilidade do sistema. A própria nação brasileira foi vítima da espionagem norte-americana.

Assim, constata-se que esse preceito constitucional não está sendo garantido em sua totalidade. Essa é uma realidade impactante tendo em vista que nem mesmo a CF, Lei Maior do país, está sendo suficiente para resguardar um direito fundamental da pessoa humana.

Prever mecanismos na legislação para conter tal situação, é o grande desafio para os profissionais do Direito em dilemas indissolúveis é urgente, pois só assim será punível o ilícito tecnológico enquanto protegerá a cidadão de ser vítima de espionagens.

Como sigilo entende-se que é uma proibição de se revelar o que se ouve ou leu em algum lugar.

Assim, a inviolabilidade referida no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, proíbe, num primeiro momento, que se penetre no conteúdo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Num segundo momento, impõe aqueles que, em razão do seu trabalho, tenham contato com o conteúdo das mensagens e ou dados, um dever de sigilo profissional, devendo entender-se, pois, que a matéria veiculada deve ficar absolutamente reservada àquele que a emite e ou àquele que a recebe. (BERNARDI, 2005, p.59).

Contudo, a violação acontece em diversos casos, tanto por pessoas de boa-índole como por pessoas de má-índole. Quando é feita por pessoas de boa-índole pode ser uma forma de desvendar atos ilícitos. Como exemplo disso pode-se citar o episódio que ocorreu com o caso PC Farias¹. Nessa situação, foram desvendadas provas na “memória” de um microcomputador contra os envolvidos no esquema de corrupção. Contudo, não foram aceitas por terem sido conquistadas de forma ilícita que contraria o que estava presente na Constituição.

¹Paulo César Siqueira Cavalcante Farias, conhecido como PC Farias, foi um empresário brasileiro. *PC Farias* foi tesoureiro de campanha de Fernando Collor de Mello e Itamar Franco, nas eleições presidenciais brasileiras de 1989. Foi a personalidade chave que causou o primeiro processo de impeachment da América Latina, em 1992.

Acusado por Pedro Collor de Mello, irmão do Presidente da República do Brasil, em matéria de capa da revista *Veja*, em 1992, *PC Farias* seria o testa de ferro em diversos esquemas de corrupção divulgados de 1992 em diante. Em valores atuais, o "esquema PC" arrecadou exclusivamente de empresários privados o equivalente a US\$ 8 milhões, equivalente a R\$ 15 milhões, em dois anos e meio do governo Collor (1990-1992). Nenhuma destas contribuições teve qualquer ligação, com benefício ao "cliente" de PC, por conta de favor prestado por Fernando Collor. O "esquema PC" movimentou mais de US\$ 1 bilhão dos cofres públicos.

Por isso, a quebra de sigilo deve ser interpretada de outra forma. Deverá primar pelos interesses sociais, público e da justiça em detrimento do particular, justificando, dessa maneira, a violação de dados cibernéticos.

Essa realidade já vem acontecendo, pois diversas leis estão surgindo para conter essa realidade, tais como a “Lei Carolina Dieckmann” que entrou em vigor no dia 2 de abril de 2013 e está presente no Código Penal. Essa lei previu os seguintes delitos:

Art. 154-A - Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Art. 266 - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública - Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Art. 298 - Falsificação de documento particular/cartão - Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Com tal previsão legal, segundo Bernardi (2005, p. 60) “[...] Busca-se, desse modo, o equilíbrio entre o direito à privacidade, estabelecido como regra, e o interesse público, que, sobrepondo-se em determinadas situações ao interesse privado, legitima e exige a quebra desse dever de sigilo. [...]”.

A magnetização do documento de papel vem ganhando espaço no Direito Penal Tributário, devido à sonegação Fiscal e, ainda, no Direito Civil com a permissão de contratos orais artigos 225, 107 e 656:

Art. 225- As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Art. 107 - A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Art. 656 - O mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito.

E no Código de Processo Civil:

Art.332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Art.383 - Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzido lhe admitir a conformidade.

Mesmo o documento digital já tendo validade material e formal a sociedade ainda dá mais credibilidade aos documentos impressos. Isso acontece devido a uma questão cultural, pois a realidade mostra que os documentos eletrônicos podem proporcionar mais segurança que os documentos em papéis. Por isso, é importante encontrar meios para dotar de materialidade os documentos eletrônicos, tendo em vista que a sociedade atual está usando mais documentos digitais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente Artigo, foi analisado o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, correlacionado especificamente com a inviolabilidade de dados cibernéticos.

Apesar de a CF defender a inviolabilidade desse direito fundamental a realidade admite o contrário para garantir, por exemplo, a segurança nacional. Foi mencionado que muitas pessoas de má índole a usam para cometerem crimes de sonegações fiscais e rebeliões organizadas em estabelecimentos carcerários. Por isso, que as violações de dados teriam que ser permitidas para desvendar essas quadrilhas. Caso contrário, ocorreria o mesmo que ocorreu no episódio do caso PC Farias em que obtiveram provas para desvendar o esquema de corrupção, contudo não a usaram por falta de permissão constitucional.

Foi tratado também das diversas mudanças que estão ocorrendo para adaptar a sociedade com a ampliação do uso da *internet*. Como exemplo disso, foram citadas as diversas leis infraconstitucionais no decorrer do artigo.

Sendo assim, observa-se que mesmo o artigo 5º estando no rol das cláusulas pétreas, não representa um direito absoluto, pois frequentemente existe a sua violação.

Por isso, a questão referente à inviolabilidade do sigilo de dados cibernéticos carece de nova compreensão quanto à sua estrutura e quanto à sua extensão, dependendo da criação de mecanismos de informática que garantam a segurança nas comunicações *online*. No entanto, restou comprovada a possibilidade de violação para garantir e preservar o interesse público.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERNARDI, Renato. **A inviolabilidade do sigilo de dados**. São Paulo: Fiuza, 2005.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 9ª Ed. Brasília: Unb, 1977.

COMBATE RACISMO AMBIENTAL. Blog de Tânia Pacheco. Disponível em:<<http://racismoambiental.net.br/2013/06/the-guardian-denuncia-violacao-de-privacidade-internacional-de-trafego-de-dados-pelos-eua/>>. Acesso em: 10 de agosto de 2013.

PAULO CÉSAR FARIAS: http://pt.wikipedia.org/wiki/Paulo_C%C3%A9sar_Farias. Acesso em 20 de agosto de 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. Revista dos Tribunais. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, n. 29 – outubro-dezembro de 1999.

SARAIVA, Editora. **Vade Mecum**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

SCHAFFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais**: proteção e restrição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.