

DIREITO APLICADO À ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA: considerações sobre a legalidade da atividade de Inteligência no Brasil

Alexandre Lima Ferro*

Resumo

Atualmente, observam-se discussões acirradas acerca da legalidade e dos limites da atividade de Inteligência no Brasil. Sendo o direito uma ciência dinâmica, diariamente, a jurisprudência, a doutrina e a própria lei adaptam-se aos novos fatos sociais. Como acontece em outras nações democráticas, no Brasil, tal atividade é exercida com foco na segurança da sociedade e do Estado, respeitando-se os direitos e garantias individuais, de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Introdução

A história da atividade de Inteligência no Brasil, dos seus primórdios na década de 1920 aos dias atuais, teve momentos de ascensões e quedas. Houve uma queda marcante em 1990, quando o então presidente Fernando Collor de Melo extinguiu o Serviço Nacional de Informações (SNI). Percebe-se uma ascensão importante nos últimos anos, momento em que a sociedade brasileira, por meio de seus representantes, reconhece e respalda esta importante atividade de Estado.

Todavia, nos dias atuais, o desconhecimento da atividade, assim como preconceitos, discriminações e paixões têm levado pessoas a criticarem as ações de Inteligência. Leigos, eventualmente, tecem os seguintes comentários: isto é violação de intimidade e privacidade; isto é violação aos direitos e garantias individuais; ou isto é inconstitucional.

No momento em que a atividade de Inteligência no Brasil ultrapassa oitenta anos de existência e a Agência Brasileira de Inteligência (Abin) completa dez anos, surge a indagação: Quais as prerrogativas e os limites legais das ações de Inteligência no Brasil? Em que medida a sociedade brasileira e os legisladores concedem competências e atribuições aos servidores públicos encarregados do exercício da atividade de Inteligência? Qual deverá ser o equilíbrio entre o exercício da atividade de Inteligência e a observância de preceitos constitucionais como a inviolabilidade da intimidade e da privacidade?

Importante registrar o momento em que são levantadas as questões acima elencadas, visto que a ciência do Direito, sendo dinâmica, acompanha a evolução da sociedade e adapta-se aos novos tempos, aos novos fatos sociais, às novas

* Tenente-Coronel da Polícia Militar do Distrito Federal, bacharel em direito, especialista em Docência Superior, professor de Direito Penal e Direito Penal Militar da Academia Militar de Brasília. Professor de Direito Aplicado a Atividade de Inteligência da Esint/Abin

tecnologias, etc. Assim, o conteúdo do presente artigo, caso venha a ser lido daqui a vinte ou cinquenta anos, registrará argumentos excessivamente óbvios para a crítica do leitor do futuro.

Ocorre que, atualmente, observam-se discussões acirradas acerca da legalidade e dos limites da atividade de Inteligência: de um lado, ditos entendidos, defendem que a atividade tem violado preceitos legais; de outro lado, profissionais de Inteligência, nas suas diversas vertentes, eventualmente, sentem-se inseguros sobre determinadas ações operacionais.

Nesse diapasão, as dificuldades de se entender o que é legal e o que seria excesso nas ações de Inteligência tendem a diminuir. Uma breve avaliação da evolução da produção legislativa na área de Inteligência nos últimos dez anos mostra que, aos poucos, tem sido construída uma teia legislativa que respalda as necessárias ações de Inteligência no país. Ainda há uma carência de leis mais específicas que definam claramente até onde a Inteligência pode ir e que tragam segurança aos agentes do Estado que labutam nesta área. Todavia, a base legal atual, comparada com a base legal existente há quinze anos, mostra que já houve uma grande evolução.

Diante da questão, o presente artigo pretende tecer breves considerações sobre a legalidade das ações de Inteligência. São apresentados alguns aspectos da atividade abordando-se as prerrogativas e os limites que devem ser observados pelos profissionais da área em suas respectivas vertentes. Além de aspectos legais, também são discutidos aspectos doutrinários e jurisprudenciais.

