

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO**

Débora Portel Furlan Redó

Presidente Prudente/SP

2007

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO**

Débora Portel Furlan Redó

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de Curso para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Mário Coimbra.

Presidente Prudente/SP

2007

# O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DE UM DIREITO PENAL DO INIMIGO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
como requisito parcial para obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito.

Mário Coimbra  
Orientador

---

1º Examinador

---

2ª Examinador

Presidente Prudente, , novembro de 2007.

O Direito não é uma idéia lógica, porém uma idéia de força. É a razão porque a Justiça, que empunha em uma das mãos a balança em que pesa o Direito, empunha na outra a espada que serve para fazê-lo valer. A espada – sem a balança – é a força bruta. A balança – sem a espada – é direito impotente. Complementam-se mutuamente. E, na realidade, o Direito só reina quando a força dispendida pela Justiça para empunhar a espada corresponde à habilidade que emprega em manejar a balança.

**Rudolph Von Ihering**

Dedico este trabalho monográfico ao Dr. Lincoln Gakiya, sem sombra de dúvidas, meu maior mestre.

## **AGRADECIMENTOS**

Celebro hoje a vitória de ter chegado até aqui. Meu coração está cheio de alegria e de gratidão por ter galgado mais esse degrau de minha vida, rumo ao sucesso e a realização de meus sonhos.

Agradeço primeiramente à Deus, que me criou e sonhou comigo desde antes da fundação do mundo. Sou um projeto de seu coração e sua palavra me afirma que Ele, o autor da vida, tem planos de paz para comigo, planos de me abençoar, de me fazer próspera e feliz. Obrigada Deus!

Agradeço aos meus pais Carlos e Cristina que me amaram e caminharam comigo, sonharam os meus sonhos, acreditaram em mim, não mediram esforços e trabalharam arduamente para que essa conquista se tornasse possível. Obrigada pai, obrigada mãe.

Agradeço também ao meu irmãozinho João Gabriel, que veio iluminar a minha vida, mostrando-me como se deve viver cada momento, como quem acredita em um mundo melhor que ainda vai haver. Obrigado meu anjo por você ter compreendido todas as vezes que não pude brincar com você porque tinha que estudar. Eu sempre acreditei em Deus, mas quando você nasceu tive a prova material de que Ele realmente existe. Você me encanta com sua pureza e inocência que todos deveriam ter.

Agradeço ao meu grande amor Jaderson, sempre presente em todos os momentos, me amando e me incentivando, sempre de pé para me aplaudir. Ser merecedora do seu amor é um grande presente de Deus. Seu carinho, sinceridade e, principalmente lealdade, me conquistaram desde o primeiro momento.

Agradeço à toda a minha família, minhas avós, tios e primos que sempre me apoiaram e entenderam os momentos de ausência. O carinho de vocês foi fundamental para a minha realização.

Dr. Lincoln Gakiya, obrigada infinitamente pela força, pela dedicação, paciência e generosidade em partilhar comigo todo o seu conhecimento e me estimular à busca constante do saber. Foi uma honra ser sua estagiária. Agradeço-lhe também por ter aceitado meu convite para ser meu examinador. O senhor foi e

sempre será meu maior professor. Sua garra e coragem serão sempre um estímulo para que eu alcance meus objetivos.

Gostaria de agradecer também meu orientador Dr. Mario Coimbra, que acompanhou todo o desenvolvimento desse trabalho com muito zelo e dedicação. Sua sabedoria transborda em suas palavras. Foi um privilégio tê-lo como professor e orientador. Com certeza vou guardar para sempre todo o aprendizado que recebi do senhor.

Agradeço, ainda, ao professor Sandro Marcos, o qual aceitou prontamente meu pedido para ser meu examinador. O senhor desempenhou fundamental papel em minha vida acadêmica. Seus conselhos e incentivo no início do curso foram de fundamental importância para minha caminhada durante esses cinco anos.

À todas as minhas amigas quero agradecer pelo companheirismo. Passamos juntas uma parte preciosa de nossas vidas. Partilhamos momentos de alegrias e ansiedades. Obrigada pelo constante apoio nos momentos difíceis desta longa jornada e pelos momentos de intensa alegria que vivemos juntas.

Por fim, gostaria de agradecer á todos aqueles que, direta ou indiretamente colaboraram para a confecção deste trabalho.

A alegria de hoje me estimula a continuar sonhando. Com certeza, as bênçãos de Deus, o amor de minha família, a dedicação de meus mestres e a companhia de meus amigos, tornará mais fácil a caminhada para o sucesso a mais preciosa a minha vitória.

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar um dos temas mais polêmicos apresentado na atualidade pelo processo brasileiro, qual seja o instituto das Interceptações Telefônicas, instituído pela Lei n.º 9.296/96, a qual veio para regulamentar o artigo 5º, XII, da Constituição Federal. Nesta perspectiva, partir-se-á de um enfoque geral sobre as provas utilizadas no processo penal, destacando-se o conceito de prova como termo jurídico, sua finalidade, seu objeto, sua classificação, os meios de prova existentes no ordenamento jurídico, os princípios que regem a instrução probatória, os sistemas de avaliação das provas, bem como uma breve explanação do direito à prova e seus limites. Por conseguinte, far-se-á uma análise sobre as provas proibidas no processo penal, que são constituídas pelas provas ilícitas e provas ilegítimas, abordando-se os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes acerca da admissibilidade ou não de referidas provas. Na seqüência, conduzir-se-á o leitor por todo conteúdo teórico referente ao princípio da proporcionalidade, cuja origem e desenvolvimento encontram-se intrinsecamente ligados à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana. Posteriormente, discorrer-se-á sobre os Direitos Humano-Fundamentais, enfocando, principalmente, o direito constitucional à intimidade, o qual é amplamente violado quando do uso das interceptações telefônicas. Destarte, far-se-á um brevíssimo comentário sobre o Crime Organizado, o qual vem sendo eficazmente combatido por intermédio das interceptações telefônicas. Outrossim, far-se-á uma análise minuciosa sobre a Lei das Interceptações Telefônicas, apontando suas falhas e eventuais irregularidades, fazendo um paralelo com o Projeto de Lei Miro Teixeira (Projeto de Lei nº 3.514/89), o qual, como se verá oportunamente, melhor disciplinou a matéria em questão. No mesmo tópico, casos reais e atualíssimos são trazidos à baila, demonstrando-se sua pertinência com o tema em estudo. Ademais, trar-se-á à colação o problema da utilização de celulares dentro dos presídios e uma crítica no concernente à pena branda que é aplicada aos detentos.

**Palavras-chave:** Provas no Processo Penal. Provas Proibidas no Processo Penal. Princípio da Proporcionalidade. Direitos Humano-Fundamentais. Crime Organizado. Interceptações Telefônicas.

## ABSTRACT

The objective of the present study is to analyze one of the controversial subjects presented in the present time for the Brazilian process, which is the institute of the telephonic interceptions, instituted by Law n.º 9.296/96, which came prescribed article 5º, XII, of the Federal Constitution. In this perspective initiating a general approach on the proof used in the criminal procedure, delimiting the proof concept on legal terms, its purpose, its objective, its classification, the existing evidences in legal actions of the probation instructions, the system of evaluation of the proof as a brief communication of the proof, its limitation. The consequences, make analyzes at the prohibited proof from the penal code that are made of illicit and illegitimate proof, involving several diverse existing doctrinal and juris final decision measures concerning the acceptance or of not related proof. In the sequence, guide reader for all theoretical content referring the proportionality principles which origin and development are related to each other to the evolution of the rights and individual guarantees of the human beings. Hence, it discourses the basic human beings rights, focusing, mainly, the constitutional right to the privacy, which widely is violated of the use of the telephonic interceptions. Therefore, it makes a brief commentary on the Organized Crime, which comes being efficiently fought for intermediary of the telephonic interceptions. The same way it makes a detailed analysis on the Law of the Telephonic Interceptions, pointing its imperfections and eventual irregularities, according to the Project of Law Miro Teixeira (Project of Law n.º 3.514/89), as it will be shown at the work study, better disciplined the subject in question. The same study, real and current cases as shown, demonstrating its relevancy with the subject in study. Furthermore, brings in question the problem of the use of cellular in the prisional system and critical in relation to the short penalty that is applied to the prisoners.

**Keys Words:** Proof in the criminal procedure. Forbidden proof in the Criminal procedure. Proportionality principle. Basic human being rights. Organized crime. Telephonic Interceptions.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL</b> .....	14
2.1 Conceito de Prova .....	14
2.2 Finalidade da Prova .....	15
2.3 Objeto da Prova .....	15
2.4 Classificação das Provas .....	16
2.5 Meios de Prova .....	18
2.6 Princípios que Regem a Instrução Probatória .....	21
2.6.1 Princípio da verdade real .....	21
2.6.2 Princípio do contraditório .....	22
2.6.3 Princípio da auto-responsabilidade das partes .....	22
2.6.4 Princípio do dispositivo .....	23
2.6.5 Princípio da oralidade .....	23
2.6.6 Princípio da comunhão da prova .....	24
2.6.7 Princípio do livre convencimento motivado .....	24
2.7 Sistemas de Avaliação das Provas .....	25
2.7.1 Sistema da livre apreciação .....	25
2.7.2 Sistema da prova legal .....	26
2.7.3 Sistema da livre convicção .....	26
2.8 O Direito à Prova e seus Limites .....	27
<b>3 DAS PROVAS PROIBIDAS NO PROCESSO PENAL</b> .....	30
3.1 Introdução .....	30
3.2 Prova Proibida e suas Espécies: Prova Ilícita e Prova Ilegítima .....	30
3.3 Produção das Provas Ilícitas no Processo Penal: Correntes Doutrinárias .....	32
3.3.1 Teoria obstativa .....	33
3.3.2 Teoria permissiva .....	34
3.3.3 Teoria intermediárias .....	35
<b>4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE</b> .....	36
4.1 Histórico .....	36
4.2 Conceito de Proporcionalidade .....	38
4.3 O Princípio da Proporcionalidade e a Constituição Federal de 1988 .....	40
4.4 Princípio da Proporcionalidade e Prova Ilícita <i>Pro Reo</i> .....	42
4.5 Princípio da Proporcionalidade e Prova Ilícita <i>Pro Societate</i> .....	43
<b>5 DOS DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS</b> .....	48
5.1 Considerações Gerais .....	48
5.2 Origem e Evolução Histórica .....	49
5.3 Breve Curso Histórico dos Direitos Humano-Fundamentais nas Constituições Brasileiras .....	50
5.4 Conceito de Direitos Humano-Fundamentais .....	51
5.5 Direitos Humano-Fundamentais na Constituição Federal de 1988 .....	52
5.6 Relatividade dos Direitos Humano-Fundamentais .....	53

5.7 Direito à Intimidade .....	55
5.7.1 Garantia constitucional .....	55
5.7.2 Definição .....	56
5.7.3 Relatividade do direito à intimidade.....	56
5.7.4 Do posicionamento jurisprudencial atual sobre o tema .....	57
<b>6 DO CRIME ORGANIZADO .....</b>	<b>59</b>
6.1 Origem e Desenvolvimento .....	59
6.2 Conceito de Crime Organizado .....	61
<b>7 DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....</b>	<b>63</b>
7.1 Conceito .....	63
7.2 Antecedentes Históricos.....	63
7.3 Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas: Lei nº 9.296/96.....	64
7.3.1 Da interceptação telefônica antes da Lei nº 9.296/96 .....	64
7.3.2 Da interceptação telefônica após a Lei nº 9.296/96 .....	68
<b>8 LEI Nº 9.296/96: UMA ANÁLISE MINUCIOSA .....</b>	<b>71</b>
8.1 Artigo 1º - Considerações Acerca do Alcance da Expressão “Interceptações de Comunicações Telefônicas” .....	71
8.1.1 Interceptação, escuta e gravação ambiental.....	72
8.2 Parágrafo Único do Artigo 1º: Constitucional ou Inconstitucional?.....	73
8.2.1 Pela inconstitucionalidade .....	74
8.2.2 Pela constitucionalidade.....	77
8.3 Artigo 2º - Pressupostos Básicos da Interceptação Telefônica .....	79
8.3.1 Artigo 2º, I - <i>fumus boni iuris</i> .....	80
8.3.2 Artigo 2º, II - <i>Periculum In Mora</i> .....	80
8.3.3 Artigo 2º, III – hipóteses legais de admissibilidade das interceptações telefônicas .....	81
8.4 Parágrafo Único do Artigo 2º.....	83
8.4.1 Sujeito passivo da interceptação.....	84
8.4.2 Individualização do sujeito passivo .....	84
8.4.3 Delimitação da “situação objeto da investigação” .....	85
8.4.4 Interceptação em face de terceiros .....	86
8.4.5 Princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> .....	86
8.4.5 Conversa com o advogado.....	87
8.4.6 “Encontro fortuito” de outros fatos ou de outros investigados - Prova Emprestada.....	90
8.5 Artigo 3º - Excesso e Omissões a Serem Resolvidos Mediante uma Adequada Interpretação Conforme a Constituição Federal.....	93
8.5.1 Excesso: Possibilidade da interceptação telefônica ser requerida de ofício pelo juiz.....	94
8.5.2 Omissão: a necessidade da oitiva prévia do membro do Ministério Público .....	96
8.5.3 Omissão: a possibilidade de a defesa requerer a interceptação telefônica... ..	97
8.6 Artigo 4º.....	98
8.6.1 Art. 4º, <i>caput</i> – Conteúdo do pedido de interceptação .....	98
8.6.2 Artigo 4º, §§ 1º e 2º - Requerimento verbal.....	100
8.7 Artigo 5º.....	101

8.7.1 Fundamentação da decisão .....	101
8.7.2 Prazo de duração da interceptação telefônica .....	102
8.7.3 Renovação da interceptação.....	102
8.8 Artigos 6º e 7º - Fase Executiva da Interceptação Telefônica.....	104
8.8.1 Artigo 6º, <i>caput</i> .....	104
8.8.2 Artigo 6º, §1º, primeira parte .....	105
8.8.3 Artigo 6º, §1º, <i>in fine</i> .....	105
8.8.4 Artigo 6º, §§ 2º e 3º .....	106
8.8.5 Artigo 7º.....	107
8.9 Artigos 8º e 9º - Incidentes .....	107
8.9.1 Artigo 8º - Apensamento .....	108
8.9.1.1 Artigo 8º, <i>caput</i> – Ausência de previsão do direito à ampla defesa e contraditório.....	108
8.9.1.2 Artigo 8º, parágrafo único – Referencia equivocada ao artigo 538 .....	109
8.9.1.3 Apensamento após as alegações finais: viola ou não o princípio do contraditório?.....	110
8.9.2 Artigo 9º - Inutilização.....	112
8.9.2.1 Artigo 9º, <i>caput</i> – Incidente de inutilização .....	112
8.9.2.2 Artigo 9º, parágrafo único: inconstitucionalidade?.....	113
8.9.3 Recursos cabíveis .....	114
8.10 Artigo 10: Aspectos penais da Lei nº 9.296/96.....	115
8.10.1 Objeto jurídico tutelado.....	115
8.10.2 Ação nuclear .....	115
8.10.3 Sujeito ativo.....	116
8.10.4 Sujeito passivo .....	117
8.10.4 Elemento subjetivo do tipo .....	118
8.10.5 Consumação .....	118
8.10.6 Tentativa.....	118
8.10.7 A questão da revogação ou não da parte final do inciso II do §1º do artigo 151 do Código Penal.....	119
<b>9 DA PENALIZAÇÃO DO USO DE CELULARES EM PRESÍDIOS.....</b>	<b>120</b>
9.1 Noções Preliminares .....	120
9.1.1 Dados estatísticos .....	121
9.2 Resolução nº 113 da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo .....	121
9.3 Posição dos Tribunais Superiores antes do advento da Lei nº 11.466/07.....	122
9.4 Interpretação evolutiva da LEP .....	125
9.5 É apresentado, no Senado, projeto de lei para incluir expressamente a posse de telefone celular dentre as faltas graves.....	125
9.6 Da penalização do uso de celulares em presídios - Lei nº11.466/07 .....	126
9.7 Da necessidade da criminalização (?) do uso de celulares em presídios .....	126
<b>10 CONCLUSÃO .....</b>	<b>128</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>132</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>136</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A escolha do presente tema levou em consideração a sua atualidade, bem como a grande polêmica com que o mesmo é tratado.

Desde que o Estado monopolizou a prestação jurisdicional chamando para si a responsabilidade de distribuir a justiça, utilizando-se, para isso, do processo, a teoria processual vem se desenvolvendo e com ela o processo. É através do processo que se apura a verdade dos fatos. Assim, o processo é instrumento útil à prestação jurisdicional e a prova é útil ao processo na medida em que é através dela que este pode atingir sua finalidade, que é a descoberta da verdade.

Nesta seara, o processo sem prova de nada adianta, visto que não se chegará à verdade e, portanto, à justiça, finalidade última da prestação jurisdicional. Eis aí a importância da prova, pois, ela vai além do processo, haja vista que é sobre ela que se sustenta a verdade.

Desta feita, dentre outros aspectos, busca-se através deste trabalho abordar as provas proibidas dentro do processo penal, demonstrando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a admissibilidade ou não destas no processo.

O artigo 5º da Constituição Federal e seus respectivos incisos traz um rol de direitos e garantias assegurados aos seres humanos. Mas será que esses direitos devem ser sempre considerados de forma absoluta? Será que devemos defender, sempre, até mesmo os direitos individuais daqueles que nunca lutaram ou zelaram por eles?

Assim, podemos nos questionar: até onde, atualmente, a razoabilidade é considerada quando tratamos da admissibilidade de provas ilícitas no processo penal?

Embora nem mesmo esteja disposto literalmente na Constituição, o princípio da Proporcionalidade está intimamente ligado ao da Razoabilidade, chegando até mesmo a ser confundido com esse. Quando se trata de provas ilícitas,

esses princípios devem ser usados quando se precisa observar o que "vale" ou "pesa" mais, se é o direito a ser protegido ou o crime a ser desvendado.

Se pararmos para pensar, é muito injusto absolver alguém sobre quem temos a plena certeza de sua culpabilidade, ainda que essa certeza tenha advindo de meios inidôneos.

Reconhecidamente, a prova ilícita *pro reo* já vem sendo admitida freqüentemente, mas o objeto de presente estudo é questionar o porquê da não aceitação das provas ilícitas *pro societate* em situações extremas.

Se considerarmos todo direito humano como absoluto, estaremos desamparando a sociedade por completo, e a intimidade há de ser considerada um direito relativo, assim como outros.

Se a interceptação telefônica utilizada em detrimento ao direito à intimidade de uma pessoa tem um intuito benéfico para a sociedade, como o de ajudar na comprovação de delitos, não há porque não aceitá-la como válida no processo.

Precisamos pensar no que é justo para todos e não aplicar restritamente uma norma pensando em apenas um dos lados. Muitas vezes, um crime pode ser solucionado através da produção de uma prova que fere um direito individual consagrado em nossa Constituição, como a intimidade, por exemplo, porém a aceitabilidade dessa prova, certamente, trará maiores benefícios à sociedade do que a sua recusa.

Ademais, os crimes praticados por associações criminosas geram grau de perturbação acentuado e diferenciado da criminalidade comum. Essa percepção faz com que se exija não somente uma punição mais rigorosa dos criminosos, mas principalmente a adoção de tratamento processual especial e particularizado.

A legislação brasileira, em que pesem as inúmeras contradições e eventuais incoerências técnicas, é sensível a essa situação anunciada e, de fato, contempla um procedimento diferenciado ao dito crime organizado. Tais diferenciações evidenciam-se pela presunção de maior necessidade de determinados instrumentos como a interceptação telefônica. É sabido que em tal hipótese verifica-se maior restrição às liberdades individuais, todavia, a mesma pode

ser justificada pela imperatividade de se tutelar o interesse coletivo, cuja gravidade, medida pelo comprometimento social gerado, exige maior rigor por parte do Estado.

Desta forma, levando-se em consideração o desenvolvimento dessas organizações criminosas, assim como o prejuízo que as mesmas podem provocar à estabilidade institucional do país, algumas questões não podem ser desconsideradas, dentre as quais, o papel da atividade de inteligência no combate ao crime organizado, especialmente a utilização de interceptações telefônicas.

Assim, o crucial objetivo do presente estudo é demonstrar que o direito precisa evoluir, e a idéia de Justiça deve prevalecer, haja vista que se acredita que não podemos sacrificar a segurança de toda a população para preservar a privacidade de uma só pessoa.

## 2 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

### 2.1 Conceito de Prova

Por primeiro, cumpre-nos definir o vocábulo “prova”, o qual se origina do latim *probatio* e traduzido para a língua portuguesa significa “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de algo” (FERREIRA, 1997, p. 448).

O conceito de prova envolve aspectos variados, não sendo unívoco. No campo jurídico, pode-se conceituar a prova como sendo o instrumento de que se valem as partes para demonstrar ao juiz elementos que o convençam acerca dos fatos controvertidos da causa.

O processo penal visa, em síntese, a declaração da existência ou inexistência da responsabilidade criminal do réu e a conseqüente imposição de sanção. Para tanto, deve o juiz convencer-se acerca da veracidade ou falsidade das afirmações feitas pelas partes ao longo do processo, o que é feito por meio da prova. E a apuração dessa verdade é realizada durante a instrução, fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam, sobretudo para demonstrar ao juiz a veracidade ou a falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade e na individualização das penas.

Assim, a prova consiste, em síntese, na demonstração da existência ou veracidade daquilo que se alega em juízo.

Neste contexto, Júlio Fabrini Mirabete (1994. p. 256) leciona que:

‘provar’ é produzir em estado de certeza, na consciência e na mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma imputação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

Como se vê, a prova constitui-se em elemento de vital importância para o processo, capaz de reconstruir um fato ocorrido, de forma suficiente para convencer o julgador. Trata-se de um elemento instrumental à disposição das partes para que possam influir na formação da convicção do julgador, bem como meio para este averiguar sobre a veracidade dos fatos alegados pela partes.

## **2.2 Finalidade da Prova**

É patente que uma das finalidades do processo é buscar uma decisão justa e baseada na verdade dos fatos ou o mais próximo possível deles.

No conceito de Vicente Greco Filho (1997, p. 332),

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

Desta forma, o fim prático e a finalidade primeira da prova é o convencimento do magistrado, já que este terá que solucionar a lide com base nos elementos trazidos aos autos pelas partes litigantes.

## **2.3 Objeto da Prova**

O objeto da prova é tudo aquilo que deverá ser demonstrado ao juiz, pelas partes, a fim de que adquira aquele o conhecimento necessário para solução da questão sob apreciação. É de se ressaltar que somente serão objeto de prova os fatos relevantes sobre os quais versa a lide, devendo a parte fazer prova dos fatos incontroversos.

Para Capez (2003, p. 243), o objeto da prova é:

(...) toda circunstancia, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo.

No processo penal os fatos, controvertidos ou não, necessitam ser provados, face os princípios da verdade real e do devido processo legal, pois, mesmo que o réu confesse todos os fatos narrados na denúncia, sua confissão não tem valor absoluto, devendo ser confrontada com os demais elementos de prova dos autos.