Direito: uma ciência dinâmica

O filósofo Michel Foucault (2009), em sua obra *Vigiar e Punir*, relata o sofrimento de Robert François Damiens, executado em março de 1757, diante da porta principal da igreja de Paris, por ter atentado contra a vida de Luiz XV:

Atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado, se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas e as cinzas jogadas ao vento. Finalmente foi esquartejado vivo. Esta última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não eram afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas.

As sociedades evoluem e o Direito acompanha tal evolução, ajustando-se a cada momento histórico. Embora tenha sido legal na época, a pena imposta a Damiens não seria admissível na França dos dias atuais.

No Brasil, o Instituto Histórico de Alagoas guarda em seu acervo uma sentença de 1883, na qual um homem acusado de crimes sexuais foi condenado à castração pelo juiz da Comarca de Porto da Folha/SE:

O adjunto de Promotor Público representou contra o cabra Manoel Duda, porque no dia 11 do mês de Nossa Senhora San' Anna, quando a mulher de Xico Bento ia para a fonte, já perto dela, o supracitado cabra que estava de tocaia em moita de matto, sahiu

dela de sopetão e fez proposta a dita mulher, por quem roía brocha, para coisa que não se pode traser a lume e como ella, recusasse, o dito cabra atrofou-se a ella, deitou-se no chão deixando as encomendas della de fora e ao Deus dará, e não conseguiu matrimônio porque ella gritou e veio em amparo della Nocreyo Correia e Clemente Barbosa, que prenderam o cujo flagrante e pediu a condenação delle como incurso nas penas de tentativa de matrimônio proibido e a pulso de sucesso porque dita mulher taja pêijada e com o sucedido deu luz de menino macho que nasceu morto [...] "Considero-que o cabra Manoel Duda agrediu a mulher de Xico Bento, por quem roía brocha, para coxambrar com ella coisas que só o marido della competia coxambrar porque eram casados pelo regime da Santa Madre Igreja Cathólica Romana" [...] "Condeno o cabra Manoel Duda pelo malifício que fez a mulher de Xico Bento e por tentativa de mais malifícios iguais, a ser capado, capadura que deverá ser feita a macete. A execução da pena deverá ser feita na cadeia desta villa. Nomeio carrasco o Carcereiro.

É sabido que a capadura a macete era mais dolorosa que a capadura por instrumento cortante. Em que pese a repugnância do crime cometido, a pena imposta ao criminoso Manoel Duda no final do século XIX não seria admissível no Brasil de hoje, por expressa disposição da Constituição Federal, no inciso XLVII de seu artigo 5º:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

Assim, em razão do caráter dinâmico da Ciência do Direito, pelo menos parte das considerações do presente artigo estarão defasadas quando consultadas no futuro.

Teoria Tridimensional do Direito

O arquiteto e estrategista definitivo da Teoria Tridimensional do Direito foi, de fato, Miguel Reale (SILVA NETO, 1994, p. 65). Para ele, o Direito evidencia-se perante a sociedade como normas, mas estas são apenas uma das faces do fenômeno jurídico, o qual somente pode ser visto em conjunto com outras duas dimensões: o fato social e o valor.

Na teoria de Reale, analisam-se três elementos: fato social, valor e norma. Em linguagem simplificada, ao fato social atribui-se um valor, o qual se traduz numa norma.

Francisco da Cunha e Silva Neto (1994) defende que a divulgação da Teoria Tridimensional do Direito de Reale vem à tona e contrasta com o normativismo hierárquico de Kelsen, em particular porque nas palavras do jus-filósofo brasileiro:

[...] a norma é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, devo partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor. Desse modo, pela primeira vez, em meu livro *Fundamentos do Direito* eu comecei a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito, não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor.

Venosa (2009), comentando a obra de Reale, ensina que nessa dimensão tridimensional, sob qualquer das faces que se analise, sempre haverá essa implicação recíproca. Analisando-se pelo lado da norma, por exemplo, esta é fruto de um fato social ao qual se atribuiu um valor. A esse aparato técnico-jurídico-filosófico agrega-se a história. Nunca esses três elementos estarão desligados do contexto histórico. Desse modo, nunca poderemos tachar uma lei do início do século passado, o Código Civil de 1916, por exemplo, como retrógrada, porque essa lei só pode ser analisada sob o prisma histórico em que foi criada. Venosa ainda acrescenta:

Não há fenômeno ou instituto jurídico que possa ser analisado fora do seu contexto histórico. Ainda que exista uma lei duradoura, vigente por muito tempo, sabemos que sua interpretação jurisprudencial varia de acordo com o momento histórico.

São propostas, neste momento, algumas perguntas ao leitor, nas dimensões fato social, valor e norma:

- a) A necessidade da Atividade de Inteligência no Brasil é um fato?
- b) A necessidade da Atividade de Inteligência no mundo é um fato?
- c) Qual a importância da atividade de Inteligência no Brasil e no mundo nos dias atuais?
- d) Que valor a sociedade brasileira confere à Atividade de Inteligência?

Ao aplicar a legislação de interesse da Atividade de Inteligência, os operadores do direito deverão considerar as respostas a tais questionamentos.

A base legal atual

Resumidamente, a base legal para as ações da atividade de Inteligência no Brasil é a que segue:

- Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 - Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.
- Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 - Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.
- Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999
 - Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN e dá outras providências.
- Decreto nº 3.505, de 13 de junho de 2000 - Institui a Política de Segurança da Informação nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal.
- Decreto nº 3.695, de 21 de dezembro de 2000 - Cria o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública, no âmbito do Sistema Brasileiro de Inteligência, e dá outras providências.
- Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002 - Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Brasileiro de Inteligência, instituído pela Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, e dá outras providências.
- Decreto nº 4.553, de 27 de dezembro de 2002 - Dispõe sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da se-

gurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública Federal, e dá outras providências.

- Decreto nº 4.801, de 6 de agosto de 2003 - Cria a Câmara de Relações Exteriores e Defesa Nacional, do Conselho de Governo.
- Lei nº 10.826 - de 22 de dezembro de 2003 - Dispõe sobre o porte, registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição e sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm, define crimes e dá outras providências.

A Legislação de Inteligência no Canadá

Fazendo-se um breve estudo comparado, vale a pena estudar a legislação de Inteligência do Canadá, um país que, como o Brasil, é considerado um exemplo de democracia.

O serviço de Inteligência canadense é o *Canadian Security Intelligence Service* (CSIS)¹:

The Canadian Security Intelligence Service (CSIS) plays a leading role in protecting the national security interests of Canada by investigating and reporting on threats to the security of Canada. Guided by the rule of law and the protection of human rights, CSIS works within Canada's integrated national security framework to provide advice to the Government of Canada on these threats.

Sua base legal fundamental é o chamado CSIS Act de 1984:

The *CSIS Act* (1984) provides the legislative foundation for the CSIS mandate, outlines CSIS roles and responsibilities, confers specific powers and imposes

constraints, and sets the framework for democratic control and accountability for Canada's security intelligence service. For example:

- The Act strictly limits the type of activity that may be investigated, the ways that information can be collected, and who may view the information. Information may be gathered primarily under the authority of section 12 of the Act, and must pertain to those individuals or organizations suspected of engaging in activities that may threaten the security of Canada (i.e., espionage, sabotage, political violence, terrorism, and clandestine activities by foreign governments).
- The *CSIS Act* prohibits the Service from investigating acts of lawful advocacy, protest, or dissent. CSIS may only investigate these types of acts if they are linked to threats to Canada's national security.
- Sections 13 and 15 of the Act give CSIS the authority to conduct security assessments on individuals seeking *security clearances* when required by the federal public service as a condition of employment. (grifo nosso).
- Sections 14 and 15 authorize CSIS to conduct *security assessments* used during the visa application process and the application process for refugees and Canadian citizenship. (grifo do autor).

A legislação de interesse da atividade de Inteligência canadense engloba ainda²:

- The *Immigration and Refugee Protection Act* provides for security screening of people in the refugee stream who may pose security risks and allows for their early removal from Canada. This legislation strengthens Canada's ability to detect and refuse entry to suspected terrorists. It streamlines the process for deporting anyone who enters Canada and is later found to be a security threat. It also limits the

¹ CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE. Disponível em: <<http://www.csis-scrs.gc.ca/index-eng.asp>>. Acesso em: 10 out 2010.