Ficam, porém, excluídos da atividade probatória os fatos axiomáticos ou intuitivos (fatos que por si mesmos são evidentes) e os fatos notórios (por todos conhecidos), haja vista que, segundo Tourinho Filho (1994, p. 204), “ambos produzem no juiz o sentimento de certeza em torno da existência do fato”. Excluem-se, ainda, da atividade probatória, os fatos presumidos, pois pelo fato de a lei presumi-los verdadeiros não necessitam de prova.

## 2.4 Classificação das Provas

São várias as classificações das provas oferecidas pela doutrina, mas a mais adotada pelos autores e prestigiada pela jurisprudência é a de Malatesta apud Aranha (1994, p. 21/22). Vejamos:

Quanto ao **objeto** da prova, que nada mais é do que o fato cuja existência necessita comprovação, a prova pode ser:

- a) direta: quanto por si só demonstra um fato, refere-se diretamente ao fato a ser provado;
- b) indireta: depende da comprovação de um outro fato, ou seja, quando se chega ao fato principal através de um raciocínio lógico,

leva-se em consideração outros fatos secundários relacionados com o primeiro, como na hipótese de um álibi;

De outro lado, em razão de seu **efeito** ou **valor**, a prova pode ser:

- a) plena: é a prova completamente convincente, isto é, necessária para a formação de um juízo de certeza no juiz. Caso a prova não se demonstre plena, predominará o Princípio 'In Dúbio Pro Reo';
- b) não plena: quando a prova traduz um juízo de mera probabilidade, prevalecendo apenas em fases processuais que não se exige o juízo de certeza, em que o vigora o Princípio 'In Dúbio Pro Societate'. São conhecidas pela doutrina como "indícios veementes", "indícios suficientes", "fundadas razões", entre outras.

As provas também podem ser **reais** ou **pessoais**:

- a) reais: são as provas que se consubstanciam em coisas, bem extremos e distintos da pessoa humana, como por exemplo, a arma e o lugar do crime;
- b) pessoais: é originada do conhecimento da pessoa humana, consistentes em afirmações pessoais e conscientes, como exemplo disso temos o interrogatório, o depoimento, conclusões periciais, entre outros.

Por derradeiro, no tocante à forma ou aparência, a prova pode ser:

- a) testemunhal: que é o depoimento prestado por terceiro estranho ao processo, sobre os fatos relacionados ao litígio que possui conhecimento;
- b) documental: é a prova produzida, exteriorizada por meio de documentos;
- c) material: obtidas por meio químico, físico ou biológico (corpo de delito, exames, vistorias).

## 2.5 Meios de Prova

Se as partes trarão ao magistrado os elementos que possibilitarão a este formar sua convicção acerca dos fatos alegados, terão elas que lançar mão dos chamados meios de prova.

Capez (2003, p. 255) entende que “o meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo. Assim temos: a prova documental, a pericial, a testemunhal, etc.”

Os meios de prova não de ser entendidos como todos aqueles meios utilizados pelo juiz para o conhecimento acerca da verdade dos fatos, estejam ou não previstos em lei. Isso porque o art. 332 do Código de Processo Civil assevera que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, são hábeis a provar a verdade dos fatos da causa.

Os doutrinadores brasileiros, em sua quase totalidade, entendem que, ante o fato de vigor, no Processo Penal, o princípio da verdade real, razão não há a permitir que se limitem os meios de prova utilizáveis, podendo todos, inclusive os inominados, ser usados com ampla liberdade. Mas, como já aduzido anteriormente, sabido é que o Processo Penal busca não a verdade, mas a certeza, de modo que a imputação penal recaia sobre o indivíduo que tenha cometido o ato ilícito, de vez que a verdade se faz impossível de ser percebida pelo julgador.

Referido princípio da liberdade probatória, a que se refere a doutrina, não é, porém, absoluto, uma vez que quando a lei exigir que a prova se faça deste ou daquele modo, é assim que a prova terá que ser feita, tal é o exemplo constante do artigo 155 do Código de Processo Penal, ao dispor que a prova quanto ao estado das pessoas será efetuada conforme estabelece a lei civil.

O instituto jurídico da prova é constituído da articulação entre as categorias do elemento de prova, meio de prova e do instrumento de prova, que são os aspectos de sua configuração teórica.

Caso não se verifique no momento de produção da prova a incidência dessas categorias, não se pode afirmar a configuração da mesma, ao menos no sentido jurídico-processual, pois esta resulta do concurso das referidas categorias e tal deve ocorrer segundo a disciplina inferida das normas processuais.

A categoria do elemento de prova refere-se aos dados da realidade objetiva, existentes na dimensão do espaço, concernente ao ato, fato, coisa ou pessoa.

Um elemento de prova, por si só, não é prova e nem possui aptidão para contribuir na formação da *cognitio*, pois apenas após a obtenção deste elemento pelo meio de prova lícito e legal e de sua fixação nos autos do processo pelo instrumento de prova, é que se tem prova em sentido jurídico-processual, sendo que somente esta é idônea à formação da *cognitio*.

O meio de prova é a categoria que disciplina a obtenção dos elementos de prova. É através desta categoria que se realiza a captação dos dados da realidade objetiva para sua introdução no processo.

No processo penal brasileiro destacam-se como meios de prova, regulados pelo Código de Processo Penal: o interrogatório, disciplinado nos artigos 185 ao 196, dispositivos que foram recentemente alterados pela Lei n.º 10.792/03; a acareação, prevista nos artigos. 229 e 230; o depoimento do ofendido, disposto no art. 201, e o das testemunhas, disposto nos artigos. 202 ao 225; a perícia, constante dos artigos. 158 ao 184; o reconhecimento de pessoas e coisas, regulado nos artigos. 226, 227 e 228; e a busca e apreensão, regulada nos artigos. 240 ao 250.

Na legislação especial encontram-se na Lei n.º 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, alguns meios de prova ali definidos e regulamentados, tais como: a utilização de ações controladas, que consiste em retardar-se a intervenção policial, mantendo-se acompanhamento e controle da ação praticada pelo que se supõe ser organização criminosa para concretização da medida legal, no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações (art. 2º, II); o acesso aos dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, mediante autorização do juiz (art. 2º, III); a captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, bem como seu registro e análise, mediante autorização judicial (art. 2º, IV); e, finalmente, a utilização de agentes infiltrados (art. 2º, V).

Na Lei n.º 9.296/96 encontra-se a regulamentação do inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando a interceptação de

comunicações telefônicas como meio de prova para instruir a investigação criminal ou a instrução processual.

Na Lei Complementar nº 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, encontra-se a previsão, como meio de prova, da quebra de sigilo prevista em seu art. 1º, § 4º. E, ainda, na Lei n.º 10.409/02 que revogou parcialmente a antiga Lei n.º 6.368/76, denominada Lei de Tóxicos, encontra-se a previsão dos seguintes meios de prova: agentes infiltrados (art. 33, I); ação retardada da autoridade policial (art. 33, II); acesso aos dados, documentos e informações fiscais, bancárias, patrimoniais e financeiras (art. 34, I); colocação sob vigilância das contas bancárias (art. 34, II); acesso aos sistemas informatizados das instituições financeiras (art. 34, III); e a interceptação e gravação das comunicações telefônicas (art. 34, IV).

Diferenciar o meio de prova das demais categorias que integram o instituto da prova é imprescindível para que seja possível desconstituir-se a noção equívoca compartilhada pela doutrina ao utilizar o termo "prova ilícita", pois não se tem, a rigor, "prova ilícita", mas sim prova obtida por meio ilícito.

A restrição constitucional à obtenção do elemento de prova faz-se necessária em uma ordem democrática, vez que a busca obsessiva da certeza há de se conter, em Direito, nos limites dos meios de obtenção da prova legalmente permitidos. A existência do elemento de prova, ainda que de certeza inegável, não autoriza, por si mesma, a coleta da prova *contra-legend*”.

Após a obtenção do elemento de prova por meio lícito e legalmente permitido tem-se, ainda, que fixar o mesmo nos autos de processo. Para tanto faz-se necessária a utilização da categoria do instrumento de prova, que se destina a materializar de modo gráfico-formal os elementos obtidos.

A prova em sentido jurídico-processual deve ser compreendida como a resultante da extração na faticidade dos elementos de prova pelos meios legalmente previstos, formalizados nos instrumentos que os fixam aos autos do procedimento, servindo de base para a formação da *cognitio*.

Sobre o tema, Leal (2004, p. 213) ensina que: "Provar em direito é representar e demonstrar, instrumentando, os elementos de prova pelos meios de prova" (original da grifado)

## 2.6 Princípios que Regem a Instrução Probatória

Na concepção jurídica, os princípios são considerados como regras-alcances, diretrizes que informam, esclarecem, estabelecendo uma maior compreensão do sistema normativo, através de uma ampla interpretação, obtido por meio de um raciocínio das interações normativas, quer seja no âmbito interno, quer seja no contexto externo à própria legislação.

Neste sentido, afirma Mello (1998, p. 230):

[...] princípio é, por definição, o mandamento nuclear de um sistema, seu verdadeiro alicerce sua causa primária, seu germe. Por isso mesmo, violar um princípio é muito mais gravoso do que agredir uma norma ou um comando determinado, porquanto implica repúdio a todo um sistema. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência a todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

Assim, podemos conceituar os princípios como liames norteadores das provas, sendo que, determinados critérios devem ser resguardados pelas partes, dentro do processo, para que se alcance o objetivo da prova.

Dentre os vários entendimentos doutrinários, destacamos aqui os principais princípios que regem a instrução probatória, quais sejam:

### 2.6.1 Princípio da verdade real

O princípio da verdade real ou da verdade processual sustenta que no processo penal importa descobrir a realidade (a verdade) dos fatos. Para isso o juiz conta com poder de iniciativa complementar de provas, nos termos do art. 156 do CPP. Vigora, por isso, a regra da liberdade de provas, isto é, todos os meios probatórios em princípio são válidos para comprovar a verdade real. Mas esta regra

não é absoluta, haja vista que existem exceções, como por exemplo, em relação à prova ilícita que, via de regra, é proibida no ordenamento jurídico brasileiro.

### **2.6.2 Princípio do contraditório**

O Princípio do Contraditório é assegurado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, mas pode ser definido também pela expressão *audiatur et altera pars*, que significa “ouça-se também a outra parte”. Ele dispõe que toda prova admite contraprova, fazendo-se necessária, após a produção de determinada prova, a oitiva da parte adversa.

Segundo Aranha (1994, p. 214), é princípio jurisprudencial pacífico a nulidade do processo, quando à uma das partes não seja dada ciência e a possibilidade de manifestação sobre quaisquer prova existente nos autos.

Nesse sentido, pedimos vênias para trazeremos os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

Pena de nulidade o processo crime há que ser discutido sob o aspecto do contraditório, assegurando-se as partes o direito de manifestação sobre qualquer documento juntado aos autos (JTACrim, 59:190).

Prova. Princípio do contraditório. Toda prova criminal deve ser produzida com a interferência e a possibilidade de oposição pela parte a que se possa prejudicar, pois o princípio do contraditório é de aplicação imperativa, abrangendo, inclusive, aquela iniciativa do juiz (Ap. 127.930, TACrim).

### **2.6.3 Princípio da auto-responsabilidade das partes**

Pelo princípio da auto-responsabilidade das partes infere-se que estas assumirão as consequências de sua inatividade, erro ou negligência. Tanto é assim que se, por exemplo, deixar o autor de fazer prova da materialidade do fato ou de

sua autoria, o juiz não terá outra perspectiva a não ser proferir sentença absolvendo o réu.

#### **2.6.4 Princípio do dispositivo**

O princípio dispositivo é seguido estritamente em alguns países, vedando ao juiz a possibilidade de determinar a produção de provas *ex officio*, tendo as partes o poder exclusivo de alegação e de levar ao processo as provas que acharem pertinentes.

No Brasil, não é permitido ao juiz proferir sentença com base em situação fática estranha à lide, mas se permite, pelo artigo 130 do Código de Processo Civil, que o juiz ordene de ofício provas necessárias à instrução do processo, além das provas apresentadas pelas partes, respeitando sempre o tratamento igualitário destas.

Em suma, o princípio quer dizer que as partes devem ter a iniciativa para levar as alegações ao processo ou indicar onde encontrá-las, bem como levar material probatório que poderá ser utilizado pelo julgador para a formação do seu convencimento e fundamentação da decisão.

#### **2.6.5 Princípio da oralidade**

O princípio da oralidade, segundo o qual deve haver predominância da palavra falada em detrimento da escrita, traz como consequência o princípio da concentração, já que se busca concentrar toda produção probatória em audiência, sendo certo que vige também o princípio da publicidade, na medida em que públicos devem ser todos os atos processuais, à exceção das causas que tramitam em segredo de justiça.

Para Aranha (1994, p. 32), “a oralidade tem como um dos elementos a concentração na audiência, visando uma maior rapidez na colheita e produção de provas”.

#### **2.6.6 Princípio da comunhão da prova**

Já o princípio da aquisição ou comunhão da prova estabelece que a prova produzida por uma das partes passará a pertencer ao processo e, assim, a todos os sujeitos processuais.

O princípio da comunhão da prova é um consectário lógico dos princípios da verdade real e da igualdade das partes na relação jurídico processual, pois as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado para os autos.

#### **2.6.7 Princípio do livre convencimento motivado**

Pelo princípio do livre convencimento motivado, a lei dá ao julgador liberdade para valorar as provas, não havendo para tanto valor predeterminado ou legal; cada circunstância de fato será avaliada no contexto das demais provas existentes, podendo receber maior ou menor peso segundo critérios do julgador. O ordenamento processual brasileiro consagra o sistema que confere ao julgador liberdade na valoração das provas e o princípio do livre convencimento, todavia motivado.

Acerca deste princípio, dispõe Mirabete (2003, p. 281): “o juiz forma a sua convicção pela livre apreciação da prova. Na fica adstrito à critérios valorativos e apriorísticos e é livre na sua escolha, aceitação e valoração”.

No mesmo sentido é o entendimento do nossos Tribunais Superiores:

Inexiste hierarquia de provas. Na sentença devem ser elas sopesadas e avaliadas em todos os sentidos e sob todos os aspectos, sendo livre a escolha do julgador pela livre apreciação das provas. (JTACrim, 58:368).

## **2.7 Sistemas de Avaliação das Provas**

Terminada a fase de produção das provas, caberá ao juiz apreciá-las, valorando-as de forma a fundamentar sua decisão. No sistema atual de avaliação, muito embora as partes auxiliem o juiz na valoração dessas provas, através de suas alegações, é certo que somente ao juiz incumbe valorá-las.

Na avaliação das provas, é possível imaginar três sistemas que podem orientar a conclusão do juiz: o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, o sistema da prova legal e o sistema da persuasão racional.

Embora traços de um sistema apareçam em outros, pode-se afirmar que os sistemas de avaliação representam uma evolução histórica no que tange à liberdade do julgador na valoração das provas produzidas.

### **2.7.1 Sistema da livre apreciação**

Pelo sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, o julgador pode valorar livremente as provas produzidas, sem estar preso a nenhum critério lógico ou legal, podendo, inclusive, deixar de valorar a prova; tem ampla liberdade para decidir, convencendo-se da verdade dos fatos segundo critérios de valoração íntima, independente do que conste nos autos ou de uma fundamentação de seu convencimento.

### **2.7.2 Sistema da prova legal**

Em total oposição ao anterior, o sistema da prova legal ou sistema tarifado, buscou coibir os abusos e a insegurança gerada pelo sistema da convicção íntima. Nesse sistema, o juiz deveria decidir somente com base nas provas existentes nos autos, sendo que a lei impunha como determinados fatos deveriam ser provados, bem como o valor de cada meio probatório, excluindo qualquer juízo de valor por parte do julgador com relação ao peso daquela prova em sua decisão. Com efeito, afasta-se qualquer forma de convicção pessoal do magistrado na valoração das provas, já que está obrigado a obedecer estritamente o sistema de pesos e valora imposto pela lei.

### **2.7.3 Sistema da livre convicção**

O sistema da livre convicção, também conhecido como sistema da persuasão racional, predominante nos dias atuais e tido como a forma mais justa e racional de valoração das provas, situa-se entre os dois extremos acima mencionados. Esse sistema, consoante Greco Filho (1999, p. 190), mantém a liberdade de apreciação, mas vincula o convencimento do juiz ao material probatório constante dos autos, além de obrigar o magistrado a fundamentar sua decisão de modo que seja possível aferir o desenvolvimento de seu raciocínio e as razões de seu convencimento: O juiz está livre para formar a sua convicção, não estando preso a critérios legais de prefixação de valores das provas.

De um modo geral, nesse sistema, admitem-se todos os meios de prova. O juiz pode formar seu convencimento baseado no depoimento de uma testemunha e desprezar o depoimento de outras duas, mas sempre estará adstrito ao que consta dos autos.

Segundo Tourinho Filho, o livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. Para ele, o juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo, não está dispensado de motivar sua sentença.

É por isso que se pode chamar o sistema de livre convencimento como fundamentado ou motivado, porquanto a posição acolhida pelo magistrado deve restar, indubitavelmente, fundamentada, consoante o disposto ao art. 93, IX, da Constituição de 1988.

No contexto do presente trabalho, o sistema do livre convencimento ocupa, ao lado de outras questões, ponto central na discussão da matéria, já que a inadmissibilidade das provas ilícitas é uma forma de limitação ao livre convencimento do julgador, que não poderá fundamentar sua decisão em prova obtida ilicitamente. Esse assunto será abordado com maiores detalhes quando da análise do princípio do livre convencimento e o princípio da busca da verdade real.

## **2.8 O Direito à Prova e seus Limites**

A Constituição Federal Brasileira de 1988 reputa o direito constitucional de ação e o direito à prova como garantias fundamentais do cidadão. Em consequência deste direito constitucional de ação, o cidadão pode demandar judicialmente, postulando ao Estado-Juiz que lhe seja entregue a proteção pertinente ao seu direito.

O direito à prova é uma decorrência lógica do direito constitucional de ação. O cidadão, ao requerer a tutela jurisdicional, necessita apresentar as provas preexistentes ao ajuizamento do processo e postular a produção de outras cabíveis. A prova é para o processo e a demonstração dos fatos gera uma sentença mais justa e adequada.

Assim, o procedimento probatório configura o conjunto de atos praticados pelas partes com vistas à formação do convencimento do magistrado, tendendo, assim, a estabelecer a certeza dos fatos da lide. Este procedimento divide-se em quatro distintas fases, a saber: proposição das provas; admissão das provas; produção das provas e valoração das provas.

A proposição das provas é a indicação de provas, pelas partes, no instante da postulação em juízo. A admissão da prova ocorre quando o magistrado

manifesta-se sobre a admissibilidade do meio de prova, para o que verifica se a prova proposta pela parte é legal ou, ainda que atípica, se é ela moralmente legítima, do contrário será inadmissível no processo, como a seguir será estudado. Por sua vez, a produção se dá quando as partes submetem as provas indicadas ao crivo do contraditório, de modo que se dá a valoração do material probatório pelas próprias partes litigantes. Já a valoração da prova encerra o momento final do procedimento probatório, de vez que o juiz valorará as provas na sentença, apreciando-as e motivando sua decisão.

A doutrina faz a importante observação, no que se refere ao problema da admissibilidade ou não da prova ilegal, seja prova ilícita ou ilegítima, no processo penal. Deste modo, tem-se que a liberdade da prova, esta entendida como o direito que têm as partes de provar, por qualquer meio idôneo e legítimo, os fatos que alegam, não é irrestrita, já que encontra limitações impostas pela Constituição Federal e por leis infraconstitucionais. Destarte, embora o direito à prova seja assegurado constitucionalmente, observa-se que não é este direito absoluto.

Esta limitação à liberdade probatória encontra fundamento quando a lei, ponderando valores, vem a considerar certos interesses de maior valor que a simples prova de determinado fato. Neste sentido, os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana estariam a impedir que a busca da verdade se dê mediante meios que fossem reprováveis dentro de um Estado Democrático de Direito.

Tem-se que a prova não pode ser coletada de modo absoluto, extrapolando direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Assim, proíbe-se a utilização, no processo, das provas científicas que possam vir a atingir a integridade da pessoa humana.

Todavia, o objeto do presente estudo é levar em conta o Princípio da Proporcionalidade e ponderar o que vale mais: a elucidação de um fato criminoso ou a proteção de um direito individual, qual seja o direito à intimidade, de um detento.

No Processo Penal, ante o fato de estar em jogo a liberdade do acusado, torna-se ainda mais necessária a imposição de limites aos meios de prova. Assim, é certo que a observância de regras preestabelecidas e de um rito

anteriormente determinado constitui, sem dúvida alguma, *valor de garantia* para o indivíduo que se vê processado.

Entretanto, o direito das partes à introdução, no processo, das provas que entendam úteis e necessárias à demonstração dos fatos em que assentam suas pretensões, embora de índole constitucional, não é, entretanto, absoluto. Ao contrário, como qualquer direito, também está sujeito a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção.

Dentro desse contexto a regra é admissibilidade de provas; e as exceções devem ser expressas de forma taxativa e justificada.

Lembrando que nenhum princípio é absoluto em direito, poderão ocorrer situações onde estarão em disputa dois princípios protetores de bens jurídicos. Neste caso, deve-se procurar, então, o chamado "ponto de equilíbrio".

É nessa seara que se encontram os debates sobre as provas ilícitas e o meios modernos de produção de prova, no qual adentramos a seguir.

## **3 DAS PROVAS PROIBIDAS NO PROCESSO PENAL**

### **3.1 Introdução**

O momento de violência que assola nosso país ultimamente, bem como o grande avanço da eletrônica, o qual trouxe inúmeros engenhos novos para a espionagem, tornam relevantes um estudo mais aprofundado sobre a questão relativa à prova proibida no processo penal.

O ponto de partida é o conceito amplo de prova proibida.

Etimologicamente, a palavra “proibida” vem do latim *prohibere*. Primitivamente, significa conversar à distancia. Por “proibir” entende-se “impedir que se faça, tornar defeso, impedir impondo sanção, prescrever abstenção” (BUENO, 2000; FERREIRA, 1997; NASCENTES, 1995).

Assim, prova proibida ou prova vedada seria aquela que é defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo direito. Outrossim, seria aquela que provoca uma lesão ou ameaça de lesão aos direitos humanos fundamentais do cidadão por confrontar normas legais ou algum princípio de direito assegurado pelo ordenamento jurídico.

Ocorre que, dependendo da natureza da norma de direito, que pode ser material ou processual, a ofensa possível de ser produzida por atingi-las em conjunto ou separadamente.

### **3.2 Prova Proibida e suas Espécies: Prova Ilícita e Prova Ilegítima**

De acordo com o artigo 5º, LVI da Constituição Federal, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos. Assim, por força

deste preceito constitucional, são proibidas em qualquer processo, seja ele judicial, seja ele administrativo, todas as provas cuja obtenção tenha como origem meio ilícito.

Entretanto, ressalte-se que o termo “ilícito” empregado pelo legislador constituinte deve ser analisado em um sentido amplo.

Vejamos o que entende ilustre doutrinador Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 46) sobre o tema:

O constituinte usou a expressão *ilícito* em seu sentido genérico, pois não poderia esquecer as outras formas de expressão do direito, ficando limitado à lei. Como sabemos, todos os costumes, além de serem fonte formal do direito, trazem a consciência de sua obrigatoriedade, e os princípios gerais do direito, estabelecidos com a consciência ética de um povo numa determinada civilização, são premissas que não poderiam ser desprezadas. Logo, o constituinte não poderia olvidar a moral, o costume e os princípios gerais do direito, fixando-se apenas na lei. O sentido é amplo, significando contra o direito em sua integridade.

Para o jurista Ovídio A. Baptista da Silva (2000, p. 181), não há distinção entre a prova ilícita e a ilegítima, considerando-as uma só. Ele afirma que a doutrina moderna, tanto no campo do processo penal quanto no domínio do processo civil, tem dedicado atenção especial ao problema das provas ilegítimas ou provas obtidas por meios ilegítimos.

Todavia, a posição da maioria dos autores brasileiros é no sentido de diferenciar prova ilícita, prova ilegítima e a prova obtida ilegalmente.

A prova será proibida ou ilegal sempre que for obtida com violação à norma de natureza material ou com afronta à norma de natureza processual. Deste modo, pode a prova proibida ser **ilícita** ou **ilegítima**.

A respeito dessa distinção na doutrina entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas entende Mirabete (2001, p. 260):

[...] dividem os autores as provas em: ilícitas, as que contrariam as normas de Direito Material, quer quanto ao meio quanto ao modo de obtenção; e as ilegítimas, as que afrontam normas de Direito Processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo.

Deste modo, será **ilícita** ou ilicitamente obtida a prova que contrariar normas de direito material, quer sejam normas de cunho constitucional quer sejam normas de caráter infraconstitucional. Configuram-se exemplos de provas ilícitas aquelas obtidas com violação de domicílio, sem ordem judicial, e a confissão obtida mediante tortura.

Por sua vez, as provas **ilegítimas** são aquelas colhidas com afronta a normas de direito processual, como são exemplos o interrogatório do réu menor sem que lhe seja nomeado curador e o laudo de exame de corpo de delito subscrito por único perito não oficial.

Com referência ao tema, Fernando de Almeida Pedroso (1994, p. 161) leciona, com maestria, a lição abaixo transcrita:

[...] ilegal é a prova sempre que produzida com infração a normas de natureza processual ou material. É o gênero de que são espécies as provas adjetivadas de ilegítimas e ilícitas. Ao ato instrutório realizado com infração das disposições processuais dá-se a denominação de prova ilegítima, defluindo do próprio ordenamento processual as sanções ou conseqüências resultantes do não acatamento de determinada norma processual. (...) À prova obtida com infração das disposições de direito material rotula-se de ilícita.

Deste modo, são proibidas, em âmbito processual penal, tanto as provas que violem normas processuais (provas ilegítimas), quanto às provas que transgridam normas de direito material (provas ilícitas), sendo mais relevante o estudo destas últimas, uma vez que o ordenamento jurídico não prescreve as sanções ou conseqüências decorrentes de sua utilização indevida.

Diante de tal fato, surgiram inúmeras correntes doutrinárias que se manifestam sobre o assunto, de modo a pugnar pela admissibilidade ou inadmissibilidade da utilização da prova ilícita como fundamento da decisão do magistrado, como a seguir se demonstrará.

### **3.3 Produção das Provas Ilícitas no Processo Penal: Correntes Doutrinárias**

Sempre houve dissenso doutrinário e jurisprudencial no tocante à admissibilidade da prova ilícita ou da prova ilegítima no processo penal.

Embora o artigo 5º, LVI diga expressamente que são não inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícitos, nem sempre é isso que ocorre.

Em razão de ter tido sua infância e juventude marcada pelo regime da ditadura que assolou o país por duas décadas, o legislador constituinte guardou indisfarçável receio dos métodos utilizados em referido período, o qual ficou marcado pelo grande desrespeito aos direitos individuais. Desta feita, presume-se que, temendo novas violações, através da Carta Magna, buscou o legislador colocar freios aos impulsos arbitrários daqueles que ainda não haviam se acostumado a conviver em sociedade democrática. Assim, referido dispositivo constitucional, dentre outros, serviria para prevenir o cometimento de novos ataques aos valores essenciais ao Estado Democrático de Direito e punir, com extremo rigor, a violação dos direitos humanos.

Como aduz Barbosa Moreira (1997, p. 134):

[...] explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguir-se, recentemente, o regime autoritário que dominara o País e sob o qual eram muito freqüente as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune das diligências policiais arbitrárias ou grampeamento de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxarmos um pendulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantemos por largo tempo, quando seja liberado ele, fatalmente, se moverá com força equivalente no sentido oposto.

Assim, sendo, existem três correntes doutrinárias no que diz respeito à questão de se admitir a prova ilícita como válida e eficaz no ordenamento jurídico de cada país. São elas:

### **3.3.1 Teoria obstativa**

A teoria obstativa pode ser entendida como aquela que considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer caso, pouco importando a relevância do direito em debate.

Isso significa que a aludida teoria apoia-se no fato de que a prova ilícita deve ser sempre rejeitada, reputando-se assim não apenas a afronta ao direito positivo, mas também aos princípios gerais do direito, especialmente nas Constituições assecuratórias de um critério extenso quanto ao reconhecimento de direitos e garantias individuais.

Assim entende a professor Ada (1982, p. 109):

Sendo a ilicitude um conceito geral do direito e não conceito especial de seus ramos, o princípio de que é nulo é inválido é também geral, e assim, para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o fato de que tenha sido ela obtida ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza. Especialmente quando estas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados através da obtenção, processual ou extraprocessual, da referida prova.

Os defensores dessa teoria sustentam que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais altos e relevantes que possam se apresentar os fatos apurados.

De acordo com esta teoria, o direito não deve proteger alguém que tenha infringido preceito legal para obter qualquer prova, com prejuízo alheio. Nestes casos, o órgão judicial tem o dever de ordenar o desentranhamento dos autos da prova ilicitamente obtida, não reconhecendo-lhe eficácia.

### **3.3.2 Teoria permissiva**

Por outro lado, para a teoria permissiva, a prova obtida ilicitamente deve sempre ser reconhecida no ordenamento jurídico como válida e eficaz.

Em todos os casos, deve prevalecer o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, sendo que a ilicitude na obtenção da prova não deve ter

o condão de retirá-la o valor que possui como elemento útil para formar o convencimento do Julgador. Não obstante a validade e eficácia de aludidas provas, o infrator ficará sujeito às sanções previstas pelo ilícito cometido.

Ademais, para esta teoria, a prova obtida ilicitamente precisa ser aceita válida e eficazmente no processo por entender que o ilícito se refere ao meio de obtenção e não ao seu conteúdo. Significa dizer que o infrator será penalizado pela violação praticada, mas o teor do elemento probatório deverá contribuir para a formação da convicção do magistrado, sob o argumento de que melhor seria admitir uma prova obtida ilicitamente que deixar sem castigo um infrator.

### **3.3.3 Teoria intermediária**

Entre a teoria obstativa e a teoria permissiva, surgiu a teoria intermediária, a qual não defende nenhum dos dois extremos, ou seja, nem a inadmissibilidade absoluta da prova ilícita (teoria obstativa), tampouco a admissibilidade absoluta da prova ilícita (teoria permissiva). É o chamado princípio da proporcionalidade, que veremos a seguir detalhadamente.

## 4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 4.1 Histórico

A origem e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade encontram-se intrinsecamente ligado à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificada a partir do surgimento do Estado de Direito burguês na Europa.

Desta forma, sua origem remonta aos séculos XII e XVIII, quando na Inglaterra surgiram as teorias jusnaturalistas propugnando ter o homem direitos imanescentes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado e, conseqüentemente, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los. Pode-se afirmar que é durante a passagem do Estado Absolutista - em que o governante tem poderes ilimitados - para o Estado de Direito, que pela primeira vez emprega-se o princípio da proporcionalidade, visando a limitar o poder de atuação do monarca face aos súditos.

Nesta primeira fase, a doutrina do direito natural buscou garantir os direitos individuais da classe burguesa através da criação de mecanismos de limitação do poder. Tratava-se, sobretudo, de consagrar meios capazes de garantir a não-intervenção do Estado nas esferas em que sua omissão era essencial ao exercício destes direitos. Desde cedo, o juiz da *Common Law* pautou-se na comparação entre a situação de fato e a regra do precedente, tendo por parâmetro a noção do comportamento razoável segundo as circunstâncias, na elaboração de suas decisões.

Assim, observa-se que o princípio da proporcionalidade nasceu no âmbito do Direito Administrativo, como princípio geral do direito de polícia, e desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade. Requereu, para tanto, a criação de mecanismos capazes de controlar o Poder Executivo no exercício de suas funções, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder.

A inserção deste princípio no campo constitucional, por sua vez, deveu-se às revoluções burguesas do século XVIII, norteadas pela doutrina iluminista principalmente no que concernia à crença na intangibilidade do homem e na necessidade incondicionada de respeito à sua dignidade.

A Constituição Francesa de 1791 previu expressamente o princípio da legalidade em seu artigo 3º. A partir daí, a doutrina francesa elaborou instrumentos processuais almejando sua efetivação, cuja essência poder-se-ia ser observada implicitamente delineado no princípio da proporcionalidade. Cumpre-se destacar o instituto do *récourse pour excès de pouvoir*, que permitiu postular-se perante o Conselho de Estado recurso visando à reforma de qualquer ato administrativo, por violação ao princípio da legalidade ou por abuso de poder. Desta forma tornou-se possível controlar os atos do Poder Executivo, indagando da proporção entre os fins almejados e os meios utilizados.

Coube à Alemanha, após basear-se na teoria da limitação do poder de polícia do Direito Administrativo francês, a formulação atual do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, notadamente no campo dos direitos fundamentais. Embora já houvessem sido postos em relevo pela Constituição de Weimar, foi após o fim da Segunda Guerra Mundial que os tribunais começaram paulatinamente a proferir sentenças nas quais afirmavam não ter o legislador poder ilimitado para a formulação de leis tendentes a restringir direitos fundamentais.

Assim, de acordo com Paulo Bonavides (1997, p. 350), a promulgação da Lei Fundamental de Bonn representa marco inaugural do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, ao colocar o respeito aos direitos fundamentais como núcleo central de toda a ordem jurídica.

Foi, portanto, em consonância com o disposto na Lei Fundamental que o Tribunal Constitucional alemão iniciou a elaboração de jurisprudência no sentido de reconhecer a inafastabilidade do controle da constitucionalidade de leis em seus três aspectos básicos: necessidade, adequação, e proporcionalidade da medida restritiva. Desde então, este princípio tem sido largamente utilizado, permitindo-nos afirmar que a trasladação do princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo para o Direito Constitucional tem sido, em última análise, obra dos tribunais, notadamente da Corte Constitucional alemã.

No sistema jurídico pátrio, o princípio da proporcionalidade foi recepcionado a partir da influência da doutrina portuguesa, a qual havia apreendido seu conceito e conteúdo, juntamente com os demais países europeus, nas fontes alemães. O artigo 18 da Constituição portuguesa de 1976 apresenta as limitações a serem seguidas pelos funcionários públicos no exercício de suas funções, explicitando-se a vinculação de todas as entidades públicas e privadas no respeito aos direitos fundamentais e o critério da necessidade como parâmetro inafastável na formulação e aplicação de leis que restrinjam direitos e garantias constitucionais, delineando indubitavelmente, ainda que de forma implícita, os requisitos essenciais do princípio da proporcionalidade.

Finalmente, no que tange ao respeito aos direitos fundamentais no Brasil, nossos constituintes seguiram exemplo austríaco ao adotar o controle concentrado da constitucionalidade das leis para reprimir eventuais abusos de poder por parte de nossos legisladores.

Em tópico posterior teremos a oportunidade de estudar mais detalhadamente como este princípio encontra-se consagrado na Constituição de 1988.

## **4.2 Conceito de Proporcionalidade**

A tradução do conteúdo do princípio da proporcionalidade nem sempre encontra-se explicitado sob esta epígrafe, motivo pelo qual procederemos a uma breve explanação acerca de outras denominações porventura utilizadas para transmitir esta mesma noção e a uma análise de seu real conteúdo.

A doutrina alemã, a título de ilustração, utiliza indistintamente as nomenclaturas *proporcionalidade* e *proibição de excesso*. Os americanos são mais caros ao uso do termo *razoabilidade*, o qual, nada obstante, é também usado em certas ocasiões com conteúdo diverso ao da proporcionalidade, embora se completem, como teremos oportunidade de observar.

Nossa Corte Suprema parece ter adotado a denominação clássica *princípio da proporcionalidade*, a qual vem sendo reiteradamente usada desde o primeiro acórdão proferido em sede de controle da constitucionalidade, que dele fez uso como argumento jurídico, em 1993. Trata-se de nosso *leading case* em matéria de proporcionalidade, quando o Supremo Tribunal Federal considerou que uma lei obrigando a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor no ato da compra e venda constituía “violação ao *princípio de proporcionalidade e razoabilidade* das leis restritivas de direitos” (STF, Pleno, j. 1/07/1993, Relator Ministro Sepúlveda Pertence).

Na lição de Hely Lopes Meirelles (2000. p. 86), o princípio da proporcionalidade:

[...] pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da administração pública, com lesão aos direitos fundamentais.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004. p. 81) aduz que, embora muitas vezes fale-se separadamente de razoabilidade e proporcionalidade, este está contido naquele "isto porque o princípio da razoabilidade exige, entre outras coisas, proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a administração e os fins que ela tem que alcançar".

Quanto ao seu conteúdo, mister é analisar a construção da doutrina alemã, por sua clareza e densidade. Trata-se, sobretudo, da clarificação da adequação necessária entre o fim de uma norma e os meios que esta designa para atingi-lo, ou ainda, entre a norma elaborada e o uso que dela foi feito pelo Poder Executivo. O princípio ora em voga terminou por ser dividido em três subprincípios, quais foram, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, como consequência dos avanços doutrinários nesta área.

O primeiro traduz uma exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios por ela enunciados para sua consecução. Trata-se do exame de uma relação de causalidade e uma lei somente deve ser afastada por inidônea quando absolutamente incapaz de produzir o resultado perseguido.

A necessidade diz respeito ao fato de ser a medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, na procura do meio menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão. Traduz-se este subprincípio em quatro vertentes: exigibilidade material (a restrição é indispensável), espacial (o âmbito de atuação deve ser limitado), temporal (a medida coativa do poder público não deve ser perpétua) e pessoal (restringir o conjunto de pessoas que deverão ter seus interesses sacrificados).

Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido. O juízo de proporcionalidade permite um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado, ou seja, o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma.

Cumpra-se, finalmente, destacar que as constituições costumam traduzir-se em um longo elenco de propósitos e finalidades, mas na maioria das vezes são breves na explicitação dos meios a serem utilizados. Assim, desde cedo a doutrina compreendeu que se uma Constituição define um determinado fim a ser alcançado, ela também lhe defere os meios, daí a importância da interpretação extensiva para a hermenêutica constitucional.

Desta forma, infere-se que o princípio da proporcionalidade é utilizado com crescente assiduidade para aferição da constitucionalidade dos atos do Estado, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais.

### **4.3 O Princípio da Proporcionalidade e a Constituição Federal de 1988**

O princípio da proporcionalidade insere-se na estrutura normativa da Constituição junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação das

regras constitucionais e infra-constitucionais. Uma vez que uma visão sistemática da Constituição permite-nos auferir sua existência de forma implícita, deverá guiar o magistrado na interpretação e o legislador na elaboração de normas hierarquicamente inferiores, não obstante não se encontrar explicitamente delineado.

O princípio em estudo apresenta-se como uma das idéias fundantes da Constituição, com função de complementaridade em relação ao princípio da reserva legal (artigo 5º., II). Esta afirmação deve-se ao fato de que a ação do Poder Público deve ser conforme a lei formal, e que esta deve ter como parâmetro a proporcionalidade, pois o legislador não está liberto de limites quando elabora as normas, mormente quando estas tendem a reduzir a esfera de algum direito fundamental. Uma vez que o princípio da legalidade tem como um de seus aspectos complementares e essenciais à sua efetiva observação o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º., XXXV), mister é notar que este se aplica a qualquer ato praticado pelo poder público que seja considerado por aquele a quem prejudica como desproporcional ao objetivo almejado.

Conectam-se também ao princípio ora abordado, regendo sua aplicação, o princípio republicano (artigo 1º., *caput*), o princípio da cidadania (artigo 1º., II) e o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º., III). Os direitos e garantias individuais que deles decorrem (artigo 5º.) representam formas para o particular se defender sempre que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer lesão de algum direito por abuso de poder ou ilegalidade praticados por agentes públicos. Os institutos do *habeas corpus* (artigo 5º., LXVIII), *mandado de segurança* (artigo 5º., LXIX), *habeas data* (artigo 5º., LXII), assim como o *direito de petição* (artigo 5º., XXXIV, a), constituem subsídios de proteção do cidadão face ao poder público.

Ao afirmar que todo homem possui uma esfera intangível de direitos, decorrentes somente de sua existência enquanto ser da espécie humana, a Constituição garantiu devam todos os cidadãos ser tratados de forma eqüitativa, o que pressupõe, para além da igualdade formal, tratamento diferenciado buscando adequar a lei às necessidades e peculiaridades de cada um.

O princípio da proporcionalidade, encontra-se concretizado em diversas normas de nossa Constituição, em especial em relação aos direitos e garantias individuais, no inciso V do artigo 5º., que constitucionaliza o direito de

resposta proporcional ao agravo. Em sede de Direito Penal, ao garantir a individualização das penas (artigo 5º., XLVI, *caput*), está implícitamente garantido que estas serão proporcionais ao delito cometido. Quanto aos sociais, observar o que dispõe os incisos IV e V do artigo 7º., em que explicita-se que o valor do salário mínimo deve ser compatível com um poder aquisitivo digno, e que o piso salarial deve ser proporcional à espécie de trabalho realizado.

A inobservância ou lesão a princípio é a mais grave das inconstitucionalidades, uma vez que sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há democracia nem Estado de Direito. Portanto, o princípio da proporcionalidade é direito positivo e garantia de respeito aos direitos fundamentais, fluindo do espírito do §2º. do artigo 5º., o qual, consoante palavras do eminente professor Paulo Bonavides (1997, p. 318-319):

abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável da unidade da Constituição.

#### **4.4 Princípio da Proporcionalidade e Prova Ilícita *ProReo***

Em que pesem todas as discussões doutrinárias a respeito da flexibilização da vedação constitucional às provas ilícitas, uma coisa já parece estar consolidada: a aplicação do princípio da proporcionalidade no exercício do direito de defesa abre a possibilidade de se admitir a prova ilícita em favor do réu, sobretudo no processo penal e quando for a única forma de prova da inocência.

É que os direitos fundamentais, como ensina Grinover (1998. p. 52), “[...] não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais”.

No confronto entre a vedação constitucional às provas ilícitas, que representa uma proteção a direitos fundamentais do cidadão, e o direito de provar a

própria inocência: é claro que este deve prevalecer, porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana são valores insuperáveis na sociedade moderna, bem como pelo fato de que não interessa ao Estado punir um inocente e, como consequência, deixar impune o verdadeiro culpado.

Avólio (1995, p. 66), argumenta que "até mesmo quando se trata de prova ilícita colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais da anti-juridicidade, como a legítima defesa".

A jurisprudência do Pretório Excelso tem seguido nesse sentido, como pode ser verificado no seguinte julgado:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - **gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.** II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido" (AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05.). (sem grifo no original).

#### **4.5 Princípio da Proporcionalidade e Prova Ilícita *Pro Societate***

Face à necessidade de se proteger a sociedade contra a ameaça gerada pela expansão da criminalidade organizada, que se infiltra cada vez mais em todas as esferas do poder, criando uma verdadeira "sociedade do crime", organizada e aparelhada para desenvolver a atividade criminosa, a possibilidade de flexibilizar a vedação constitucional às provas obtidas por meios ilícitos quando forem em

benefício da sociedade e, como conseqüência, em desfavor do réu, é questão que ainda merece tratamento mais aprofundado,

Predomina na doutrina a posição de que a prova ilícita somente poderia ser admitida em favor do réu, conforme demonstrado no item anterior, e nunca como instrumento de acusação, vez que a vedação às provas ilícitas, por tratar-se de uma garantia constitucional que visa proteger direitos fundamentais do cidadão contra arbítrios do Estado, somente poderia ceder naqueles casos em que estivesse em confronto com outro direito fundamental do acusado.

É extremamente difícil, talvez impossível achar o verdadeiro ponto de equilíbrio entre a necessidade de se coibir o uso de prova ilícita na instrução probatória e a necessidade imposta pelo interesse público de assegurar ao processo um resultado justo, sem desprezar qualquer elemento que contribua para o descobrimento da verdade .

O rigor adotado pela Constituição, no tocante a vedação às provas ilícitas, deveu-se, em grande parte, à recente extinção de um regime autoritário, no qual era freqüente o desrespeito a direitos fundamentais.

Paulo Lúcio Nogueira (1996, p. 225), posicionando-se sobre o assunto, e delimitando o alcance da teoria da proporcionalidade, afirma que:

A teoria da proporcionalidade é perfeitamente defensável, pois tendo em vista o interesse social ou público, deve este prevalecer sobre o particular ou privado, que de modo algum merece ser resguardado pela tutela legal, quando o particular faz mau uso do seu direito.

A regra é que todo cidadão merece o amparo ou proteção constitucional dos seus direitos fundamentais, mas, a partir do momento em que faz mau uso desses direitos, deixa também de continuar merecendo proteção, principalmente quando se contrapõe ao interesse público.

No entanto, é de se salientar que há necessidade de autorização judicial por escrito para a realização ou obtenção da prova ilícita, pois não pode a autoridade policial, por simples suspeita, fazer diligências que atentem contra os direitos fundamentais individuais. Mas, ressalte-se que, essa posição não implica em admitir a tortura como meio de prova, haja vista que uma coisa é torturar alguém

para obter a confissão, o que atenta contra todos os princípios, e outra é grampear um telefone, fotografar alguém, violando sua intimidade, ou usar um gravador disfarçadamente para obter declarações.

Gomes Filho (1995, p. 107), firmando posição contrária a admissibilidade da prova ilícita *pro societate*, salienta que não há qualquer incongruência na rejeição do critério da proporcionalidade para admitir-se a prova ilícita *pro societate* e a utilização desse mesmo princípio para justificar a admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, vez que a estatura dos valores confrontados em cada caso, quais sejam: o interesse na punição dos delitos, de um lado, e, de outro, a tutela da inocência, com o direito a produção de provas é diversa.