² Idem

right of refugee claimants to appeal if their claims are rejected on grounds of national security, and authorizes Citizenship and Immigration Canada to deny suspected terrorists access to the refugee system.

- The *Anti-terrorism Act* (Bill C-36) creates measures to identify, deter, disable and prosecute those engaged in terrorist activities or those who support these activities. The legislation makes it an offence to knowingly support terrorist organizations, whether through overt violence, or through material support. *The Anti-terrorism Act* requires the publication of a list of groups deemed to constitute a threat to the security of Canada and to Canadians.

- The *Security of Information Act* legislates various aspects of security of information, including the communication of information, forgery, falsification of reports, unauthorized use of uniforms and entering a prohibited place.

- The *Public Safety Act* enhances the ability of the Government of Canada to provide a secure environment for air travel and allows specified federal departments and agencies to collect passenger information for the purpose of national security. It also establishes tighter controls over explosives and hazardous substances and deters the proliferation of biological weapons. While the Anti-Terrorism Act focusses mainly on the criminal law aspects of combatting terrorism, this legislation addresses the federal framework for public safety and protection. (grifo do autor).

A legislação de interesse da atividade de Inteligência canadense em parte assemelha-se à correspondente legislação brasileira. Uma diferença que chama a atenção é o fato do CSIS ter respaldo legal para a realização de interceptação telefônica e

outras ações não autorizadas à Abin. Por outro lado, como acontece no Brasil, percebe-se na legislação canadense a necessidade de atualização de alguns dispositivos legais da área³: (CANADÁ, 2005).

As agências de segurança nacional realizam investigações com o auxílio de determinadas técnicas, uma das quais é o acesso legal. Para a polícia, isso envolve a interceptação legal das comunicações e a busca e apreensão legítima de informações, incluindo dados de computador. Acesso legal é uma ferramenta especializada usada para investigar crimes graves, como tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, contrabando, pornografia infantil e assassinatos. A interceptação legal das comunicações é também um instrumento essencial para a investigação de ameaças à segurança nacional, como o terrorismo. O acesso legal só pode ser aplicado caso haja mandado emitido pela autoridade competente, ou seja, uma autorização judicial para interceptar comunicações privadas, emitida por um juiz, em circunstâncias específicas. Por exemplo, a autorização para interceptar comunicações privadas só pode ser utilizada em determinadas comunicações particulares e só pode ser realizada por um período de tempo específico. A fim de obter um mandado de busca e apreensão de dados, devem existir motivos razoáveis para acreditar que um crime foi cometido. Para o Serviço de Inteligência de Segurança Canadense (CSIS), a Procuradoria Federal e um juiz têm que aprovar cada pedido de mandado.

Comunicações e informações podem ser legalmente interceptadas a partir de: Tecnologias de rede fixa, como os telefones; tecnologias sem fio, como telefones celulares, comunicações via satélite, e pagers, e as tecnologias de Internet, tais como e-mail.

³ CANADÁ. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/eng/cons/la-al/sum-res/faq.html>>. Acesso em: 1 out. 2010

Mas a legislação de acesso necessita de atualização. Disposições do atual Código Penal em matéria de interceptação de comunicações foram adotadas pela primeira vez em 1974. O Código Penal foi alterado em 1980 para incluir referências específicas aos sistemas de informática nas disposições sobre busca e apreensão, e novamente em 1990. Em 1984, o Parlamento aprovou a Lei do CSIS, que previa o CSIS como autoridade legalmente respaldada para interceptar comunicações privadas para fins de segurança nacional. Embora a tecnologia tenha evoluído muito desde então, as leis dos Canadenses referentes ao acesso legal não mantiveram o mesmo ritmo. Tecnologias cada vez mais complexas estão desafiando métodos convencionais de acesso legal. Os criminosos e os terroristas estão tirando proveito dessas tecnologias para auxiliá-los na realização de atividades ilícitas que ameaçam a segurança dos canadenses. Para superar estes desafios, instrumentos legislativos, como o Código Penal e outros diplomas legais, devem evoluir de modo que as agências de segurança nacional possam efetivamente investigar as atividades criminosas e ameaças à segurança nacional, assegurando simultaneamente segurança aos canadenses e garantia do respeito à privacidade e aos direitos humanos. (Tradução do autor).