Por esse entendimento, no confronto entre o direito a provar a própria inocência e a vedação constitucional às provas ilícitas, aquele deve prevalecer, o que não ocorre no confronto entre a dita vedação e o interesse da sociedade em punir um criminoso.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, já se manifestou em decisão que, sopesando os bens jurídicos em conflito, adotou a orientação de que é possível restringir um direito fundamental em benefício da sociedade. A decisão encontra-se assim ementada:

**E M E N T A:** HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRAFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANALISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. – (...) - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, **eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.** - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus. (HC 70.814-SP. 1ª Turma. Rel Min. Celso de Mello. J. 01/03/94. DJ. 24/06/94.). (sem grifo no original)

E o Superior Tribunal de Justiça também se manifestou no mesmo sentido, em decisão cuja ementa se transcreve:

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART 5. DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE "SÃO INADMISSÍVEIS AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO", NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HÁ SEMPRE UM SUBSTRATO ÉTICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA "ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL" ("VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG"), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDÊNCIA NORTE AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUILA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA "RAZOABILIDADE" ("REASONABLENESS"). O "PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS" ("EXCLUSIONARY RULE") TAMBÉM LEVA EM CONSIDERAÇÃO O TEMPERAMENTO. ORDEM DENEGADA". (HC 3.982-RJ, 6ª Turma. Rel. Min. Adhemar Maciel. J. 05/12/95. DJ. 26/02/96.).

Embora de difícil delimitação, é essencial que a doutrina e a jurisprudência fixem os parâmetros para que seja adotado o princípio da proporcionalidade também em favor da sociedade, ou seja, como instrumento norteador da admissibilidade da prova ilícita oferecida pela acusação, visando corrigir situações conflitantes.

Mas não se pode olvidar que a dificuldade de se definir parâmetros sólidos que permitam verificar a real existência de situações extremas, justificadoras da flexibilização dos direitos fundamentais, praticamente tem impedido que a questão da prova ilícita *pro societate* encontre um desenvolvimento conceitual satisfatório.

Nesse sentido, o trabalho de Jesús-Maria Silva Sánchez (2002, p. 148), embora não traga a solução definitiva ao problema, pelo menos lança uma base conceitual que permite, ao menos, visualizar a questão sob o enfoque de situações limite, que ensejariam a flexibilização das garantias constitucionais, face à necessidade de se combater um mal maior.

Alude o autor sobre a existência de um "direito penal de terceira velocidade", no qual a excepcionalidade e a gravidade da situação conflitiva justificariam a adoção de formas diferenciadas de persecução criminal e de produção de provas. Assim, casos como a delinqüência patrimonial profissional, a

delinqüência sexual violenta e reiterada e fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, que ameaçam solapar as bases fundamentais da sociedade, justificariam a adoção dessa forma especial de persecução criminal:

Essa nova forma de processo está ligada à uma cisão do processo penal, onde se vislumbram um "direito penal do cidadão" e um "direito penal do inimigo", em que este é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental.

A transição do cidadão comum, sujeito a um direito penal eminentemente garantista, para o inimigo, para o qual seriam necessárias formas especiais de persecução criminal, em que a tônica é a flexibilização das garantias individuais, face às dificuldades adicionais de persecução e prova, ocorreria através da reincidência, da habitualidade, da delinqüência profissional e, finalmente, em face de sua vinculação a organizações delitivas estruturadas. Nesse passo, mais do que o delito propriamente dito, a potencial periculosidade do agente é que justificaria a adoção de um combate pronto e eficaz, salvaguardando interesses basilares da sociedade.

Mas alerta o autor que, a despeito da necessidade de existirem casos em que seja necessária a adoção de uma forma especial de persecução criminal, focada na flexibilização das garantias individuais, esta só deve ser adotada em situações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em caráter temporário e emergencial, de modo a não contaminar o "direito penal da normalidade", justificando, em termos de proporcionalidade, a flexibilização de algumas garantias individuais em função da necessidade de fazer frente a um mal maior.

## 5 DOS DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS

### 5.1 Considerações Gerais

Segundo Alexandre de Moraes (2003, p.19) a concepção de Direitos Fundamentais é anterior à idéia de constitucionalismo, posto que já era previsto pelo direito natural.

Jorge Miranda (1990, p. 138) explica que os primeiros vestígios de um processo de formalização constitucional foi representado pela Constituição escrita e rígida dos Estados Unidos da América de 1787 e da França de 1791, em que se procurou organizar o Estado e limitá-lo, através de direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, insere-se como conteúdo Constitucional os direitos fundamentais, consagrando o respeito à liberdade, igualdade, dignidade humana, além das limitações e concessões de poderes ao Estado e o pleno desenvolvimento da sociedade.

Interessante observar que esses Direitos, somente ganharam ênfase, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, pois serviu de referência internacional quando reuniu os direitos Fundamentais ditos da primeira geração (as liberdades públicas) e os da segunda geração (os direitos sociais).

Essas gerações estão interligadas através de um curso histórico, dividindo-se em três etapas bastante distintas, porém complementares. São elas: a primeira geração que engloba as liberdades e garantias individuais, localizando-se no tempo do cristianismo juntamente com a concepção dos direitos naturais com a idéia do homem abstrato e individual.

Num segundo momento, logo após a Revolução Industrial, surge o período do positivismo jurídico, o qual almejavam a realização ampla e concreta dos direitos ditos sociais, esses derivados do processo de luta contra as novas condições econômicas.

Por mais que a Declaração Universal dos Homens somente tenha abarcado duas gerações, não podemos deixar de mencionar uma terceira, ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, quando germina o sentimento de defesa dos direitos humanos em uma concepção universal.

Assim, coube a cada Estado adaptar seus ordenamentos jurídicos à nova tendência que foi e continua sendo a constitucionalização formal dos Direitos Humanos, integrando assim, os tratados e convenções internacionais no texto constitucional, na sua forma material.

A idéia de constitucionalizar os direitos humanos consiste na possibilidade de se poder exigir do Estado – Poder Judiciário - a tutela prometida. Corroboramos com o entendimento de Alexandre de Moraes (2003, p. 21), qual seja, “a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais”.

## **5.2 Origem e Evolução Histórica**

A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a. C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado.

O Código de Hammurabi, talvez, seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade e a família. Contudo, foi o Direito Romano quem estabeleceu um mecanismo complexo visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. Assim, a “Lei das Doze Tábuas” pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção dos direitos do cidadão.

Posteriormente, a forte concepção religiosa trazida pelo Cristianismo, com cujo lema era a igualdade entre os homens, independentemente de raça, sexo ou credo, influenciou diretamente os direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana.

Os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos humanos fundamentais encontram-se, primeiramente, na Inglaterra, onde podemos citar a *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra em 1215, a *Petition of Right*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, e o *Act of Seattlemente*, de 1701.

Posteriormente, e com idêntica importância, na evolução dos direitos humanos temos a participação da Revolução dos Estados Unidos da América, onde podemos citar os seguintes documentos: Declaração de Direitos de Virgínia (1776), Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Constituição dos Estados Unidos da América (1787).

Contudo, a consagração normativa dos direitos humano-fundamentais coube à França, em 1789, quando a Assembléia Geral promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

### **5.3 Breve curso histórico dos Direitos Humano-Fundamentais nas Constituições Brasileiras**

Os Direitos Fundamentais no Brasil são oriundos desde a Constituição política do Império de 1824, todavia não nos moldes que se encontram na atualidade.

Naquele período se previa a garantia de direitos civis e políticos dos cidadãos, com um rol extensivo. Tal previsão ainda foi repetida em 1891, com algumas inovações.

Assim, analisando a história tem-se que a tradição constitucional brasileira pela manutenção dos direitos humanos é anterior à Declaração de 1948, tendo início em 1891 e se estendido de forma interrupta até 1967. Neste último ano inovou de forma diferente, pois além das liberdades públicas, contemplou pela primeira vez com um de seus artigos os direitos sociais, prevendo melhoria de condições aos trabalhadores.

No período da Ditadura Militar, promulgou-se a emenda constitucional nº 1º de 1969, restringindo de todas as formas os direitos humanos fundamentais. Tal fato representou um retrocesso para um país, pois o reconhecimento constitucional desses direitos servia de referência para várias organizações políticas e não governamentais, que consecutivamente lutavam contra as desigualdades sociais, explicadas por suas raízes históricas.

Passado esse período de opressão, nasce o Estado Democrático de Direito, que se funda na soberania popular, na participação efetiva e operante do povo na coisa pública.

Paralelamente a esse novo Estado surgem amplas discussões sobre o processo de redemocratização do país, tendo sido instaurada no Governo de José Sarney a Assembléia Constituinte, a qual iria discutir, analisar e organizar uma Carta Magna, que reconhecesse tanto os direitos, os deveres, como a organização dos poderes do Estado.

Através desse Poder Constituinte nasce a nova Constituição do Brasil, essa de 1988, que recupera novamente a questão dos Direitos Fundamentais, quais sejam os direitos civis e políticos inovando, excepcionalmente, quando amplia e reconhece uma série de direitos de segunda geração, são eles: os direitos sociais, econômicos e culturais.

#### **5.4 Conceito de Direitos Humano-Fundamentais**

De acordo com Tupinambá Nascimento (1997, p. 211), “não é fácil a definição de direitos humanos”, [concluindo que] “qualquer tentativa pode significar resultado insatisfatório e não traduzir para o leitor, à exatidão, a especificidade de conteúdo e a abrangência”.

Seguindo esta linha de raciocínio, José Afonso Silva (1997, p. 174) aduz que:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Após uma breve análise das diversas terminologias ele acaba concluindo que:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre de todas as pessoas. (SILVA, 1997, p. 177).

Assim, de um modo geral, temos que o conjunto dos Direitos Humano-Fundamentais visa garantir ao ser humano, entre outros, o respeito ao seu direito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade; bem como ao pleno desenvolvimento da sua personalidade. Eles garantem a não ingerência do estado na esfera individual, e consagram a dignidade humana. Sua proteção deve ser reconhecida positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

### **5.5 Direitos Humano-Fundamentais na Constituição Federal de 1988**

Os Direitos Humano-Fundamentais estão subdivididos na Constituição de 1988, da seguinte forma: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos político e partidos políticos.

Compreendem os Direitos individuais e coletivos àqueles ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como os direitos à vida, intimidade, igualdade, segurança, dignidade, honra, liberdade e propriedade, basicamente no artigo 5º e seus incisos.

Os Direitos sociais, por sua vez, compreendem: direito à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. Assumem a finalidade de melhorar das condições de vida de quem precisa, de forma que possa se concretizar a igualdade material, estão elencados à partir do artigo 6º.

Os Direitos de nacionalidade como afirma Alexandre de Moraes (2003, p.43) “é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos”, estão compreendidos nos art. 12 e 13.

Os Direitos políticos são aqueles direitos subjetivos que permitem ao indivíduo exercer sua cidadania participando de forma ativa da vontade política do Estado, se fazendo presente no artigo 14.

E os Direitos relacionados aos partidos políticos compreendem à existência, organização e participação, estando regulamentados no artigo 17.

## **5.6 Relatividade dos Direitos Humano-Fundamentais**

Nos dizeres do mestre Alexandre de Moraes (1998, p. 46):

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado deDireito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, seriam limitados em face ao princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas, pelos demais direitos igualmente delineados pela Carta Magna. Do que depreende-se que a limitação de um Direito Fundamental

será necessária principalmente quando acontecer o choque entre dois direitos incompatíveis entre si.

No tocante à relatividade dos direitos humanos, Quiroga Lavié (1993, p. 123) apud Alexandre de Moraes (1998, p. 47) 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 ele opere dentro dos limites impostos pelo direito”.

O próprio artigo 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas expressamente dispõe que:

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 como a única finalidade de assegurar o respeito aos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, ser exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de se conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou a uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.

Apontando a necessidade de relativização dos direitos fundamentais, o egrégio Supremo Tribunal Federal afirma que um direito individual “não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas” (RT, 709/418).

No mesmo diapasão, o Superior Tribunal de Justiça sustenta que:

Está muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, seqüestram, destroem lares e trazem dor a quem quer que seja, por nada, mas depois buscam guarida dos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que impensadamente, cometem os censurados delitos trazendo a dor aos familiares das vítimas” (6ª T – RHC nº 2.777-0/RJ – Rel. Min. Pedro Acioli – Ementário, 08/721).

Como se vê, os direitos humano-fundamentais não são absolutos, inclusive o direito à intimidade. Pelo contrário, o Princípio da Concordância Prática ou Princípio da Harmonização deve ser utilizado de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros.

## **5.7 Direito à Intimidade**

### **5.7.1 Garantia constitucional**

A Constituição Federal de 1988, promulgada após mais de duas décadas de ditadura, foi inspirada nos princípios que regem o Estado Democrático de Direito. Assim, deu ênfase aos direitos e garantias fundamentais, arrolados nos 77 incisos do art. 5º que, ademais, não constituem *numerus clausus* em face do disposto no § 2º do mesmo artigo.

Nos textos das Constituições anteriores a 1988 o direito à intimidade sempre esteve presente, embora de forma implícita, enquanto a Constituição Federal de 1988 o traz de maneira expressa determinando no art. 5º, X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de ser indenizado pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O direito à intimidade é apontado como um dos direitos da personalidade, ao lado de outros, como a vida, integridade física e psíquica, liberdade e honra. Os direitos da personalidade distinguem-se por seu objeto especial, isto é, pelos bens protegidos que apresentam determinados atributos físicos ou morais do homem.

Considera-se que o direito à intimidade é desdobramento do direito à liberdade(2), que assegura ao indivíduo a opção de resguardar-se, ou não, de eventuais intromissões.

### **5.7.2 Definição**

O direito à intimidade, segundo Bastos e Martins (1989, p. 64):

consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Assim, o direito à intimidade é o direito do indivíduo de não deixar que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros.

Define Costa Júnior (1970, p. 101-102):

O direito à intimidade é o direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido na sua intimidade, o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos.

Atente-se para o fato de o direito à intimidade pertencer à categoria dos chamados direitos da personalidade. Assim, "por direito à intimidade, genericamente, entendemos quer o direito ao segredo, quer o direito à reserva e que se trata de direito integrante da categoria dos direitos da personalidade". (GRINOVER, 1976, p. 101-102).

### **5.7.3 Relatividade do direito à intimidade**

O direito à intimidade, como todos os demais, encontra limitações em seu exercício. Assim é, por exemplo, com o direito à vida, admitindo-se plenamente a legítima defesa. Também com relação ao direito de propriedade, tendo-se em vista a exigida função social da propriedade e os chamados direitos de vizinhança.

A afirmação de que o direito à intimidade está tutelado pela Constituição brasileira não significa tratar-se de um direito ilimitado. Portanto, o direito à intimidade também encontra limitações, principalmente no tocante às demais liberdades públicas.

É, ademais, a orientação de nossos Tribunais: um direito individual "não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas" (RT, 709/418, apud Alexandre de Moraes, Direitos Humanos Fundamentais).

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual.

O princípio da concordância prática ou da harmonização, desenvolvido por Canotilho para a interpretação das normas constitucionais exige justamente isto: quando da contradição de princípios, mister faz-se coordenar os bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.

Missão das mais difíceis é justamente encontrar até onde os limites cerceiam tal direito, erigido ao importante rol dos direitos da personalidade. O que se encontra em conflito é o interesse de preservar a vida privada contra o interesse não menos social de justiça. Pois, nos deparamos com uma situação onde o excesso de limites bem como a maximização do exercício ao direito à intimidade pode trazer conseqüências nefastas como a ilegítima violação de direito fundamental ou a impunidade, respectivamente.

#### **5.7.4 Do posicionamento jurisprudencial atual sobre o tema**

Nessa vereda, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de corroborar com a restrição aos direitos individuais em prol da sociedade e eficiência ao combate do crime organizado. Atente-se ao à decisão do E. Superior Tribunal Federal:

**OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.** Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque **razões de relevante interesse público** ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de **medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.** O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (MANDADO DE SEGURANÇA, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 16/09/1999) (original não destacado)

No mesmo sentido:

**PROCESSUAL – HABEAS CORPUS – QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS (ART. 5º, X E XII DA CF)** – I. Os direitos e garantias fundamentais do indivíduo não são absolutos, cedendo em face de determinadas circunstâncias, como, na espécie, em que há fortes indícios de crime em tese, bem como de sua autoria. II. Existência de interesse público e de justa causa, a lhe dar suficiente sustentáculo. III. Observância do devido processo legal, havendo inquérito policial regularmente instaurado, intervenção do parquet federal e prévio controle judicial, através da apreciação e deferimento da medida. (TRF 2ª R – HC 95.02.22528-7 – RJ 3ª T. – Rel. Dês. Fed. Valmir Peçanha – DJU 13.02.96) (original não destacado)

Constitucional e processual penal. *Habeas corpus*, escuta telefônica com ordem judicial. **Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios de homem livre** para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, fala que 'são inadmissíveis...as provas obtidas por meio ilícito' não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (Verfassungsaktualisierung) base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (reasonableness). O princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada (HC Nº 4.138 – RJ).

## 6 DO CRIME ORGANIZADO

### 6.1 Origem e Desenvolvimento

Preliminarmente, cumpre examinar a complexidade existente quanto à origem das organizações criminosas, face às diferenças circunstanciais apresentadas por cada país.

No Reino Unido e na Espanha, por exemplo, a existência de uma regulamentação sobre o consumo de drogas, o jogo e a prostituição faz com que os grupos organizados sejam de caráter distinto dos existentes no Japão, onde as organizações que se dedicam ao controle do vício e da extorsão têm uma grande proeminência. Em muitos países do Terceiro Mundo, além da exploração da droga, o crime organizado se dedica à corrupção de funcionários públicos e políticos.

Interessante se faz comentar que algumas organizações, como as Máfias italianas, a Yakuza japonesa e as Tríades chinesas apresentam traços comuns, uma vez que surgiram no início do século XVI como uma maneira de defesa contra os abusos cometidos por aqueles que detinham o poder. Ademais, para o crescimento de suas atividades contaram com a conivência de autoridades corruptas das regiões onde ocorriam movimentos político-social.

Outrossim, foi relatado que o primeiro caso de terrorismo, vertente do crime organizado, ocorreu em 1855, ocasião em que anarquistas franceses atentaram contra Napoleão III, tendo esses refugiado-se na Bélgica, cujos governantes recusaram-se a conceder-lhes a extradição. Tal fato originou a Lei francesa de 28 de julho de 1894.

Registre-se, ainda, que no Brasil a associação criminosa derivou do movimento conhecido como cangaço, cuja atuação deu-se no sertão do Nordeste, durante os séculos XIX e XX, como uma maneira de lutar contra as atitudes de jagunços e capangas dos grandes fazendeiros, além de contestar o coronelismo.

Sobre o tema, Eduardo Araújo da Silva (2003, p. 25) explica:

Personificados na figura de Virgulino Ferreira da Silva, O Lampião, (1897-1938), os cangaceiros tinham organização hierárquica e com o tempo passaram a atuar em várias frentes ao mesmo tempo, dedicando-se a saquear vilas, fazendas e pequenas cidades, extorquir dinheiro mediante ameaça de ataque e pilhagem ou seqüestrar pessoas importantes e influentes para depois exigir resgates. Para tanto, relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes e contavam com a colaboração de policiais corruptos, que lhes forneciam armas e munições.

É de verificar-se que a primeira infração penal organizada no Brasil consistiu na prática do "jogo do bicho", iniciada no século XX. Relatou-se que o Barão de Drumond criou o jogo com o intuito de arrecadar dinheiro para salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. Contudo, a idéia popularizou-se e passou a ser patrocinada por grupos organizados, os quais monopolizaram o jogo, corrompendo policiais e políticos. Consta que, na década de 80, o jogo do bicho movimentou cerca de R\$500.000,00 por dia com as apostas realizadas, sendo que de 04% a 10% deste montante foi destinado aos banqueiros.

Cumprе assinalar que, nas décadas de 70 e 80, outras organizações criminosas surgiram nas penitenciárias da cidade do Rio de Janeiro, como a "Falange Vermelha", que nasceu no presídio da Ilha Grande e é formada por quadrilhas especializadas em roubos a bancos, o "Comando Vermelho", originado no presídio Bangu 1 e comandado por líderes do tráfico de entorpecentes e o "Terceiro Comando", dissidente do Comando Vermelho e idealizado no mesmo presídio por detentos que discordavam da prática de seqüestros de crimes comuns praticados por grupos criminosos.

Vale lembrar que no Estado de São Paulo, em meados da década de 90, surgiu no presídio de segurança máxima anexo à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, a organização criminosa denominada PCC – Primeiro Comando da Capital –, com atuação criminosa diversificada em diversos Estados. O PCC patrocina rebeliões e resgates de presos, rouba bancos e carros de transporte de valores, pratica extorsão de familiares de detentos, extorsão mediante seqüestro e tráfico de entorpecentes, possuindo conexões internacionais. Ademais, assassina membros de facções rivais, tanto dentro como fora dos presídios.

## 6.2 Conceito de Crime Organizado

Na busca de um conceito de Crime Organizado, torna-se necessária breve análise da Lei no 9.034/95. Sendo tal legislação pertinente aos casos em comento, seria salutar que trouxesse, ao menos, o conceito de Crime Organizado, mas não o faz, sujeitando ao intérprete a definição do que seja Crime Organizado.

Nesse diapasão, o artigo primeiro da mencionada Lei no 9.034/95 equipara a atividade criminosa organizada àquela do art. 288 do Código Penal Brasileiro, qual seja, quadrilha ou bando, equiparação esta que não reputo seja aconselhável, até porque não existe identidade entre a figura da quadrilha ou bando e a atividade criminosa organizada, salvo a pluralidade de agentes, o que é muito pouco para se atribuir um conceito.

Sobre o tema, Alberto Silva Franco (1994, p. 173), com a sua sobriedade de costume, manifesta-se:

O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão, compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentiais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exhibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os poderes do próprio Estado.

Vislumbra-se, pois, em análise às colocações acima, que o conceito de crime organizado varia conforme a visão daquele que o estuda, mantendo, outrossim, identidade quanto aos seus aspectos principais, suas características determinantes e são estas que passaremos a abordar neste momento.

Da lição explanada acima, aduz-se, ainda, que a conceituação normativa faz-se possível mediante a aproximação de três critérios:

- a) estrutural (número mínimo de integrantes),
- b) finalístico (rol de crimes a ser considerado como de criminalidade organizada) e;
- c) temporal (permanência e reiteração do vínculo associativo).

Assim sendo, é possível conceituar crime organizado como aquele praticado por, no mínimo, três pessoas, permanentemente associadas, que praticam de forma reiterada determinados crimes a serem estipulados pelo legislador, em consonância com a realidade de cada País.

## **7 DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**

### **7.1 Conceito**

Etimologicamente, “interceptação” significa “interromper no seu curso, deter, reter” (FERREIRA, 1997, p. 311).

Entretanto, do ponto de vista jurídico, a palavra “interceptação” não corresponde exatamente ao seu sentido etimológico. Assim, interceptar uma conversa telefônica não significa interrompê-la, impedi-la, detê-la.

Neste sentido, segundo Luiz Flávio Gomes (1997, p. 95), a expressão “interceptação”, no contexto jurídico, possui outro significado, sendo o de captar a comunicação telefônica, de ter conhecimento sobre a mesma, ter contato com o conteúdo dessa comunicação, chegando-se à conclusão de que é da essência da interceptação a participação de um terceiro, o qual sem o consentimento dos comunicadores, tem conhecimento de uma comunicação alheia.