Atividade de Inteligência e o direito à privacidade e à intimidade

Nos meios de comunicação de massa, surgem críticas e discussões sobre a legalidade e a credibilidade da atividade de Inteligência. Suana Guarani de Melo, em 2 de março de 2009, diante de tal realidade, inicia seu artigo científico intitulado Atividade de Inteligência: constitucionalidade e direitos humanos: “Nos últi-

mos anos foi tema de discussões a credibilidade do serviço prestado pelas gerências de Inteligência em todo o país”.

Apesar das discussões, é pacífico que o exercício da Atividade de Inteligência no Brasil é respaldado por lei.

Cesare Bonessana (1764), o Marquês de Beccaria, influenciado pelas idéias iluministas e imbuído dos princípios pregados por Rousseau e Montesquieu, publicou sua obra “Dos delitos e das penas”, na qual, criticando a tirania reinante na aplicação do Direito Penal da época, reconhece e frisa a necessidade do cidadão ceder parte dos seus direitos em benefício da coletividade e de uma segurança mais duradoura:

Cansados de viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou-se a soberania da nação.

Mas há uma preocupação: é possível que o homem tente ultrapassar o que é justo e legal, que venha a cometer excessos e usurpar os direitos dos outros. No pensamento de Thomas Hobbes⁴, existiria uma tendência natural do homem em subjugar o semelhante: ninguém estaria seguro, pois o homem seria lobo do próprio homem.

⁴ Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Obra principal do filósofo inglês Thomas Hobbes, publicada em 1651.

Tal preocupação é equalizada com a criação de mecanismos de controle interno e externo da atividade de Inteligência. No caso da Abin, o controle interno é feito pela sua Corregedoria e o controle externo fica a cargo do Legislativo Federal, por meio da Comissão Mista de Controle da Atividade de Inteligência (CCAI), conforme disposições do art. 6º da Lei nº 9.883/99: “O controle e fiscalização externos da atividade de Inteligência serão exercidos pelo Poder Legislativo na forma a ser estabelecida em ato do Congresso Nacional”.

No Seminário Internacional “Atividade de Inteligência e Controle Parlamentar” ocorrido em dezembro de 2009, especialistas destacaram a importância do controle da atividade de Inteligência (TELES, 2009):

Especialistas destacaram nesta terça-feira a importância do controle externo das atividades de Inteligência, durante seminário para debater o papel do setor no atual contexto de insegurança internacional e discutir preceitos democráticos, constitucionais e legais que permitam o controle interno e externo dos órgãos de Inteligência, em especial pelo Poder Legislativo. A iniciativa do seminário “Atividade de Inteligência e Controle Parlamentar: Fortalecendo a Democracia” foi do deputado Severiano Alves (PMDB-BA), ex-presidente da Comissão Mista de Controle das Atividades de Inteligência. Para o professor Joannisval Brito Gonçalves, do Senado Federal, o controle torna a atividade de Inteligência mais eficaz e neutraliza abusos, além de respaldar a atividade”.

Nesse contexto, algumas questões são levantadas: As ações de Inteligência vio-

lam direitos e garantias individuais? Quais os limites das ações de Inteligência para que não se violem a intimidade e a privacidade das pessoas? É possível a coexistência das ações de Inteligência com a inviolabilidade dos direitos e garantias individuais?

Importante iniciar o estudo de tal questão nas disposições da Constituição Federal de 1988 que tratam da intimidade e da vida privada, contido no Inciso X do seu Artigo 5º: “São Invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

É possível a coexistência das ações de Inteligência com a inviolabilidade dos direitos e garantias individuais?

Tais disposições constitucionais são importantes garantias que devem ser tuteladas num Estado Democrático de Direito. Todavia, tais garantias não podem servir de escudo para acobertar criminosos nem podem impedir que o Estado cumpra o seu papel na defesa da sociedade. Na hipótese de um Estado em que todos os indivíduos, indistintamente (cidadãos de bem e criminosos), tivessem todas as garantias e o poder público não pudesse desenvolver ações para proteger os cidadãos cumpridores das leis, tal sociedade não viveria uma democracia e sim uma anarquia ou até uma anomia⁵.

⁵ Segundo Émile Durkheim, anomia significa uma incapacidade de atingir os fins culturais. Ocorre quando o insucesso em atingir metas culturais, devido à insuficiência dos meios institucionalizados, gera conduta desviante. Wikipedia. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wik/anomia>>. Acesso em: 02 out. 2010.

Assim, doutrinadores do Direito Constitucional Brasileiro defendem que os direitos e garantias constitucionais não são revestidos de caráter absoluto. É o que se verifica na obra de Alexandre de Moraes (2009):

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da CF/88, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, [...], sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

A natureza relativa dos direitos e garantias constitucionais também é defendida por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010):

Os direitos fundamentais não dispõem de caráter absoluto, visto que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pelo texto constitucional.

O texto constitucional não possui direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, uma vez que razões de interesse público legitimam a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas de tais liberdades, desde que, evidentemente, respeitados os termos estabelecidos na própria Constituição.

O exercício dos direitos e garantias fundamentais pode sofrer restrições por parte do legislador ordinário, por meio de lei, medida provisória etc.

Além da posição pacífica dos doutrinadores do Direito Constitucional, a jurisprudência também tem firmado tal entendimento. É o que se verifica no julgamento do HC 93250 (BRASIL, 2008) do qual foi Relatora a Ministra Ellen Gracie, datado de 10 de junho de 2008:

Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa.

A Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU, 2000) em seu artigo 29º, reforça a natureza relativa dos direitos e garantias individuais:

Art. 29 - Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Assim, verificam-se que as disposições constitucionais não são absolutas, elas coexistem harmonicamente entre si e com as leis infraconstitucionais enquanto não declaradas inconstitucionais.

A legislação que ampara a atividade de Inteligência não foi declarada inconstitucional. Não prosperou a tentativa do Partido Popular Socialista (PPS) que argumentou a inconstitucionalidade de disposições da Lei nº 9.883/99 e do Decreto que a regulamenta.

O ministro Carlos Alberto Menezes Direito, do STF (Supremo Tribunal Federal), negou a petição inicial da Adin (ação direta de inconstitucionalidade) do PPS contra decreto presidencial que trata da organização e funcionamento do Sisbin (Sistema Brasileiro de Inteligência) [...] O partido pedia suspensão do decreto com base na suposta ofensa do direito à inviolabilidade da intimidade e do sigilo de dados⁶.

Importante também considerar algumas realidades do momento histórico, as ameaças atuais e o desenvolvimento tecnológico do mundo em que vivemos:

- a) Câmeras de segurança vigiam e registram imagens de pessoas que frequentam áreas comerciais como lojas, shoppings, postos de combustíveis etc;
- b) empresas privadas do ramo comercial coletam e armazenam dados pessoais de seus clientes e valem-se dos dados para oferecer produtos;
- c) bancos e empresas de cartões de crédito oferecem produtos a pessoas já conhecendo o perfil e o poder aquisitivo delas;
- d) com a telefonia móvel, as pessoas são incomodadas onde quer que estejam;
- e) no instante em que uma pessoa acessa seus e-mails, terceiros podem perceber que tal pessoa encontra-se conectada à rede;
- f) os jornalistas da imprensa televisiva valem-se, às vezes, de meios técnicos ocultos para registrar som e imagem sem o conhecimento de quem está sendo filmado ou gravado.

Então, a privacidade de hoje não é a mesma de um século atrás. Na verdade, a

sociedade já aceitou abrir mão de sua privacidade até para as pessoas físicas e empresas privadas. Se for normal que empresas privadas façam isto, é razoável e bem mais aceitável que o Estado desenvolva ações similares na defesa dos interesses coletivos, em obediência às disposições da legislação vigente.