Nas palavras de Gomes, “interceptação telefônica (em sentido estrito), portanto, é a captação feita por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, sem o conhecimento dos comunicadores”.

### **7.2 Antecedentes Históricos**

Antes de adentrarmos no assunto em si, breves considerações acerca dos antecedentes históricos do tema em tela devem ser feitas.

Antes do atual texto constitucional, o artigo 153 dispunha que:

Artigo 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes do País, a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§9º. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas. (original não grifado)

Como se vê, referido dispositivo legal assegurava o sigilo das comunicações sem nenhuma restrição ou ressalva.

Paralelamente à este dispositivo, estava em vigor o artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), que dispunha:

Artigo 57. Não constitui violação de telecomunicação:

[...]

II – o conhecimento dado:

[...]

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Vislumbra-se, assim, que há flagrante divergência entre a vedação constitucional e a permissão dada pelo Código Brasileiro de Telecomunicações vigente na época.

Ocorre que, o entendimento jurisprudencial e doutrinário a respeito do tema era no sentido de aceitarem a compatibilidade entre supracitados artigos, sustentando que nenhuma norma constitucional institui direito absoluto, de modo que a vedação da Carta Magna não significava a proibição da interceptação, a qual poderia efetivar-se uma vez estando preenchidos os requisitos legais.

### **7.3 Regime brasileiro das interceptações telefônicas: Lei nº 9.296/96**

#### **7.3.1 Da interceptação telefônica antes da Lei nº 9.296/96**

Finalmente em 1988, visando suprir a polêmica existente, surge uma nova Constituição Federal, a qual, em seu artigo 5º, XII trouxe uma ressalva para o sigilo das telecomunicações. Vejamos:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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. (original não grifado)

Como se observa, o artigo 5º, XII diz que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, neste último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, isto é,

de eficácia relativa, de integração complementável, ou seja, normas constitucionais que não são auto-aplicáveis (*not-self executing provisions*), que dependem de interposta lei (complementar ou ordinária) para gerar efeitos principais. Entretanto, mesmo as normas de eficácia limitada geram alguns efeitos jurídicos negativos imediatos, pois vinculam o legislador infraconstitucional aos seus comandos (efeito impeditivo de deliberação em sentido contrário ao da norma constitucional) e paralisam as normas precedentes com elas incompatíveis (efeito paralisante) (CUNHA apud CAPEZ, 2007, p. 491).

A partir do surgimento da Constituição Federal de 1988 surgiu uma outra polêmica: o artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações foi ou não recepcionado pela nova Carta Magna?

Após muitas opiniões e pronunciamentos judiciais divergentes, o egrégio Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no HC 73.351-4-SP, concluiu que aludido dispositivo não foi recepcionado, dependendo o texto constitucional de lei específica que o regulamente.

Destarte, como bem se observa no dispositivo em análise, a violação da privacidade do cidadão somente é permitida “[...] nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer [...]”. Assim, uma vez que a proteção da privacidade é um direito fundamental, qualquer interceptação telefônica realizada antes do advento dessa lei transformaria a prova produzida por esse meio em ilícita. Ademais, a própria Constituição Federal estabelece, no artigo 5º, LVI, a vedação da utilização de provas ilícitas.

Assim, antes do advento da lei n.º 9.296/96, a gravação telefônica era considerada prova ilicitamente obtida e não era suficiente para a condenação do acusado, pois o legislador não havia editado uma lei regulamentando-a.

Dessa forma, toda pessoa que praticasse escuta telefônica, inclusive os policiais, infringia o tipo penal previsto pelo art. 151, §1º, II do Código Penal Brasileiro, o qual dispõe que:

Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:

§1º. Na mesma pena incorre:

II - quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;

O Supremo Tribunal Federal, anteriormente a Lei 9.296/96, entendia que a prova obtida por derivação sem a regulamentação da norma constitucional era ilegal.

Neste sentido, vale lembrar ementa do acórdão oriundo do julgamento do HC nº 73.351-SP, datado de 10 de maio de 1996, tendo como relator o Ministro Ilmar Galvão, pelo qual ficou assentado que:

A prova ilícita contamina as provas obtidas a partir dela. Com fundamento da doutrina dos ‘frutos da árvore envenenada’, o Tribunal determinou, por maioria de votos, o trancamento de ação penal por maioria de votos, o trancamento de ação penal por crime de tráfico de entorpecentes, em que o flagrante – apreensão de 80 quilos de cocaína – e demais provas só foram possíveis em virtude de interceptação de ligações telefônicas autorizada pelo juiz. Aplicação do art. 5º, LVI, da CF (‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’). Necessidade de regulamentação do art. 5º, XII, da CF (‘é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das

comunicações telefônicas, salvo, no ultimo caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal’).

Para o Supremo Tribunal Federal, não se admitia a colheita de provas como a escuta telefônica, sem a existência de uma lei regulamentadora, uma vez que o Poder Judiciário é obrigado a ficar ao lado da Constituição, que não aceita provas ilicitamente obtidas, conforme a inteligência do art. 5º, LVI que dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Porém, a posição desse egrégio Tribunal não era pacífica no sentido de não aceitar, de forma alguma, as provas obtidas por intermédio da interceptação telefônica. É o que se extrai da seguinte decisão, na qual foi relator o Ministro Néri da Silveira:

A existência nos autos de prova obtida ilicitamente (escuta telefônica) não basta à invalidação do processo, se a sentença condenatória está baseada em prova testemunhal autônoma, isto é, colhida sem a necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita (HC 73.311 – MS, 30.4.96).

Da mesma forma, também o Superior Tribunal de Justiça, em algumas de suas Turmas, tinha um entendimento que relativizava o uso de prova obtida por interceptação telefônica. Senão vejamos:

Constitucional e processual penal. *Hábeas corpus*, escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios de homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, fala que ‘são inadmissíveis...as provas obtidas por meio ilícito’ não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional (Verfassungsaktualisierung) base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’ (reasonableness). O princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada (HC Nº 4.138 – RJ).

No mesmo sentido, para Vicente Greco Filho (1995, p. 178), a vedação da utilização de provas ilícitas não deve ser absoluta,

(...) porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem que conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inciso LVI do art. 5º da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse.

Essa linha de pensamento também é seguida por Nelson Nery Jr. (1996, p. 18), para quem

(...) a ilicitude de obtenção de prova seria afastada quando, por exemplo, houver justificativa para a ofensa a outro direito por aquele que colhe a prova ilícita. É o caso do acusado que, para provar sua inocência, grava clandestinamente conversa telefônica entre outras duas pessoas. Age em legítima defesa, que é causa da exclusão da antijuridicidade, de modo que essa prova antes de ser ilícita é, ao contrário, lícita, ainda que fira o direito constitucional de inviolabilidade da intimidade, previsto na CF, 5º, X, que (...) não é absoluto.

A prova conseguida através da quebra do sigilo telefônico foi legalizada com a lei 9.296/96 que regulamentou o inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal.

### **7.3.2. Da interceptação telefônica após a Lei nº 9.296/96**

Com o advento da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996 (anexo A), o inciso XII da Constituição Federal Brasileira de 1988, foi regulamentado, dando-se fim a ânsia de diversos doutrinadores.

Segundo Alexandre de Moraes (2000, p. 79):

A Lei nº 9.296, de 24-7-1996, foi editada para regulamentar o inciso XII, parte final, do art. 5º, da Constituição Federal, determinando que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça, aplicando-se, ainda, à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, cessando assim a discussão sobre a possibilidade ou não deste meio de prova e, conseqüentemente, sobre a licitude, desde que realizado após a edição da lei, que não contém efeito retroativo.

Como se vê, a Lei 9.296/96 estabeleceu as hipóteses de autorização para a interceptação telefônica, do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática, exigindo do juiz uma decisão fundamentada a respeito.

A partir de 1996, passou-se a ter no Brasil, a possibilidade da realização de uma interceptação telefônica legítima, isto é, calcada em um direito material, porém, esta deverá correr em sigilo de justiça e deverá obedecer a alguns pré-requisitos estabelecidos em lei.

A interceptação telefônica só poderá ocorrer se for autorizada de ofício pelo juiz ou se requerida pela autoridade policial (em investigação policial) ou pelo representante do Ministério Público (na investigação criminal e na instrução processual penal).

A necessidade de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal é um dos requisitos para a autorização da interceptação telefônica.

Existindo outros meios disponíveis para a apuração do fato, este deverá ser utilizado, sendo vetado a utilização da interceptação telefônica.

O fato investigado deverá tipificar delito penal com sanção apenada com reclusão, senão não poderá ser autorizada a interceptação telefônica.

A interceptação telefônica, quando determinada pelo juiz, deverá indicar a forma de execução da diligência, que não poderá transpor quinze dias prorrogáveis pelo mesmo tempo, e deverá ser cabalmente fundamentada, sob pena de nulidade. A prorrogação no prazo só poderá ocorrer se for comprovada a indispensabilidade deste meio de prova para comprovação do fato in tela.

A gravação de conversa feita através de interceptação telefônica lícita deverá ser transcrita a termo, e as partes que não forem importantes ou ligadas ao

fato investigado deverá ser degravada e retirada do termo, a requerimento da parte ou do Ministério Público.

Assim, em 1996 surge a lei específica que veio para regulamentar o inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal, qual seja a Lei nº 9.296/96.

Passemos agora então a fazer uma análise mais profunda sobre a lei em questão.

## **8 LEI Nº 9.296/96: UMA ANÁLISE MINUCIOSA**

Como explanado anteriormente, no dia 25 de julho de 1996, entrou em vigor a Lei nº 9.296, que veio para regulamentar o artigo 5º, XII, da Constituição Federal.

O referido diploma legal dispõe sobre o procedimento a ser adotado quando da interceptação de comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução em processo penal.

Todavia, o Projeto de Lei nº 3.514/89 (anexo B), apresentado pelo então deputado Miro Teixeira, melhor tratou da matéria em exame, como veremos a seguir.

### **8.1 Artigo 1º - Considerações Acerca do Alcance da Expressão “Interceptações de Comunicações Telefônicas”**

Dispõe o artigo 1º:

A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. (original não grifado)

Por primeiro, interessante ressaltar uma observação no tocante à terminologia utilizada pelo artigo transcrito acima, qual seja: “interceptação de comunicações telefônicas”.

Segundo Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 95-96), tal expressão engloba tanto a interceptação em sentido estrito, que seria “a captação feita por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, sem o consentimento dos comunicadores, como também a escuta telefônica, que seria “a captação

realizada por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, mas com o consentimento de um dos interlocutores”.

### **8.1.1 Intercepção, escuta e gravação ambiental**

De acordo com Fernando Capez (2007, p. 498-499), “a interceptação e gravação ambiental não constituem objeto da Lei nº 9.296/96”.

Intercepção ambiental seria a captação da conversa entre duas ou mais pessoas realizada por um terceiro que esteja no mesmo local ou ambiente em que se desenvolve a conversa. Já a escuta ambiental é a mesma captação, só que feita com o consentimento de um ou alguns dos interlocutores. Por fim, a gravação ambiental é aquela feita por um dos próprios interlocutores.

Capez (2007, p. 499) leciona que, “se a conversa não era reservada, nem proibida, a captação por meio de gravador, por exemplo, nenhum problema haverá para aquela prova”. Todavia, “se a conversação ou palestra era reservada, sua gravação, interceptação ou escuta constituirá prova ilícita, por ofensa ao direito à intimidade (CF, art. 5º, X), devendo ser aceita ou não de acordo com a proporcionalidade dos valores que se colocarem em questão”.

Referido doutrinador ressalta, ainda, que no caso de investigação de crime praticado por organizações criminosas, desde que haja prévia, fundamentada e detalhada ordem escrita da autoridade judicial competente, toda e qualquer gravação e interceptação ambiental que estiver acobertada pela autorização constituirá prova válida, de acordo com o disposto no artigo 2º, IV, da Lei nº 9.034/95 (Lei de Combate ao Crime Organizado). Em contrapartida, em não existindo previa autorização judicial, a prova somente será admitida em hipóteses excepcionais, levando-se em consideração o princípio da proporcionalidade *pro societate*. “Assim, será aceita para fins de evitar uma condenação injusta ou para terminar com uma poderosa quadrilha de narcotráfico ou voltada para à dilapidação dos cofres públicos” (CAPEZ, 2007, p. 499).

Comentando sobre as gravações ambientais, assim ensina o ilustre professor Vicente Greco Filho (2005, p. 6):

A gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental (não no sentido de meio ambiente, mas no ambiente), não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine. Isso porque, do mesmo modo que no sigilo de correspondência, os seus titulares – o remetente e o destinatário – são ambos, o sigilo existe em face dos terceiros e não entre eles, os quais estão liberados se houver justa causa para a divulgação. O seu aproveitamento como prova, porém, dependerá da verificação, e, cada caso, se foi obtida, ou não, com violação da intimidade do outro interlocutor e se há justa causa para a gravação. Se se considerar que a obtenção foi ilícita não poderá valer como prova, considerando-se a regra constitucional de que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos (no caso a violação da intimidade), mas não a interceptação de telecomunicações. A problemática da gravação unilateralmente realizada insere-se no mesmo contexto da fotografia ou videogravação oculta, da escuta a distancia, etc. e nada tem a ver com interceptação telefônica.

Em suma, captação ambiental de conversa não sigilosa, seja mediante interceptação, escuta ou gravação ambiental, não configurará prova ilícita, por não ofender o direito à intimidade.

Em se tratando de conversa sigilosa, havendo autorização judicial, também será lícita a prova obtida por meio da captação da conversa. No entanto, se não tiver autorização judicial, em princípio, a prova será ilícita, mas nada impede o seu aproveitamento, dependendo da proporcionalidade dos valores em contraste.

Neste ponto, o legislador perdeu uma boa oportunidade de regulamentar referido assunto, posto que o artigo 12 do Projeto de Lei Miro Teixeira (Projeto de Lei nº 3.514/89) tratava expressamente dessas hipóteses, considerando lícita a produção da prova obtida mediante gravação clandestina, desde que utilizada para proteção de direito ameaçado ou violado de quem gravou a conversa.

## **8.2 Parágrafo Único do Artigo 1º: Constitucional ou Inconstitucional?**

O art. 5º, inc. XII da Constituição da Federal reza que

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. (original não grifado)

Já o parágrafo único do artigo 1º dispõe que: “o disposto nesta lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática” (original não grifado).

Como se vê, nesse dispositivo encontramos um problema no tocante à extensão da ressalva ao sigilo, isto é, se a expressão “salvo no último caso” refere-se apenas às comunicações telefônicas ou também à transmissão de dados.

Mas, antes de adentrarmos na questão pertinente à constitucionalidade de referido dispositivo legal, algumas considerações prévias devem ser feitas no tocante ao conceito da expressão “telemática”.

Para Ferando Capez (2007, p. 495), telemática

é a ciência que estuda a comunicação associada à informática, ou, mais precisamente, é a ciência que cuida da comunicação (transmissão, manipulação) de dados, sinais, imagens, escritos e informações por meio do uso combinado da informática (do computador) com as várias formas de comunicação. Sucintamente, telemática é telecomunicação (qualquer umas das suas variadas formas) mais informática.

### **8.2.1 Pela inconstitucionalidade**

Surgiram, então, duas correntes antagônicas a respeito do tema. Há quem entenda ser inconstitucional referido dispositivo e há quem defenda sua constitucionalidade.

Partindo da lição de Vicente Greco Filho (2005, p. 14/16), o qual faz parte da corrente que entende pela inconstitucionalidade, no tocante à expressão “salvo no último caso”, há duas interpretações possíveis no texto do inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal: a ressalva aplica-se às comunicações

telegráficas, de dados e às comunicações telefônicas, ou aplica-se somente às comunicações telefônicas.

A primeira hipótese pressupõe o entendimento de que referido inciso prevê somente duas situações de sigilo: de um lado, o sigilo da correspondência e do outro os demais sistemas de comunicação, quais sejam telegrafia, dados e telefonia. Desta feita, a possibilidade de quebra do sigilo referir-se-ia apenas à segunda situação, ou seja, a expressão “salvo no ultimo caso” corresponderia aos três últimos instrumentos de transmissão de informações.

A segunda hipótese parte da idéia de que o sigilo abrange quatro situações:

- a) a correspondência;
- b) as comunicações telegráficas;
- c) os dados;
- d) e as comunicações telefônicas.

E em sendo assim, a expressão “salvo em ultimo caso” admitiria a interceptação apenas para a comunicações telefônicas.

Para esta hipótese interpretativa, nos itens "a", "b" e "c" a vedação é absoluta, isto é, é expressamente vedado devassar correspondência, comunicações telegráficas e dados. No tocante às comunicações telefônicas, a vedação é relativa, isto é, em determinadas hipóteses, reguladas em lei, é possível a sua violação. A violação das comunicações telefônicas prevista pela Constituição seria uma exceção à regra de inviolabilidade.

Nesse sentido, vale destacar lição de José Afonso da Silva (1999, p. 377-378):

Abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Vê-se que, mesmo na exceção, a Constituição ordenou regras estritas de garantias, para que não se a use para abusos (original não grifado)

No mesmo sentido é a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho (1994, p. 154):

Muda agora a situação, dado que a disposição constitucional, ao mesmo tempo que garante a inviolabilidade da correspondência, dos dados e das comunicações telegráficas e telefônicas, abre uma única exceção, relativa a estas últimas. Isso quer dizer, no nosso entender, que com relação às demais formas indicadas pela Constituição (correspondência, dados e comunicações telegráficas) a inviolabilidade se torna absoluta. A posição da Constituição não é a melhor, levando a consequência da impossibilidade de se legitimar, por lei, a apreensão da correspondência, dos dados e do conteúdo das comunicações telegráficas, mesmo em casos de particular gravidade. Mas é o que dela resulta, retirando a eficácia de dispositivos como o art. 240, parágrafo 1o do Código de Processo Penal. (original não grifado)

Para Vicente Greco Filho (2005, p. 16), a expressão “salvo no ultimo caso” refere-se apenas às comunicações telefônicas. Vejamos:

Se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como “no último caso”, mas como “no segundo caso”. Ademais, segundo dicionários, último significa o derradeiro, o que encerra, e não, usualmente, o segundo.

Por outro lado, a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interceptação a exceção, de forma que a interceptação dever ser restritiva quanto a esta (*exceptiora non sunt amplianda*).

Como esse entendimento, a conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos em nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas e não a de dados e muito menos as telegráficas (seria um absurdo pensar na interceptação destas, considerando-se serem os interlocutores entidades públicas e análogas à correspondência).

Daí decorre que, em nosso entendimento, é inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da lei comentada, porque não poderia estender a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Não se trata, aqui, de se aventar possível conveniência de se fazer interceptação nesses sistemas, mas sim de interpretar a Constituição e os limites por ela estabelecidos à quebra do sigilo. (original não grifado)

Como se vê, para os que advogam a tese da inconstitucionalidade, o parágrafo único do artigo 1º é inconstitucional, posto que a possibilidade de quebra do sigilo telefônico na parte relativa às informações sobre chamadas telefônicas anteriormente efetuadas e que constituem os chamados dados telefônicos estão,

ainda, sob o manto protetor do art. 5º, do texto magno vigente, cuja vedação é absoluta.

Os que defendem a inconstitucionalidade, sustentam que, em tema de direito fundamental do indivíduo, a disposição nova que de algum modo o contraria ou o restringe, tem alcance limitado e deve ser interpretada restritivamente e, por isso mesmo, a permissão legal só deve abranger a interceptação do fluxo de conversas mediante o meio telefônico e não abranger o sistema de dados telefônicos existentes em nome de cada pessoa.

No que concerne ao sistema de "dados em sistemas de informática e telemática", do mesmo modo, o raciocínio jurídico é o mesmo daquele desenvolvido para as interceptações telefônicas.

Assim, uma vez que o sigilo de dados telemáticos e sigilo dos dados do sistema telefônico estão protegidos constitucionalmente de forma absoluta, o rompimento, mesmo que por determinação judicial, afronta direito líquido e certo do interceptado.

### **8.2.2 Pela constitucionalidade**

De outro lado, há uma corrente que defende ser constitucional referido dispositivo. Dentre os adeptos dessa corrente estão os ilustres Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 173), os quais sustentam que:

Com a devida vênia, ousou divergir das doudas e autorizadas opiniões até aqui elencadas. Penso que o texto legal é legítimo, integralmente legítimo, e vale pelo que nele está escrito. Como vimos no número anterior (26), a Lei 9.296/96 tem incidência em qualquer forma de comunicação telefônica, assim como nas comunicações telemáticas (independentes do uso da telefonia). A CF só exigiu (explicitamente) lei regulamentadora no que concerne às comunicações telefônicas, é verdade, mas isso não exprimia impedimento para que o legislador disciplinasse outras formas de comunicação. Cuidando-se de direito fundamental (sigilo das comunicações, intimidade), aliás, somente o legislador é que podia (e pode) restringi-lo.

Ainda sobre o tema, Celso Bastos apud Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 173):

O sigilo da correspondência está hoje estendido, como vimos, às comunicações telegráficas, de dados e telefônicas. A despeito desse caráter analítico da enunciação, é forçoso reconhecer que outras modalidades de comunicação estarão também incluídas, como por exemplo, aquele que se verificar por meio de telex...uma inovação da Constituição foi estender a inviolabilidade aos 'dados'...Mas pela inserção da palavra do inciso vê-se que não se trata propriamente do objeto da comunicação, mas sim de uma modalidade tecnológica recente que consiste na possibilidade das empresas, sobretudo financeiras, fizerem uso de satélites artificiais para comunicação de dados contábeis.

No mesmo sentido é o entendimento de Damásio Evangelista de Jesus (1997, p. 458):

Inclino-me pela constitucionalidade do referido parágrafo único. A Carta Magna, quando excepciona o princípio do sigilo na hipótese de 'comunicações telefônicas', não cometeria o descuido de permitir a interceptação somente no caso de conversação verbal por esse meio, isto é, quando usados dois aparelhos telefônicos, proibindo-a, quando pretendida com finalidade de investigação criminal e prova em processo penal, nas hipóteses mais modernas. A exceção, quando menciona 'comunicações telefônicas', estende-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja transferência de 'dados'. É o caso do uso do *modem*. Se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, 'digitar' e não 'falar'. (...). A circunstância de a CF expressamente só abrir exceção no caso da comunicação telefônica não significa que o legislador ordinário não possa permitir a interceptação na hipótese na transmissão de dados. Não há garantias constitucionais absolutas. Se assim o fosse, o CP não poderia admitir a prática de homicídio em legítima defesa (arts. 23, II e 25), uma vez que a Carta Magna garante a 'inviolabilidade do direito à vida' sem ressalva (art. 5º, *caput*). Da mesma forma, embora o art. 5º, XII, disponha sobre o sigilo da correspondência sem abrir exceção, reconhece-se a legitimidade de o art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, admitir a interceptação de carta de presidiário pela administração penitenciária, como foi decidido pelo STF (HC 70.184, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, RT 709/418). (original não grifado)

Concordamos com a posição de Gustavo Bandeira (2003, p. 32/42), o qual, adotando uma interpretação mais ampla, admite a interceptação de comunicações de dados mantidas pelo sistema de informática. Após esclarecer sobre o avanço tecnológico dessa forma de comunicação, ele conclui que essa seria

a vontade do legislador constituinte se, à época da elaboração do texto, conhecesse tal modalidade, suprimindo a Lei nº 9.296/96 a lacuna constitucional.