A atividade de Inteligência e os direitos e garantias individuais e coletivos devem coexistir harmonicamente.

Assim, a legislação brasileira ampara e disciplina a atividade de Inteligência no atual contexto histórico. A lei institui e fundamenta tal atividade estabelecendo também os seus limites. Ao mesmo tempo em que a lei trata da atividade de Inteligência, ressalta que os direitos e garantias individuais devem ser respeitados. A atividade de Inteligência e os direitos e garantias individuais e coletivos devem coexistir harmonicamente.

Trata-se então da busca de um equilíbrio: de um lado da balança, a garantia das liberdades individuais e, de outro lado, a defesa da segurança da sociedade e do Estado.

Considerações finais

Nas ações operacionais, não são executadas medidas que poderiam ir de encontro às expressas disposições legais. Assim, por exemplo, o domicílio não pode ser invadido, por expressa disposição constitucional (CF/88 - Art. 5º, XI) e por

⁶ STF arquiva ação do PPS que questiona acesso da Abin a dados sigilosos. Folha online, 12 mar. 2009. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u533812.shtml. Acesso em: 17 de out. 2010.

disposições do Código Penal que tipificam tal conduta (BRASIL, 1940, art. 150º). Da mesma forma, não pode o profissional de Inteligência da Abin realizar interceptação telefônica, por expressa disposição constitucional (CF/88 - Art. 5º, XI) e por disposições da Lei nº 9.296/96.

Até quando a lei autoriza a ação operacional, mesmo dentro das ações legalmente permitidas ao profissional de Inteligência, há que se verificar o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade: as ações operacionais da Inteligência devem ser desencadeadas pesando-se a relação custo/benefício. Na decisão pelo tipo de ação a ser desenvolvida, o gerente da operação deve partir do menos oneroso para o mais oneroso, do mais simples para o mais complexo, da ação menos invasiva para a mais invasiva, das ações que ofereçam menos riscos aos agentes para as mais arriscadas.

Assim, se houver uma ação eficaz que seja menos onerosa, mais simples, menos invasiva e menos arriscada, o responsável pela operação deve optar por ela. Isso nada mais é do que a aplicação concreta do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, isto é, ponderação entre meios e fins.

Na escolha da ação operacional a ser empregada, entre as linhas de ação aceitáveis segundo o ordenamento jurídico vigente, a ação invasiva deve ser justificada pela sua real necessidade e pela ausência da possibilidade de uma ação menos invasiva. Da mesma forma, ações complexas devem ser justificadas pelo grau de importância do conhecimento a ser produzido. A produção de um conhecimento de pouca importância não justifica a aplicação de recursos complexos e dispendiosos.

Pedro Lenza (2010), em sua obra *Direito Constitucional esquematizado*, cita I. M. Coelho que, ao expor a obra de Karl Larenz, esclarece:

[...] utilizado, de ordinário para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios e benefícios – o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins [...] enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação de todo ordenamento jurídico.

Pedro Lenza (2010) entende que, para que se aplique o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, é necessário o preenchimento de três elementos:

a) Necessidade: por alguns denominada exigibilidade, significa que a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa.

b) Adequação: também chamada de pertinência ou idoneidade, significa que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido.

c) Proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores. Pode-se falar em máxima efetividade e mínima restrição.

Por analogia, é prudente que o gerente da ação operacional de Inteligência observe o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade na escolha da linha de ação operacional a ser aplicada no caso concreto.

Mesmo com o respaldo da lei e ainda que se observe o princípio da proporcionalidade, as ações operacionais de Inteligência devem ser precedidas de planos operacionais aprovados pela autoridade competente, pois tal autorização será o respaldo e a garantia de que o agente, no momento da ação, agia no fiel cumprimento do dever legal.