No mesmo sentido, é o posicionamento de Geraldo Prado (1997, p. 13-14).

Aliás, de acordo com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os dados não estão à margem da abrangência da interceptação, como bem verificamos na jurisprudência abaixo transcrita:

PROVA – Interceptação telefônica – Hipóteses de autorização – Sujeição à Lei nº 9.296/96 – Aplicação do disposto no seu art. 1º, parágrafo único, também à interceptação do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática – Necessidade – Segurança parcialmente concedida (Mandado de segurança n. 932.511-3/4 – Franca – 5ª Câmara Criminal – Relator: Damião Cogan – 11.05.06 – V.U. – Voto n. 9.517).

### **8.3 Artigo 2º - Pressupostos Básicos da Interceptação Telefônica**

Dispõe o artigo 2º, *in verbis*:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Como medida cautelar que é, seja preparatória (quando concretizada na fase policial) ou incidental (quando realizada em juízo), está sujeita aos

pressupostos básicos de toda cautelar, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

### **8.3.1 Artigo 2º, I - *fumus boni iuris***

O *fumus boni iuris*, ou seja, a fumaça do bom direito, exprime duas exigências no processo penal. São elas:

- a) probabilidade de existência de autoria ou participação numa infração penal;
- b) probabilidade de existência de uma infração penal.

Como se denota, a primeira exigência refere-se ao agente, ao passo que a segunda refere-se à materialidade em si do delito.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 8), *fumus boni iuris* seria “a plausibilidade do direito invocado”.

Cumpra observar, ainda, que a lei não se contenta apenas com a mera “possibilidade” de autoria e participação, ela exige que seja “provável a autoria ou participação. Tal assertiva extrai-se do inciso I, que diz: “indícios razoáveis de autoria ou participação”. E, ressalte-se, seguindo o previsto no artigo 3º da mesma lei, para que tais indícios apareçam, normalmente já existe ou uma investigação criminal em andamento ou um processo criminal em andamento.

### **8.3.2 Artigo 2º, II - *Periculum In Mora***

O *periculum in mora*, isto é, o perigo da demora, é o segundo pressuposto básico da interceptação telefônica.

Ele se fundamenta no perigo ou risco para a salvaguarda de um direito ou interesse, caso haja demora, ou seja, caso não seja tomada uma medida imediatamente.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 8), o *periculum in mora* “está ínsito na necessidade de a conversa telefônica ser colhida enquanto se desenvolve, sob pena de perder-se a prova.

Como se vislumbra, o objetivo da interceptação é a constituição de uma prova. Entretanto, ressalte-se que se essa prova puder ser obtida “por outros meios”, a interceptação telefônica não deve ser autorizada, posto que constitui medida extrema, excepcional, que só deve ser utilizada em último caso. Uma vez sendo viável, por exemplo, a prova documental ou testemunhal, a interceptação telefônica não deve ser utilizada.

Assim, a interceptação telefônica está regida pelo princípio da necessidade, cujo teor é a intervenção mínima, a alternativa menos gravosa.

Sobre o tema, ensina Vicente Greco Filho (1997, p. 183):

De tudo extrai-se a conclusão de que o princípio da necessidade integra o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip* ou *reasonableness*), isto é, o Juiz, no momento de deferir a interceptação telefônica, deve sopesar a existência de outros meios (processuais) disponíveis para a obtenção da mesma prova. Só em último caso decidirá pela interceptação, quando esta for indispensável. Havendo alternativa, urge a sua adoção. Assim se assegura a menor invasão possível do Estado na privacidade alheia, na privacidade das nossas comunicações (telefônicas ou telemáticas).

### **8.3.3 Artigo 2º, III – hipóteses legais de admissibilidade das interceptações telefônicas**

Com a devida vênia, a redação do inciso III do artigo 2º é duplamente infeliz.

Em primeiro lugar, ao enumerar os casos em que a interceptação telefônica não será admitida, ao invés de elencar taxativamente os casos em que ela será possível, prejudicou a interpretação clara da vontade da lei.

Por outro lado, referido dispositivo é muito abrangente ao admitir a utilização da interceptação telefônica em todo caso cujo fato investigado constitua crime apenado com reclusão. Aqui é evidente o excesso do legislador.

Segundo Damásio Evagelista de Jesus apud Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 185):

Damásio E. de Jesus, com inteira razão, critica o critério legal pela “extensão e limitação”: quanto à primeira, porque literalmente seria cabível interceptação telefônica em qualquer infração punida com reclusão, o que muitas vezes constituirá um exagero; no que concerne à limitação, cabe lembrar que alguns crimes não punidos com reclusão bem que, por natureza, ensejariam a interceptação, como é o caso da ameaça, crimes contra a honra cometidos por telefone etc.

De acordo com posição majoritária da doutrina a possibilidade de interceptação telefônica em todos os casos apenados com reclusão deve ser restringida, porque é muito ampla.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 7)

É evidente o excesso do legislador brasileiro, que não se deu conta da excepcionalidade da interceptação telefônica como meio lícito de quebrar o sigilo das comunicações, estendendo sua permissão a crimes que podem não ser de grande potencial ofensivo e, em contrapartida, excluindo-a de infrações penais de menor relevância social, mas que, por sua índole, só poderiam ser devidamente apuradas por intermédio da referida interceptação.

A legislação estrangeira sempre se preocupou com a possibilidade de quebra do sigilo a casos taxativos de extrema gravidade, sustentando que somente eles podem tolerar essa violação à intimidade alheia.

À exemplo do que ocorre na Suíça, Dinamarca e Suécia, o mais comum é a adoção de um rol taxativo de crimes que comportem a interceptação. Na Itália, o sistema é misto: leva-se em consideração um rol de crimes e a gravidade da

infração. Já na Espanha, a interceptação telefônica só depende da gravidade da infração, a ser valorada pelo juiz.

O ideal seria que o legislador tivesse apresentado um rol taxativo de casos cuja extrema gravidade autorizariam a utilização de interceptação telefônica, como fez o artigo 1º do Projeto de Lei Miro Teixeira (Projeto de Lei nº 3.514/89), o qual traz, de forma taxativa, catorze casos em que a interceptação telefônica deveria ser permitida.

No HC nº 69.912-0-RS, publicado no DJU de 26 de novembro de 1993, seguro de que a postura da lei deveria ser outra, o voto vencido do Ministro Paulo Brossard, do Supremo Tribunal Federal, foi no sentido de admitir, no caso concreto, a ordem de interceptação telefônica, apesar da ausência da lei regulamentadora, por entender de maneira inequívoca, que a autorização legislativa incluiria os crimes que alude o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, quais sejam: crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo.

No mesmo sentido, foi no voto vencido do desembargador Nério Letti, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Mandado de Segurança nº 690.070.289, presumindo que a futura lei se pautaria no direito comparado.

Ademais, cumpre-nos analisar se tal excesso do legislador torna o inciso comentado inconstitucional ou não.

Data vênia, inclinamo-nos para a sua inconstitucionalidade, haja vista que, de acordo com o princípio da proporcionalidade, uma lei restritiva, mesmo sendo adequada e necessária, pode ser inconstitucional quando adotar cargas desmedidas, excessivas, desnecessárias, desproporcionais em relação ao resultado (CANOTILHO, 1993, p. 617).

Daí surge a necessária cautela com que o juiz deverá portar-se ao autorizar a quebra do sigilo. Para tanto, deverá guiar-se pelo direito comparado, como, por exemplo, pelo artigo 266 do Código Processo Penal Italiano ou até mesmo poderá adotar como parâmetro, como já mencionado nesse tópico, o artigo 1º do Projeto de Lei Miro Teixeira (Projeto de Lei nº 3.514/89).

#### **8.4 Parágrafo Único do Artigo 2º**

O parágrafo único do artigo 2º dispõe da seguinte maneira:

Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. (original não grifado)

#### **8.4.1 Sujeito passivo da interceptação**

Segundo lição de Vicente Greco Filho (1997, p. 29), o sujeito passivo da interceptação telefônica:

É o interlocutor e não o titular formal ou legal do direito de uso, justificando-se a interceptação em face de alguém que se utiliza da linha ainda que não seja o seu titular. Daí a possibilidade de interceptação telefônica em linha pública, aberta ao público ou de entidade pública.

O mesmo autor traz um exemplo interessante: “imagine-se alguém que habitualmente faça ligações em telefone público para o tráfico de drogas. A interceptação pode ser feita mesmo sendo o telefone aberto ao público” (1997, p. 29).

#### **8.4.2 Individualização do sujeito passivo**

O parágrafo único do artigo 2º da lei em comento exige a “indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada”.

Assim, já no requerimento da medida deve constar a indicação do sujeito passivo e, se possível, sua qualificação..

A respeito do tema, esclarece Altamiro Lima Filho (1996, p. 112):

(...) dessa forma, por força do princípio lógico, somos de opinião que a falta de indicação do investigado não poderá, em hipótese alguma, deixar de ser incluída no requerimento da autoridade solicitante da interceptação telefônica. Isto, sob pena de fazer-se, ilegalmente, perigosa e temerária investigação aleatória e que contraria o espírito da Lei e, sobretudo, da Constituição Federal.

Como se vislumbra no texto legal, além da individualização do investigado, a lei exige sua qualificação. Mas nesse requisito a lei foi um pouco flexível: “salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada”.

Todavia, é de bom alvitre ressaltar que a flexibilidade é apenas no tocante à qualificação do investigado, não abrangendo sua individualização. Assim, se a autoridade não possuir elementos suficientes para a qualificação do investigado, deverá, ao menos, individualizá-lo, como, por exemplo, fornecendo seu apelido.

A obrigatoriedade da individualização do investigado justifica-se pelo fato de que estamos diante de uma limitação à um direito, qual seja o direito à privacidade e, sem sendo assim, não pode haver uma interceptação genérica.

#### **8.4.3 Delimitação da “situação objeto da investigação”**

Dispõe a primeira parte do parágrafo único do artigo 2º: “em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação (...)” (original não grifado).

Assim, é requisito essencial da autorização judicial da interceptação telefônica, a delimitação fática, ou seja, a completa descrição do fato delituoso que está sendo investigado.

#### 8.4.4 Intercepção em face de terceiros

É da essência da interceptação telefônica que ela o seja em face de, no mínimo, dois interlocutores, onde um dos quais pode não ter nenhuma relação com o fato investigado. Entretanto, é impossível dissociar o que foi falado por ele e o que foi falado pelo investigado.

Sobre o tema, comenta Vicente Greco Filho (2005, p. 35): “Não vemos, pois, limitação subjetiva à utilização da prova obtida mediante interceptação, desde que relacionada com o fato que a justificou”.

Outrossim, ressalte-se que os interlocutores não envolvidos com o fato investigado estarão protegidos pelo sigilo das conversas, cuja violação é penalmente sancionada pela própria lei.

#### 8.4.5 Princípio *nemo tenetur se detegere*

É também garantia judicial internacional, no continente americano, por força do art. 8º, §2º, alínea 'g', do Pacto de São José da Costa Rica o direito que toda pessoa tem de "*não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada*". Quer dizer, nenhuma pessoa é obrigada a confessar crime de que seja acusada ou a prestar informações que possam vir a dar causa a uma acusação criminal.

No sistema brasileiro, admite-se que o indiciado ou réu minta, que negue relação com o fato, que cale a verdade, que fantasie, que amolde versões aos seus interesses. Trata-se da regra de ouro *Nemo tenetur se detegere*, insculpida no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição com a seguinte redação: "*O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)*".

A delimitação do conteúdo do preceito *nemo tenetur se detegere* é oferecida pela doutrina processual penal, segundo a qual, tal enunciado consiste

simplesmente na prerrogativa resguardada ao cidadão de não produzir provas contra si mesmo, ou seja, é o direito do indivíduo de não oferecer provas que lhe possam ser desfavoráveis, acarretando sua incriminação, quer seja em processo penal ou extrapenal.

Sobre o tema não há uma solução pacífica na doutrina.

Há quem entenda que a interceptação telefônica fere referido princípio.

Por outro lado, existem outros doutrinadores, dentre eles Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 97), que defendem que não há ofensa alguma à esse princípio. Vejamos:

Numa interceptação telefônica ou escuta telefônica, não estaria o autor do fato incriminando-se, declarando algo contra si mesmo? Sim está, mas o raio de incidência do princípio em questão diz respeito às relações do autor do fato diretamente com os órgãos da persecução penal.

No mesmo diapasão é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover (1976, p. 250), a qual sustenta que nas interceptações telefônicas

(...) o sujeito não está em confronto direto com a autoridade, não é por ela solicitado a responder, nem sofre pressões de qualquer espécie, já que não há constrição no telefonema e o instrumento é utilizado na mais ampla liberdade. O direito ao silêncio do réu ou do indiciado tem como finalidade preservar sua liberdade moral frente à autoridade.

Assim, conclui-se que tal princípio não pode ser invocado em situações em que não haja a investida estatal no desvendar de uma infração, sob pena de estar imprimindo efeitos absolutos a um princípio, e como é sabido, não há direitos fundamentais absolutos.

#### **8.4.5 Conversa com o advogado**

Via de regra, se um outro sigilo estiver presente no caso concreto, como, por exemplo, o sigilo profissional do advogado para com seu cliente, não se admite a interceptação telefônica.

Segundo a professora Ada Pellegrini Grinover (2000, p. 116), o sigilo entre o advogado e seu cliente é absoluto, haja vista que o mesmo é inerente ao próprio direito de defesa.

Luiz Vicente Cernicchiaro (1996, p. 3), sustenta que seria uma contradição ilógica o Estado assegurar o sigilo profissional ao advogado e, ao mesmo tempo, valer-se da interceptação telefônica de sua conversa para punir seu cliente. Seria como dar com uma mão e tirar com a outra.

Oportuna se faz a transcrição, na íntegra, de sua opinião acerca do tema:

Evidente, a interceptação não pode colher a conversa do indiciado o do réu, com seu advogado. Vou além. De qualquer pessoa que procure o profissional a fim de aconselhar-se porque praticara uma infração penal. Será contraditório o Estado obrigar o Advogado a guardar segredo profissional e imiscuir-se na conversa e dela valer-se para punir o cliente. O direito não admite contradição lógica!...A propósito, lembre-se o Código de Processo Penal de Portugal, no art. 187.3 – ‘É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o Juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objeto ou elemento de crime’. Entenda-se, porém, como interpretam os comendadores portugueses: se houver sérios indícios de o defensor haver participado da atividade criminosa. Nesse caso, não atua como profissional, mas como qualquer outro delinqüente. Conclusão, alias, resultante da interpretação lógico-sistemática.

Como se vê, se houver sérios indícios de que o defensor participa de atividade criminosa, nenhum óbice haverá em se realizar a interceptação, já que não atua como profissional, mas como um criminoso.

Pertinente trazer à colação um caso atualíssimo, no qual Valéria Dammous, Libânia Catarina Fernandes e Eduardo Diamante, deixaram a atividade profissional de advogado de lado e passaram a servir como elo entre os diversos integrantes da organização criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital (P.C.C.), distribuindo ordens dentro e fora dos presídios.

De acordo com a denúncia (anexo C), no dia 05 de junho de 2006, através de uma gravação ambiental, descobriu-se que, ao entrevistar-se com o detento Orlando Mota Junior, vulgo “Macarrão”, no parlatório da Penitenciária II de Presidente Venceslau (Penitenciária Maurício Henrique Guimarães Pereira), a advogada Valéria Dammous recebeu daquele a determinação de transmitir uma

ordem a outro detento, Anderson de Jesus Parro, vulgo “Moringa”, de “virar duas cadeias” na região oeste paulista. Na mesma ocasião, a advogada passou um relatório pormenorizado sobre a situação dos presídios da região e sugeriu ao detento a destruição de penitenciárias federais em construção, tendo recebido a informação de que essa ordem já havia sido determinada pela liderança da facção.

No dia 06 de junho, Valéria Dammous dirigiu-se até a Penitenciária de Getulina e, ao entrevistar-se com o detento Anderson de Jesus Parro, vulgo “Moringa”, transmitiu a determinação emanada pelo detento Orlando Mota Junior, vulgo “Macarrão”.

Com feito, um dia depois, 17 (dezessete) motins foram deflagrados em estabelecimentos prisionais.

No dia 26 de junho, Valéria Dammous novamente entrevistou-se com o detento Anderson de Jesus Parro, vulgo “Moringa”, ocasião em que recebeu de referido detento a determinação de repassar ao detento conhecido por “Magrelo”, o qual encontra-se na Penitenciária de Flórida Paulista, a ordem de mandar matar 05 (cinco) agentes penitenciários.

No dia 14 de junho de 2006, também por intermédio de gravação ambiental, a advogada Libânia Catarina Fernandes, por sua vez, agindo com o mesmo propósito de Valéria, valendo-se de sua condição de advogada, no parlatório da Penitentiária II de Presidente Venceslau, entrevistou-se com o detento Orlando Mota Junior, vulgo “Macarrão”, ocasião em que ficou estipulado que ela seria o elo entre o mesmo e o líder da organização criminosa, Marcos Willians Herbas Camacho, vulgo “Marcola”. Este contato deveria ser feito através de entrevista de advogada com o detento Luiz Henrique Fernandes, vulgo “LH”, o qual cumpria pena em cela próxima à do “Marcola”, na Penitenciária de Presidente Bernardes. Na mesma ocasião, a advogada ainda recebeu a ordem de “fazer quebrar” e “colocar no chão” as penitenciárias de Araraquara e Itirapina II, ordem esta que foi prontamente repassada por meio de telefone celular ao detento Cláudio Rolin de Carvalho, vulgo “Polaco”, recolhido da Penitenciária de Junqueirópolis.

Os fatos que se seguiram às comunicações de Valéria e Libânia foram extremamente devastadores, haja vista que inúmeros motins em diversas

penitenciárias do Estado foram deflagrados, ocasionando um exorbitante prejuízo ao patrimônio público do Estado de São Paulo.

Ainda no dia 14 de junho de 2006, Libânia combinou com Orlando Mota Junior, vulgo “Macarrão”, que acionaria o advogado Eduardo Diamante, o qual se incumbiria de fazer entrar na Penitenciária II de Presidente Venceslau, a quantia de R\$15.000,00 (quinze mil reais) em espécie e, ainda, 03 (três) aparelhos de telefone celular, pré-pagos, da Operadora Claro.

Desta feita, no dia 21 de junho de 2006, na Penitenciária II de Presidente Venceslau, o advogado Eduardo Diamante, valendo-se também de sua condição profissional, em concurso com agentes penitenciários não identificados, deu integral cumprimento à ordem emanada pela facção criminosa, recebida por intermédio de sua colega Libânia e, a pretexto de entrevistar-se com o detento Orlando Mota Junior, vulgo “Macarrão”, possibilitou a entrada em referido presídio dos celulares solicitados.

Ao agirem dessa forma, os três advogados desvirtuaram a relação profissional que deve nortear o exercício da advocacia, agindo não como profissionais e sim como criminosos, motivo pelo qual tanto a interceptação telefônica quanto a ambiental foram legalmente utilizadas.

#### **8.4.6 “Encontro fortuito” de outros fatos ou de outros investigados - Prova Emprestada**

Citado dispositivo sugere que o resultado da interceptação telefônica só possa ser utilizado como prova dos fatos objeto de investigação determinada. Tal assertiva extrai-se da seguinte expressão: “em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação (...)” (original não grifado).

Corroborando tal dispositivo, o artigo 4º da lei em estudo exige da autoridade requerente a demonstração da necessidade da interceptação “à apuração de infração penal”.

A partir desse dispositivo, a dúvida que surge é se a prova obtida através de uma interceptação telefônica devidamente autorizada, relativa à determinada infração penal, pode, ou não, ser utilizada como prova em investigação ou processo instaurado por fatos diversos.

É o que a doutrina chama de conhecimento fortuito de outros fatos. Damásio Evangelista de Jesus (1998, p. 458/473) ainda menciona: conhecimento fortuito de outro crime, novação do objeto da interceptação ou resultado diverso do pretendido. Ou, em outras palavras, seria a “prova emprestada”.

A prova emprestada, segundo o magistério de Guilherme de Souza Nucci (2004 p. 332), “é aquela produzida em outro processo e, através da reprodução documental, juntada no processo criminal pendente de decisão”.

Ocorre que, o entendimento doutrinário brasileiro acerca do tema não é consensual. Senão vejamos:

Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 194-195) adotam o critério da conexão e continência para a solução do problema do encontro fortuito. Para eles, o “encontro fortuito” só poderá ser utilizado como meio probatório em outra investigação ou processo, se o objeto do “encontro fortuito” for conexo ou tiver relação de continência com o fato investigado. Neste caso, oportuno transcrever sua lição acerca do tema:

Se o objeto do “encontro fortuito” é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio probatório, inclusive quanto ao fato extra descoberto, e desde que se trate de infração para a qual se admita a interceptação (art. 2º, inc. III).

E ainda traz como exemplo:

Exemplo: autorização dada para a investigação de um tráfico de entorpecente; descobre-se fortuitamente um homicídio, em conexão teleológica. De outra parte, se descobre o envolvimento de outra pessoa no crime investigado (de tal forma a caracterizar a continência do art. 77), também é válido tal meio probatório. Nessas duas hipóteses, em suma, a transcrição final da captação feita vale legitimamente como meio probatório e serve para afetar (“enervar”) o princípio da presunção de inocência.

De outro lado, referido autor defende não valer a prova obtida através da interceptação telefônica para investigação ou processo instaurado por fatos diversos quando o conhecimento fortuito for de caso não conexo ou quanto os fatos forem cometidos por terceiras pessoas, sem nenhuma relação de continência com o investigado. Salaria, ainda, que essa terceira pessoa pode ser tanto quem sem comunicou com o investigado, como quem utilizou a linha interceptada, embora não fosse o investigado. Nesta hipótese, o ilustre doutrinador afirma que esse conhecimento fortuito vale apenas como *noticia criminis*.

Um pouco mais abrangente é a opinião de Vicente Greco Filho (2005, p. 36-38), segundo o qual a gravação feita para investigar determinado fato criminoso pode ser utilizada como meio de prova em investigação ou processo relacionados a outros fatos, desde que a infração possa ser ensejadora de interceptação, ou seja, não se encontre entre as proibições do art. 2º e desde que o objeto do “encontro fortuito” seja fato relacionado com o primeiro, ensejando, além de uma relação de conexão e continência, um concurso de crimes.

De acordo com suas próprias palavras:

O que é objeto da investigação é um fato naturalístico que pode apresentar várias facetas e ramificações. Não se investiga a classificação do delito, nem se pode exigir que se tenha conhecimento de todos os aspectos que envolve (aliás, de fossem conhecidos todos eles não precisaria ser realizada a interceptação). Assim, parece irrecusável a possibilidade de, por exemplo, na investigação de um homicídio, chegar-se à ocultação de cadáver. (GRECO FILHO, 2005, p. 36-37).

Segundo Greco Filho (2005, p. 37-38), no momento em que a interceptação foi autorizada, não se tinha o requisito dos indícios razoáveis da autoria da infração conexa ou em concurso, mas a interceptação incide sobre as pessoas e, uma vez legitimamente autorizada em face de alguém em virtude de fato criminoso, admite sua utilização em outros delitos relacionados com o primeiro. Ele diz, ainda, que a atividade criminosa, em especial a organizada, não se restringe à prática de uma só espécie de crime e, em sendo assim, configuraria uma limitação excessiva não se permitir que, uma vez autorizada legitimamente a interceptação, não pudesse ela abranger toda a atividade criminosa dos interceptados no âmbito da conexão ou da continência, a partir do fato que a originou.

Diametralmente oposta é a posição de Damásio Evangelista de Jesus (1998, p. 7), o qual entende que o “encontro fortuito” não pode ser usado como meio de prova em nenhuma hipótese.

Por derradeiro, de acordo com o que preleciona Ada Pellegrini Grinover (2000, p. 9), a falta na legislação brasileira vigente, de um rol de infrações em que a interceptação é admissível, dificulta a solução do problema em questão. Todavia, poder-se-ia levar em consideração o critério de que o juiz deverá limitar a autorização a casos de crimes graves para o aproveitamento do resultado da interceptação em processo ou investigação daquele para o qual a ordem foi dada.

*Data vênia*, temos que a melhor solução para o problema em tela seria adotar como parâmetro o artigo 8º do Projeto de Lei Miro Teixeira (Projeto de Lei nº 3.514/89), segundo o qual previa-se a vedação do aproveitamento do “conhecimento fortuito” como meio probatório em outra investigação ou processo. Entretanto, fazia uma ressalva quando se tratasse de conhecimento fortuito útil à elucidação de outra infração penal também constante do rol taxativo do artigo 1º.

### **8.5 Artigo 3º - Excesso e Omissões a Serem Resolvidos Mediante uma Adequada Interpretação Conforme a Constituição Federal**

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal (original não grifado).

Assim como os outros dois dispositivos anteriormente comentados, o artigo ora em estudo também recebe sérias críticas pela doutrina, tanto pelas suas omissões, quanto pelo seu excesso.

Segundo Lenio Luiz Streck (2001, p. 76), as omissões bem como o excesso do legislador, seriam perfeitamente sanadas com base em uma interpretação de referido artigo conforme a Constituição Federal.

De acordo com supracitado autor (2001, p. 77), uma melhor redação para o artigo em comento seria a seguinte:

A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa, ouvindo-se sempre este previamente, na hipótese de a autorização ser requerida pela autoridade policial ou pela defesa (original não grifado).

Como se vê, o artigo 3º traz em sua redação um excesso: a possibilidade da interceptação telefônica ser determinada de ofício pelo juiz; bem como duas omissões: não prevê a possibilidade da interceptação telefônica ser requerida pela defesa a não prevê a oitiva do membro do Ministério Público no caso da interceptação ter sido requerida pela autoridade policial.

Passemos, então, à uma análise mais profunda deste artigo.

#### **8.5.1 Excesso: Possibilidade da interceptação telefônica ser requerida de ofício pelo juiz**

Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 198/208) entendem ser inconstitucional a possibilidade conferida pelo artigo 3º da interceptação telefônica ser requerida de ofício pelo juiz.

Fundamentam sua posição no fato de que tal possibilidade fere o processo acusatório adotado no Brasil como regra, segundo o qual o juiz figura como um sujeito passivo, rigidamente separado da acusação e da defesa, as quais são tratadas com paridade e têm a incumbência de provar o alegado, garantindo-se o contraditório. Para eles, admitir-se a possibilidade do requerimento da interceptação telefônica de ofício pelo juiz seria um retrocesso, vez que isso configuraria a adoção do processo inquisitório, segundo o qual há uma evidente disparidade entre a acusação e a defesa e o juiz tem amplos poderes de iniciativa probatória, excluindo-se o contraditório.

De acordo com suas próprias palavras:

O legislador quer estabelecer o sistema inquisitório de triste memória, isto é, nos albores do século XXI, seu desejo é o de que a praxe judicial seja a da Idade Média. Que retrocesso! É mais uma prova de que o Poder Público acha-se desenganadamente perdido frente ao fenômeno da criminalidade. Não sabe o que fazer e acaba por estabelecer em lei o que está no âmago mais recôndito da nossa herança primitivista-atávica, incrementando o uso do chamado Direito Penal simbólico, acertadamente criticado por Alberto Zacharias Toron. Em pleno Estado Constitucional e Democrático de Direito, o tentar restabelecer uma praxe medieval denota o primitivismo com que lidamos com esse grave problema social e comunitário que se chama “crime”.

(...)

É inconstitucional a interceptação telefônica “de ofício”, em consequência, porque vulnera o modelo acusatório de processo, processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juizes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual. (GOMES; CERVINI, 1997, p. 201-202, original não grifado)

De outro lado, sustentam seu posicionamento no fato de que a possibilidade do requerimento da interceptação telefônica de ofício pelo juiz fere frontalmente o princípio da imparcialidade, haja vista que o fato do juiz ter iniciativa probatória compromete-o psicologicamente em sua imparcialidade, que é uma das mais expressivas garantias inerentes ao devido processo legal. É o que se extrai de sua lição:

O clássico princípio *ne procedat iudex officio* visa extamente resguardar o magistrado de qualquer comprometimento psicológico prévio com a prova. A lei, ao atribuir ao Juiz a tarefa de colher provas, quebra o princípio da imparcialidade e, assim, viola o devido processo legal, previsto no art. 5º, inc. LIV. Também por isso é inconstitucional. A radical mudança na posição constitucional do Juiz brasileiro, não fosse derivada de uma disposição inconstitucional (art. 3º em questão, na parte que prevê a interceptação de ofício) e, portanto, inválida, configuraria, como já afirmamos, um clamoroso retrocesso. Seria um caminhar na contra-mão da História. A tendência moderna não é transformar o Juiz em protagonista principal da colheita das provas. Exatamente o oposto vem ocorrendo. O juizado de instrução napoleônico esta em descrédito e decadência. (GOMES; CERVINI, 1997, p. 206-207, original não grifado).

Como se vê, de acordo com supracitados doutrinadores, é inconstitucional a parte do artigo 3º que confere ao magistrado a possibilidade de requerer a interceptação telefônica de ofício, haja vista que viola o processo

acusatório vigente no Brasil e fere o princípio da imparcialidade, devidamente previsto na Constituição Federal.

Desta feita, oportuna a transcrição de sua conclusão:

Em conclusão: seja porque viola o processo acusatório, que tem incontestável assento constitucional, seja porque retira do Juiz a necessária imparcialidade que, para além de representar uma importante garantia, é nota essencial da jurisdição, no nosso entender, é absolutamente inconstitucional a determinação da interceptação telefônica pelo Juiz de ofício. (GOMES; CERVINI, 1997, p. 208).

Lenio Luiz Streck (2001, p. 81) também é adepto da corrente que defende a inconstitucionalidade, sustentando que “não foi feliz o ‘legislador’ ao estabelecer, no *caput* do art. 3º, a possibilidade de o juiz determinar a ‘escuta’ de *ofício*”.

João R. Parizatto (1996, p. 37) e Altamiro Araújo Lima (1996, p. 81) têm uma posição mais flexível, defendendo a possibilidade do requerimento da interceptação telefônica de ofício pelo juiz, entretanto, somente na fase processual.

Em sentido contrário, Luiz Francisco Torquato Avolio (2003, p. 184-185) defende a completa constitucionalidade do artigo 3º, alegando que o juiz pode determinar de ofício a interceptação telefônica tanto na fase policial, como na fase processual.

### **8.5.2 Omissão: a necessidade da oitiva prévia do membro do Ministério Público**

Por conseguinte, a primeira omissão que se vislumbra é a não previsão da oitiva prévia do membro do Ministério Público quando a interceptação telefônica for requerida pela autoridade policial.

Ora, uma vez que o membro do Ministério Público tem a missão constitucional de guardião dos direitos individuais e coletivos da sociedade, não há dúvidas de que quando a interceptação telefônica for requerida por autoridade

policial, sua oitiva é indispensável. Destarte, se o legislador optou pela sistema da “autorização prévia” e não pela “verificação posterior” da legalidade da medida, a oitiva do Ministério Público representa mais um efetivo resguardo de um direito constitucional do cidadão.

Ademais, levando-se em conta, ainda, que o Ministério Público, por definição constitucional, é o controlador externo da atividade policial, os pedidos advindos da autoridade policial não podem prescindir de sua oitiva para se verificar se estão presentes os requisitos autorizadores da interceptação telefônica.

Outrossim, como destinatário das provas que é, já que titular da ação penal, nada mais lógico que o Ministério Público tenha o controle, desde o início, da produção das provas.

### **8.5.3 Omissão: a possibilidade de a defesa requerer a interceptação telefônica**

Por fim, ao não prever a possibilidade da defesa requerer a interceptação telefônica, o artigo em estudo feriu frontalmente o direito à prova, segundo o qual, ambas as partes – acusação e defesa – têm o direito de provas o alegado por todos os meios em direito admitidos. Logo, se a acusação pode valer da interceptação telefônica, a defesa também o poderá.

Comentando sobre o tema, Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 209), salientam que:

(...) A Constituição programou a interceptação para “fins criminais”, mas não distinguiu se em favor da acusação ou da defesa. De outro lado, cabe salientar que a prova incumbe a quem faz a alegação. Se o único meio probatório possível for a interceptação telefônica (...), não resta outro caminho que deferi-la para comprovar a inocência do acusado, que é valor tão ou mais relevante que o da segurança, que está na base da repressão do delito.

Consequentemente, fere os princípios da ampla defesa e do contraditório, haja vista que limita o poder da defesa em se defender.

Neste sentido, é o entendimento de Lenio Luiz Streck (2003, p. 80-81): “Desse modo, não é temerário afirmar que o disposto no art. 3º, ao vedar à defesa o direito de requerer a realização da escuta, viola os princípios da ampla defesa e do contraditório, eis que limita o poder de a defesa ‘defender-se provando’”.

Assim, ao não prever a possibilidade de a defesa também poder requerer a interceptação telefônica, o legislador incidiu em uma omissão que feriu o direito à prova, bem como os princípios do contraditório e da ampla defesa. Logo, deve-se fazer uma interpretação desse dispositivo conforme a Constituição Federal, segundo a qual ambas as partes têm direito à prova e, conseqüentemente, também à defesa é dada a possibilidade de requerer uma interceptação telefônica.

Analogicamente, quando se tratar de ação penal privada, a vítima também poderá requerer a realização de interceptação telefônica quando este meio probatório for imprescindível para sua acusação.

## **8.6 Artigo 4º**

### **8.6.1 Art. 4º, *caput* – Conteúdo do pedido de interceptação**

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

O *caput* do artigo 4º prevê os requisitos mínimos que o pedido de uma interceptação telefônica deve conter. São eles:

- a) a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração da infração penal;
- b) a indicação dos meios a serem empregados.

Quanto ao primeiro, a “necessidade” deve ser entendida como “indispensável”. Em outras palavras: como forma de restrição de direitos individuais

que é, o juiz deve fazer uma avaliação sobre a indispensabilidade da interceptação telefônica como meio probatório. É a inexistência de outros meios disponíveis para a obtenção da prova que revela essa “necessidade”. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 211), “A ‘necessidade’ da medida está atrelada ao *periculum in mora*, risco para a tutela de um direito (à segurança, no caso), se porventura nenhuma providencia for tomada imediatamente”.

Ao analisar a “necessidade” da medida, o magistrado deverá, na fundamentação, colocar na prática o princípio da proporcionalidade, sopesando o que vale mais: o interesse público ou a intimidade protegida pelos direitos individuais. Assim, ele estabelecerá a razoabilidade da interceptação telefônica. Em suma, ele deve analisar se há outros meios menos agressivos ao direito à intimidade. Se não houver, a medida será perfeitamente cabível.

Sobre o tema, oportuna a transcrição da lição de Lenio Luiz Streck (2001, p. 87):

Dito de outro modo, parafraseando a decisão do Tribunal Constitucional Alemão antes citada, “o juiz, quando da apreciação do pedido de interceptação, deve observar se a escuta/interceptação é o meio adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado, qual seja, a produção da prova criminal. Esse meio será adequado quando com o seu auxílio de pode alcançar o resultado desejado; será necessária a escuta quando não há outro meio para a realização da prova, igualmente eficaz, mas que não limite ou limite da maneira menos sensível o direito fundamental do cidadão”.

De outro lado, a lei exige também a “indicação dos meios a serem empregados”: quais são, motivos da escolha e como funcionam.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 211):

Urge evidenciar que tipo de aparelho ou tecnologia será utilizada; como funcionam; se serão ou não requisitados os serviços técnicos especializados às concessionárias de serviço público (art. 7º); como dar-se-á a gravação (art. 6º); de que forma será executada a captação da comunicação (art. 5º) etc.

### **8.6.2 Artigo 4º, §§ 1º e 2º - Requerimento verbal**

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo. (original não grifado)

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Via de regra, o pedido de interceptação telefônica deve ser formulado por escrito. Excepcionalmente, o juiz poderá admitir o pedido verbal. Mas, nas palavras de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 212), “isso só de justifica, obviamente, em caso de ‘urgência urgentíssima’”.

Todavia, ressalte-se que em caso de pedido verbal, o juiz deverá ter mais cautela com o preenchimento dos requisitos autorizadores da concessão da interceptação telefônica, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 10), a urgência pode justificar a previsão legislativa nesses casos excepcionais. Entretanto, ressalta que teria sido oportuna a previsão de convalidação da ordem dada pelo juiz, ratificando-se, ou não, o pedido verbal, sob pena de inutilização do resultado da interceptação telefônica na hipótese de falta de convalidação. Aliás, essa era a linha seguida pelo Projeto de Lei Miro Teixeira, em seu artigo 4º e parágrafos.

De qualquer modo, se o juiz vislumbra a possibilidade de concessão da medida, deve mandar reduzir a termo o pedido verbal e, conseqüentemente, o mesmo acaba ganhando forma escrita, materializando-se o ato.

## 8.7 Artigo 5º

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

### 8.7.1 Fundamentação da decisão

Além do artigo 5º, a necessidade de fundamentação da decisão encontra fundamento no artigo 93, IX, da Constituição Federal, segundo o qual todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

Todavia, ressalte-se que não serve qualquer tipo de “fundamentação”. Além da necessidade de se explicitar a razão da decisão, impõe-se que a motivação guarde coerência lógica com a decisão final.

Tendo como parâmetro a lição de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 214), a exigência legal de uma “fundamentação especial” justifica-se por várias razões. Em primeiro lugar, como a interceptação telefônica é uma medida cautelar *inaudita altera pars*, a exigência de uma fundamentação mais profunda se justifica como sendo um requisito essencial à salvaguarda do direito à intimidade. Em segundo lugar, como o sistema adotado é o do controle judicial prévio, antes da medida ser concedida deve atender a legalidade estrita. Em terceiro lugar, o conhecimento da razão exerce papel pedagógico, haja vista que não só o juiz exterioriza seu convencimento, como também deve convencer outras pessoas. Por fim, a fundamentação da decisão é imprescindível para que no futuro possa ser impugnada, seja no tocante aos aspectos formais, seja no tocante à proporcionalidade da medida.

Neste caso, oportuna a transcrição de sua lição acerca do tema:

Diante de tudo que for exposto, resulta bastante evidente que o Juiz, no momento de motivar sua decisão, não pode simplesmente repetir as palavras da lei, não pode exteriorizar uma motivação genérica, com expressões vagas e pouco significativas para o caso concreto. Urge o exame exaustivo dos pressupostos fáticos e jurídicos da interceptação. Do contrário, será nula a decisão. (GOMES; CERVINI, 1997, p. 214-215).

No mesmo sentido é o entendimento de Vicente Greco Filho (2005, p. 52):

Quanto à fundamentação, valem as observações feita pela doutrina e jurisprudência quanto ao decreto de prisão preventiva, ou seja, não pode ser genérica ou apenas repetir as palavras da lei, mas deve basear-se em argumentos fáticos específicos do caso.

Assim, inadmissível que uma fundamentação de concessão de interceptação telefônica seja genérica. Muito pelo contrário, deve ser uma “fundamentação completa”, de modo a abarcar os pressupostos fáticos e jurídicos do caso em concreto.

### **8.7.2 Prazo de duração da interceptação telefônica**

De acordo com o que dispõe o artigo 5º, o prazo de duração da captação das comunicações telefônicas e telemáticas é de, no máximo, 15 (quinze) dias, prorrogáveis por igual prazo, desde comprovada sua indispensabilidade.

Ressalte-se, que o prazo de 15 (quinze) dias estipulados pelo legislador é o prazo máximo, podendo o juiz fixar um prazo menor, se assim o quiser.

### **8.7.3 Renovação da interceptação**

Caso haja necessidade, poderá haver a prorrogação da interceptação telefônica, a qual dar-se-á pelo mesmo prazo primitivamente estipulado.

Todavia, existe divergência na doutrina quanto ao número de vezes em que a interceptação telefônica poderá ser renovada.

Há quem entenda que a renovação só poderá ocorrer uma única vez. Neste sentido: Altamiro de Araújo Lima Filho (1996, p. 121) e Sérgio M. Moraes Pitombo (1996, p. 8), o qual sustenta que o artigo ora em estudo deve ser interpretado restritivamente, sendo o prazo máximo de 30 (trinta) dias para a manutenção da interceptação. Aduz, ainda, ser admissível uma nova autorização de

interceptação telefônica no mesmo telefone, mas desde que haja outro motivo e diversa motivação.

Por outro lado, alguns doutrinadores admitem a renovação tantas vezes quantas forem necessárias. Nesse sentido: Damásio Evangelista de Jesus (RT 735, p. 458/473), Vicente Greco Filho (2005, p. 51), Antônio Scarance Fernandes (1997, p. 59), Ada Pellegrini Grinover (1997, p. 59), Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 219) e Luiz Francisco Torquato Avolio (2003, p. 189).

Uma vez mais, o Projeto de Lei Miro Teixeira (Projeto de Lei nº 3.514/89) melhor regulamentou a lei ora em estudo, haja vista que previa expressamente a possibilidade de tantas prorrogações quantas fossem necessárias, desde que continuassem presentes os pressupostos de admissibilidade da ordem de interceptação telefônica.

*Data vênia*, ao nosso ver, a razão está com esses últimos doutrinadores, haja vista que a lei não limitou o número de vezes, apenas exige a demonstração da indispensabilidade.

Destarte, mesmo que a intenção da lei fosse a possibilidade de uma única renovação, teríamos que levar em consideração a realidade fática atual, onde a criminalidade se aperfeiçoou e, em sendo assim, para que a lei tenha uma utilidade prática, a renovação de ser permitida tantas vezes quantas forem necessárias.

Um exemplo prático atual foi a Operação *Hurricane*, da Polícia Federal, ocorrida nos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Bahia e no Distrito Federal. O monitoramento dessa investigação durou cerca de um ano e visou combater uma organização criminosa que atuava na exploração de jogos ilegais – bingo, jogo do bixo e máquinas caça-níqueis - e cometia crimes contra a administração pública (venda de sentenças). Na operação foram cumpridos 25 (vinte e cinco) mandados de prisão e 70 (setenta) de busca e apreensão. Entre os presos está o desembargador José Eduardo Carreira Alvim, até a véspera vice-presidente do 2º Tribunal Regional Federal (TRF), que abrange Rio de Janeiro e Espírito Santo.

## **8.8 Artigos 6º e 7º - Fase Executiva da Interceptação Telefônica**

### 8.8.1 Artigo 6º, *caput*

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

De acordo com o *caput* do artigo 6º, será a autoridade policial quem conduzirá os procedimentos da interceptação telefônica. Deste modo, o que nos preocupa é a não previsão da possibilidade do Ministério Público também poder executar as interceptações telefônicas.

Assim como a possibilidade da determinação da interceptação telefônica de ofício pelo juiz, a exclusão da possibilidade do Ministério Público executá-la, evidência ainda mais a inadequação da lei em estudo aos dias atuais.

A incoerência da lei está justamente no fato de que, tanto a polícia como o Ministério Público podem requerer a realização da interceptação telefônica, todavia, só à polícia, cuja investigação, muitas vezes, é perfeitamente dispensável ao oferecimento da denúncia, é conferido o poder de conduzi-la.

Neste ponto, concordamos com Lenio Luiz Streck (2001, p. 96), segundo o qual ao Ministério Público também deve ser dada a possibilidade de executar a interceptação telefônica. Vejamos o que ele explica sobre o assunto:

Em síntese, na medida em que uma norma somente é válida quando estiver em conformidade com a Constituição, também aqui deve ser feita uma adição de sentido à Lei 9.296. Com efeito, a partir de uma interpretação conforme a Constituição, técnica hoje institucionalizada pela Lei 9.868/99, também o Ministério Público está autorizado a conduzir o procedimento de interceptação telefônica. Ou seja, o artigo 6º somente é constitucional se lido do seguinte modo: Deferido o pedido, a autoridade policial ou o Ministério Público conduzirão os procedimentos de interceptação, dando a autoridade policial, quando o procedimento for por ela conduzido, ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização. (original não grifado)

Como se vê, assim como a autoridade policial tem poderes para conduzir a realização das interceptações telefônicas, a partir de uma interpretação

da lei em estudo conforme a Carta Magna, ao Ministério público também deve ser conferido tal poder.

### **8.8.2 Artigo 6º, §1º, primeira parte**

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

Conforme o §1º do artigo 6º, a gravação da comunicação interceptada deverá ser feita se possível.

Ocorre que, entendemos que a gravação é essencial para posterior transcrição das conversas interceptadas, haja vista que só assim poderá haver aferição da veracidade da prova, sua idoneidade técnica e autenticidade da voz, para efeito de valoração do juiz.

Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 11) acrescenta que, quando a interceptação não for gravada, será admissível outra prova, como a testemunhal, por exemplo, sobre a realização da conversa, ainda que com um valor probante menor.

Aliás, oportuna a transcrição do entendimento de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 222), a respeito do tema: “O meio de prova (documental) é a transcrição, porque é ela que ‘fixa a prova em juízo’. Não é único, no entanto: pode-se fixar em juízo a interceptação por meio da prova testemunhal (oitiva de quem fez a interceptação)”.

### **8.8.3 Artigo 6º, §1º, *in fine***

A parte final do §1º determina a transcrição da gravação da conversa telefônica interceptada. Entretanto, como demonstrado anteriormente, hoje em dia, as interceptações demoram meses, até anos e, assim, são tantas horas de gravação que a transcrição, na íntegra, das conversas, acaba se tornando algo inviável. Um

ano me monitoramento de conversas, demoraria, na melhor das hipóteses, outro ano para ser transcrito.

Em 2004, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a lei não exige a transcrição na íntegra das interceptações telefônicas.