O gerente da operação de Inteligência deve ter o cuidado e a preocupação constante de não cometer excessos ou abusos. Mas isso não pode ser motivo para que os profissionais de Inteligência sintam-se inseguros quanto à legalidade das suas ações. Na verdade, há todo um arcabouço jurídico que ampara a atividade de Inteligência. O Estado e a sociedade, por lei, confiam esta importante incumbência aos profissionais da área e esperam que a Inteligência de Estado cumpra bem o seu papel.

Na busca da satisfação da expectativa da sociedade, ao profissional de Inteligência não é permitida a inércia ou a omissão. Na busca do equilíbrio que deve haver entre o exercício das atribuições de um profissional de Inteligência e o respeito aos

direitos e garantias individuais, o profissional de Inteligência não pode deixar de agir, sob pena de cometer prevaricação.

Nesse sentido, vale citar o saudoso Hely Lopes Meirelles (2009):

A timidez da autoridade é tão prejudicial quanto o abuso do poder. Ambos são deficiência do administrador, que sempre redundam em prejuízo para a administração. O tímido falha, no administrar os negócios públicos, por lhe faltar fortaleza de espírito para obrar com firmeza e justiça nas decisões que contrariem os interesses particulares; o prepotente não tem moderação para usar do poder nos justos limites que a lei lhe confere. Um peca por omissão; outro, por demasia no exercício do poder.

Na busca do equilíbrio que deve existir entre o respeito às liberdades fundamentais e o exercício das ações de Inteligência, em cumprimento à competência estabelecida na Lei nº 9.883/99, o profissional de Inteligência deve agir com segurança, prudência e proporcionalidade.

Sob tal contexto, a inoperância configuraria o descumprimento do dever enquanto o excesso consumaria a prática de abuso de poder.

Referências

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilados.htm>. Acesso em: 10 abr. 2007.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1989. 292p.

_____. Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Brasileiro de Inteligência, instituído pela Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 13 set. 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2004.

_____. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 10 abr. 2007.

_____. Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 8 dez 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 out 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus nº 93250/MS, da 2ª turma, Brasília, DF, 10 de junho de 2008. Relatora: Ministra Ellen Gracie. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, DF, 27 jun. 2008.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Atena, 1965.

CANADÁ. Department of Justice. Lawful access FAQ. In: _____. Summary of Submissions to the lawful access consultation. Canada, 2009. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/eng/cons/la-al/sum-res/faq.html>>. Acesso em: 01 out 2010.

CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE (CSIS). Disponível em: <<http://www.csis-scrs.gc.ca/index-eng.asp>>. Acesso em: 10 out 2010.

FORUM Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/content/atividade-de-intelig%C3%A2ncia-constitucionalidade-e-direitos-humanos>>. Acesso em: 17 out 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. 291p.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Rio de Janeiro: Martins Editora, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. 1024p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 839p.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. vol. 1. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 464p.

MELO, Suana Guarani. Atividade de Inteligência: constitucionalidade e direitos humanos. In: *Forum Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, 02 mar. 2009. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/content/atividade-de-intelig%C3%A2ncia-constitucionalidade-e-direitos-humanos>>. Acesso em: 17 out. 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010. 863p.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: UNIC, 2000. Disponível em: <http://unorio.org.br/img/Deciu_D_humanosVersoIntenet.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 6. ed. São Paulo: Impetus, 2010.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL “ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA E CONTROLE PARLAMENTAR FORTALECENDO A DEMOCRACIA”. 2009, Brasília. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa-comissões-seminarios-1/2009>>. Acesso em: 10 out. 2010.

SILVA NETO, Francisco da Cunha e. *A teoria tridimensional do Direito em Miguel Reale*. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2005>>. Acesso em: 17 out. 2010.

TARAPANOV, Kira. *Inteligência organizacional e competitiva*. São Paulo: UNB, 2001.

TELES, Oscar. *Especialistas defendem controle externo da Abin*. Agência Câmara de Notícias, Brasília, 02 dez. 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/149579-ESPECIALISTA-DEFENDEM-CONTROLE-EXTERNO-DA-ABIN.htm>>. Acesso em: 17 nov. 2010.

TZU, Sun. *A arte da guerra*. Adaptação de James Clavell. Rio de Janeiro: Record, 1983. 111 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. 321p.