Recentemente, os ministros deste egrégio Tribunal tiveram que analisar a mesma questão. O desembargador Carreira Alvim, acusado de participar do esquema de venda de sentenças para beneficiar jogos ilegais, investigado pelo Operação *Hurricane* (já citada anteriormente), por intermédio de seu advogado Luiz Guilherme Viera, impetrou junto ao Supremo um pedido de *habeas corpus*, alegando que a denúncia contra ele oferecida não trazia a transcrição integral das escutas.

Todavia, no dia 06 de junho do corrente ano, o Supremo negou provimento à referido recurso, sustentando, uma vez mais, que a transcrição na íntegra das interceptações telefônicas não é necessária (informações extraídas do site “Conjur”, notícias: “Estado Policial” e “Gravação Interpretada”).

#### **8.8.4 Artigo 6º, §§ 2º e 3º**

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

De acordo com o § 2º do artigo 6º, após o cumprimento da interceptação telefônica, a autoridade policial deve encaminhar o resultado ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, o qual deverá conter um resumo das operações realizadas.

Ressalte-se que essa exigência trazida pelo § 2º faz-se necessária para que se possa aferir se os meios declinados quando do pedido foram, de fato, utilizados e se não houve extrapolação por parte da autoridade executora.

Outrossim, é de bom alvitre ressaltar que é nesse momento que o direito ao contraditório e à ampla defesa será exercido, posto que a partir daqui será o interceptado tomará ciência da interceptação telefônica.

#### **8.8.5 Artigo 7º**

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Tem-se no artigo 7º um verdadeiro retrocesso com relação ao próprio Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62, com as alterações sucessivas).

Embora referido código tenha sido considerado inadequado para suprir à exigência constitucional de uma lei que regulamentasse as formas e hipóteses de quebra do sigilo das comunicações telefônicas, pelo menos o mesmo era expresso na exigência de a operação técnica ser efetuada pelos serviços das estações e postos oficiais (artigo 152 c/c artigo 56, §2º).

Evidentemente, não cabe à polícia, nem ao Ministério Público, efetuar diretamente o grampeamento dos telefones, à revelia das concessionárias dos serviços públicos. Neste caso, o juiz deve utilizar os poderes que lhe são conferidos no artigo 5º da mesma lei, determinando que as operações de interceptação sejam levadas a cabo pelos órgãos técnicos competentes, com acompanhamento das diligências pela polícia e pelo Ministério Público.

#### **8.9 Artigos 8º e 9º - Incidentes**

Os artigos 8º e 9º tratam dos incidentes relativos à introdução da prova no processo.

### 8.9.1 Artigo 8º - Apensamento

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

#### 8.9.1.1 Artigo 8º, *caput* – Ausência de previsão do direito à ampla defesa e contraditório

O artigo 8º trata do apensamento da interceptação telefônica em autos apartados ao inquérito ou ao processo.

Desde logo já se vislumbra uma outra falha no *caput* do artigo ora em estudo: ele nada fala a respeito da garantia do contraditório.

Todavia, em que pese o silêncio da lei sobre tal garantia, é evidente que o incidente relativo à introdução do resultado da interceptação telefônica, em autos apartados, apensados ao inquérito ou ao processo, deverá ser, necessariamente, conduzido ao contraditório, nos termos do disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, sob pena de nulidade.

Observe-se que a interceptação telefônica tem natureza de medida cautelar *inaudita altera pars* e, como tal não ofende o princípio do contraditório, o qual não é suprimido, mas apenas diferido, postergado para o primeiro momento em que tal garantia não puder mais acarretar em prejuízos para as investigações.

Vejamos o que ensinam Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 232) sobre o assunto:

Quando estamos diante de medidas cautelar *inaudita altera pars* a parte contrária só poderá contraditá-la depois de sua concretização. A isso a doutrina dá o nome de contraditório diferido ou postergado ou adiado ou *posticipato*. E não se vislumbra nenhuma inconstitucionalidade nesse retardamento do contraditório, desde que efetivamente presentes os pressupostos cautelares: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Nos autos de incidente de apensamento, a defesa poderá questionar a licitude ou ilicitude da prova produzida por meio da interceptação telefônica, bem como discutir a idoneidade e autenticidade da mesma. Em achando necessária, poderá pleitear que sejam realizados exames periciais com a gravação efetuada, podendo pleitear o desapensamento de feridos autos se constatar alguma irregularidade.

Uma vez mais perdeu a lei a oportunidade de regulamentar melhor o tema, visto que o Projeto de Lei Miro Teixeira (Projeto de Lei nº 3.514/89), em seu artigo 7º, §1º previa expressamente que a garantia do contraditório deveria instaurar-se tão logo se considerasse que o conhecimento do resultado da diligencia não importaria em prejuízo ao prosseguimento das investigações.

#### **8.9.1.2 Artigo 8º, parágrafo único – Referencia equivocada ao artigo 538**

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

De acordo com o parágrafo único do artigo 8º da lei em estudo, em se tratando de inquérito policial, a apensação do resultado da interceptação telefônica dar-se-á imediatamente antes do relatório da autoridade policial e, em se tratando de processo, na conclusão do mesmo ao juiz, para o despacho decorrente dos artigos 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

No primeiro caso, o resultado da interceptação telefônica já fará parte do relatório da autoridade policial. No segundo caso, o apensamento ocorrerá por ocasião da sentença de pronuncia (artigo 407), da sentença no processo ordinário quando se tratar de crimes punidos com reclusão (artigo 502) e quando da audiência de instrução e julgamento, na hipótese dos crimes apenados com detenção (artigo 538).

Ora, como bem se vê, há evidente equívoco no parágrafo único ao se fazer menção ao artigo 538 do Código de Processo Penal, haja vista que, o artigo 2º, III afasta a possibilidade de interceptação telefônica para apurar-se crimes punidos com detenção.

Vejamos o que ensinam Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 228) sobre o assunto: “A referência que o legislador fez ao art. 538, como vem destacando toda a doutrina, foi equivocada. Houve lapso, porque esse artigo cuida do procedimento nos crimes punidos com detenção, os quais não admitem interceptação telefônica”.

### **8.9.1.3 Apensamento após as alegações finais: viola ou não o princípio do contraditório?**

Como já demonstrado acima, o parágrafo único do artigo 8º dispõe que, em se tratando de apensamento em processo, o mesmo deve ser feito logo após as alegações finais e antes da conclusão ao juiz para os despachos previstos nos artigos 407 e 502 do Código de Processo Penal.

Para Lenio Luiz Streck (2001, p. 99-101) a previsão de apensamento aos autos do processo do resultado da interceptação telefônica após as alegações finais fere frontalmente o princípio do contraditório, haja vista que consistiria em um documento novo, o qual configuraria uma surpresa para a defesa que, aliás, já formulou sua tese nas alegações finais. Vejamos o que ele diz sobre o assunto:

Isto significa que a interceptação, ocorrida durante a instrução criminal, sempre aparecerá como uma prova nova, porque, até então, a defesa não teve acesso. Assim, após as alegações finais, as partes poderão falar acerca do conteúdo da interceptação e de sua transcrição. Soa um tanto estranho que o defensor, já tendo defendido sua tese em alegações escritas, tenha que, após o conhecimento do conteúdo da interceptação, elaborar, quem sabe, nova tese, *porque surpreendido por provas que até aquele momento desconhecia*. Parece que a Lei, ao determinar o apensamento somente após as partes terem oferecido as alegações do art. 407 e após as alegações finais do rito comum, violou o princípio do contraditório. É evidente que deve haver sigilo na realização da escuta. É evidente que o réu não pode ser informado acerca da escuta. Porém, após feita a interceptação, independentemente da fase em que ocorreu

(investigação ou instrução criminal) deve o defensor ter vista do conteúdo do procedimento interceptatório. Não é crível que, já feitas as alegações finais de um processo, somente então venham aos autos os apensos referentes à interceptação. Parece que o momento mais apropriado para o apensamento dos autos da interceptação seria após o recebimento da denúncia ou após o interrogatório do réu, como o que se preservaria o princípio do contraditório. (STRECK, 2001, p. 100-101).

Com opinião diametralmente oposta, Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 229-232), entendem que a previsão de apensamento aos autos do processo do resultado da interceptação telefônica após as alegações finais não fere o princípio do contraditório. Eles sustentam que uma coisa é o momento do apensamento e outra coisa totalmente distinta é o momento em que a defesa deve tomar conhecimento do resultado da interceptação telefônica. Para eles, o fato do apensamento ocorrer somente após as alegações finais não significa que a defesa somente tomará conhecimento do resultado da interceptação telefônica neste momento. Senão vejamos:

O que deve ficar patente, desde logo, é o seguinte: o apensamento da autuação separada aos autos do inquérito ou do processo acontece num determinado momento, previsto no art. 8º, parágrafo único (imediatamente antes do relatório final ou antes da sentença). Mas isso não significa que só nesta altura o investigado e/ou seu advogado terá direito de conhecer o alcance da ingerência autorizada. Uma coisa é o apensamento (que é retardado o mais possível para se evitar qualquer tipo de quebra, frente a terceiros, no sigilo das comunicações), outra bem distinta é o direito de ser informado sobre o conteúdo da interceptação já concluída. GOMES; CERVINI, 1997, p. 229).

Com a devida vênia, concordamos com Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997), no sentido de que a exigência do disposto no parágrafo único do artigo 8º de que o apensamento do resultado da interceptação telefônica ao processo deva ocorrer somente após as alegações finais, não significa que somente a partir desse momento é que a defesa tomará conhecimento da investigação. Pelo contrário, entendemos que assim que a quebra do sigilo interno não tiver mais o condão de prejudicar a prova produzida, a defesa deverá ter conhecimento do conteúdo da interceptação telefônica.

### **8.9.2 Artigo 9º - Inutilização**

### 8.9.2.1 Artigo 9º, *caput* – Incidente de inutilização

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

A interceptação telefônica consiste em uma operação técnica de captação de todas as comunicações feitas pelo investigado e, eventualmente, por terceiras pessoas. Desta feita, não existem condições de se distinguir, desde logo, o que será e o que não será útil à investigação. Muitas comunicações do investigado não terão nenhum interesse. Da mesma forma, muitas comunicações são realizadas por terceiras pessoas. Tudo isso evidencia que uma grande quantidade de comunicações não terá nenhuma relevância para a obtenção da prova desejada.

Nos termos do artigo 9º, constatada a inutilidade de trechos das conversas, os quais não serão pertinentes ao caso investigado, impõe-se a imediata “inutilização” dos mesmos.

Pertinente ao caso, são as informações site “Conjur”, as quais relatam que, em uma reunião ocorrida no dia 19 de junho do corrente ano, entre o advogado-geral da União, José Antônio Tóffoli; o procurador-geral da República, Antônio Fernando de Souza; o diretor da Polícia Federal, Paulo Lacerda; e os secretário-executivo e secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Luiz Paulo Barreto e Pedro Abramovay, respectivamente, chegou-se à conclusão de que, como uma forma de se evitar “vazamentos”, o governos necessita criar regras mais severas.

O governo planeja criar três categorias de transcrição das escutas telefônicas e dar acesso aos advogados apenas da parte que diz respeito a seu cliente, bem como colocar uma marca técnica em peças do inquérito para apontar de onde partiu o vazamento.

A idéia é dividir as gravações em três partes, que seriam apresentadas à Justiça, a quem caberá dar ou não publicidade a essas peças. A primeira divisão diz respeito a conversas irrelevantes. Exemplo: o telefone residencial de um suspeito capta conversas de familiares sobre assuntos sem conexão com a apuração.

A segunda divisão trataria de aspectos que, a princípio, também não têm relevância, mas que poderão vir a ter. Exemplo: uma conversa entre dois suspeitos a respeito de um assunto trivial, como uma festa de aniversário de familiares. Apesar de não se tratar de algo suspeito, a conversa mostraria uma ligação entre investigados.

Por último, as gravações que captaram conversas comprometedoras. A idéia do governo é que somente essas conversas se tornem públicas.

O juiz só autorizaria a divulgação da parte que diz respeito ao cliente do advogado, ao contrário do que é feito hoje, quando o advogado tem acesso a todos os grampos.

Essa proposta de ser dar ciência à defesa somente à parte que a interessa é uma forma de se procurar evitar “vazamentos” de informações.

Na Operação Xeque-Mate, por exemplo, deflagrada em seis estados: Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, São Paulo, Paraná, Rondônia e Minas Gerais, cujo objetivo é desmontar quadrilhas especializadas em crimes como contrabando, corrupção e tráfico de drogas, além de envolvimento em jogos de azar, o monitoramento da PF teria constatado que advogados teriam sido os principais e mais freqüentes vazadores dos grampos utilizados nas investigações.

#### **8.9.2.2 Artigo 9º, parágrafo único: inconstitucionalidade?**

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Uma importante ressalva que deve ser feita com relação à esse dispositivo é que a expressão “assistido pelo Ministério Público” não significa tão somente dar ciência ao órgão do Ministério Público, mas sim que ele ter a

oportunidade de contrariar o material obtido através da interceptação telefônica, posto que o contraditório, embora diferido, implica em “informação e reação aos autos e termos do processo” (AVOLIO, 1999, p. 212), sob pena de refutar-se inconstitucional o dispositivo ora em estudo.

O mesmo pode-se dizer em relação ao investigado e seu defensor, os quais, assim como o membro do Ministério Público, são partes no processo penal e como tal, devem poder valer-se integralmente do contraditório e da ampla defesa nessa fase de introdução da prova no processo, “seja questionando a própria licitude ou legitimidade da prova obtida por meio da interceptação telefônica, seja impugnando a autenticidade das vozes, se for o caso” (AVOLIO, 1999, p. 212).

### **8.9.3 Recursos cabíveis**

Embora a lei nada diga a respeito, das decisões proferidas em ambos os incidentes, tanto no de apensamento, quanto no de inutilização, cabe recurso de apelação, nos termos do artigo 593, III, do Código de Processo Penal (decisões definitivas ou com força de definitivas, as quais resolvem o mérito de questões incidentais).

É de bom alvitre ressaltar que, a respeito da inutilização, o Projeto de Lei Miro Teixeira (Projeto de Lei nº 3.514/89) determinava, no §2º do artigo 7º, que as partes, assim como a autoridade policial, teriam o prazo de 10 (dez) dias para examinar e escutar as gravações, indicando os trechos cuja degravação pretendessem. A partir daí, o juiz determinaria a transcrição dos trechos indicados que não fossem manifestamente irrelevantes e impertinentes, bem como de outros que considerasse convenientes, decidindo a respeito da destruição do material restante. Tal decisão, nos termos do §4º do mesmo artigo 7º, estaria sujeita à agravo, provido de efeito suspensivo.

### **8.10 Artigo 10: Aspectos penais da Lei nº 9.296/96**

Conforme o disposto no artigo 10 da Lei nº 9.296/96,

constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

### **8.10.1 Objeto jurídico tutelado**

O bem jurídico primordial que esse dispositivo visa proteger é o sigilo das comunicações. Mais precisamente, a liberdade das comunicações, a qual está amparada, desde a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XII, pelo sigilo.

### **8.10.2 Ação nuclear**

Podemos dividir o artigo 10 em duas partes:

Na primeira parte, a qual se subdivide em outras duas partes, a conduta típica que se pune é “realizar a interceptação” sem autorização (consiste na realização de interceptação sem a obtenção de autorização judicial mediante procedimento previsto em lei) ou com objetivos não autorizados em lei.

Neste último caso, pode ser que o agente obtenha a autorização judicial para a realização da interceptação telefônica, mas não o faz com a finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal, ou seja, de acordo com os fins previstos em lei.

Aliás, foi o que ocorreu, recentemente, com o escritório do advogado Roberto Podval, na cidade de São Paulo. Segundo informações do site “Conjur” (TOGNOLLI, PINHEIRO, 2007), no dia 21 de junho do corrente ano, dois policiais

civis foram denunciados pelo grampo ilegal em um dos telefones celulares pertencentes ao escritório.

Segundo a denuncia, os policiais ‘enganaram’ o juiz para obter a autorização para grampear o telefone do escritório, o qual não era alvo de investigação. De acordo com o promotor, os policiais alegaram que o número-alvo pertenceria à membros do Primeiro Comando da Capital, mais conhecido como PCC. Mas, na verdade, referido número estava cadastrado em nome de ‘Advocacia Podval’, cujos integrantes não eram alvo de investigação, tanto que seus nomes jamais foram citados no transcorre do inquérito policial. Ainda segundo o promotor, o grampo foi ‘proposita’, haja vista que, os policiais, deliberadamente, inseriram a linha telefônica com vistas a obter a interceptação das comunicações telefônicas através delas realizadas, com objetivos outros que não o de obter prova em investigação criminal.

Como se vê, o embora a interceptação tenha sido realizada com autorização judicial, ela o foi feita com objetivos não autorizados por lei, caracterizando, assim, o delito previsto no artigo 10 da Lei nº 9.296/96.

Por outro lado, na segunda parte, a conduta típica consiste em “quebrar o segredo de justiça”. Trata-se da quebra de segredo relativo ao procedimento de interceptação telefônica, ou seja, revelar a outrem o conteúdo da investigação.

### **8.10.3 Sujeito ativo**

Com relação à primeira parte, trata-se de crime comum, posto que qualquer pessoa pode praticá-lo, não exigindo a lei nenhuma qualidade especial.

Já a segunda parte cuida de crime próprio, pois, segundo ensinamento de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 245),

Sujeito ativo só pode ser quem por seu cargo (juiz, promotor, autoridade policial), função (perito, p. ex.) ou profissão (empregado das

concessionárias telefônicas, advogado) venha a ter conhecimento da instauração do incidente de interceptação ou das diligências, gravações e transcrições. Não é um crime funcional, é dizer, não é preciso ser funcionário para cometê-lo (empregado de concessionária telefônica, p. ex., não é funcionário público e pode ser sujeito ativo). Mas também não é qualquer pessoa que pode praticá-lo: somente aquelas que tenham tido acesso legítimo à interceptação ou ao seu resultado.

Vicente Greco Filho (2005, p. 67-68) não entende dessa forma. Para ele, o crime é funcional, isto é, o sujeito ativo deve ser, necessariamente, funcionário público vinculado ao procedimento da interceptação. Segundo esse doutrinador, “ao acusado ou seu defensor não se aplica o dispositivo porque não tem o dever jurídico de preservar o segredo de justiça. O defensor pode, eventualmente, incidir em violação do sigilo profissional”.

#### **8.10.4 Sujeito passivo**

No tocante à primeira parte, conforme leciona Fernando Capez (2007, p. 520), sujeito passivo “são as pessoa cuja conversa está sendo captada pelo interceptador. Exige-se que pelo menos um dos comunicadores desconheça a interceptação, pois o consentimento deles exclui o crime ante a disponibilidade do bem jurídico”.

Por outro lado, com relação á segunda parte, consoante Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 246), “caso se caracterize durante o procedimento inicial ou durante as diligências da interceptação, sujeito passivo é o Estado (que vê frustrada a possibilidade de se conseguir uma prova). Caso ocorra a quebras das gravações ou das transcrições, sujeitos passivos são todos os comunicadores”.

#### **8.10.4 Elemento subjetivo do tipo**

O elemento subjetivo do tipo penal em questão é o dolo, consolidado na vontade de realizar a interceptação ou quebrar o segredo de justiça, sem autorização ou com objetivos não autorizados em lei.

#### **8.10.5 Consumação**

O delito previsto na primeira parte do artigo 10, consuma-se no momento em que o interceptador toma conhecimento, ainda que parcial, da comunicação alheia.

De outra forma, o delito previsto na segunda parte do artigo 10, consuma-se no momento em que

o agente revela a existência de uma ordem judicial de interceptação telefônica ou das diligências respectivas (há violação nesse caso de um interesse público – obtenção de uma prova) ou ainda quando revela o conteúdo das gravações e transcrições (há quebra nessa hipótese de interesses privados: intimidade, honra, imagem, etc.). Revelar a existência do procedimento ou o conteúdo do seu resultado é comunicar, transmitir, noticiar tal fato a uma terceira pessoa, que não conheça, evidentemente o segredo.

#### **8.10.6 Tentativa**

Para Fernando Capez (2007, p. 521), com relação ao delito previsto na primeira parte do artigo 10, a tentativa é possível, “por exemplo, se o agente é surpreendido no momento em que está colocando o instrumento a captar a conversa telefônica.

Ainda segundo Capez (2007, p. 500), o delito previsto na segunda parte do artigo 10 também admite a forma tentada se, por exemplo, “o agente (juiz, promotor de justiça, perito, escrivão, etc.) envia uma carta aos comunicadores

avisando-os da existência de grampo telefônico, mas a carta é apreendida por terceiros”.

#### **8.10.7 A questão da revogação ou não da parte final do inciso II do §1º do artigo 151 do Código Penal**

Com o advento da Lei nº 9.296/96, passou-se a questionar se o inciso II do §1º do artigo 151 do Código Penal, teria sido ou não derogado pelo artigo 10, que acabamos de ver.

O inciso II do §1º do artigo 151 do Código Penal prevê sobre o crime de violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica, ou seja, pune aquele que divulga, transmite a outrem ou utiliza para qualquer fim o conteúdo da conversa.

O questionamento que surge é o seguinte: a segunda parte do artigo 10 da lei ora em estudo, o qual prevê a punição para aquele que “quebrar segredo de justiça”, ao entrar em vigor, derogou o inciso II do §1º do artigo 151 do Código Penal, que também o prevê punição para aquele que violar comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica?

Para Fernando Capez (2007, p. 522), não houve derrogação pelas seguintes razões:

A segunda parte do artigo 10 é delito próprio, ou seja, somente aquelas pessoas autorizadas legalmente a participar do procedimento de interceptação telefônica (juiz, promotor de justiça, delegado de polícia, escrivão, peritos, advogado) podem quebrar o segredo de justiça, ao passo que o crime do artigo 151, §1º, II, do CP é considerado crime comum, pois qualquer pessoa pode divulgar, transmitir a outrem ou utilizar para qualquer fim o conteúdo da conversa telefônica, sem que esta constitua segredo de justiça, em decorrência de procedimento judicial, até porque, quando o artigo 151 foi criado, a Lei de Interceptação Telefônica nem existia.

## **9 DA PENALIZAÇÃO DO USO DE CELULARES EM PRESÍDIOS**

## **9.1 Noções Preliminares**

Constantemente, os veículos de comunicação noticiam dando conta do acesso fácil e irrestrito de aparelhos de telefonia celular aos condenados que cumprem pena em estabelecimentos prisionais.

O instrumento eletrônico tem servido à satisfação dos desejos pessoais dos reclusos, bem como meio de facilitação da comunicação entre indivíduos encarcerados em distintos estabelecimentos penais com a finalidade de, em unidade de desígnios, planejar, arquitetar e consumir, concomitantemente, movimentos subversivos da ordem e disciplina de vários destes estabelecimentos, além de promover, fora dos limites dos presídios, atos atentatórios à segurança da sociedade e de seus indivíduos.

O artigo 49 da Lei nº 7210/84 (Lei de Execução Penal - LEP) classifica as faltas disciplinares em leves, médias e graves, atribuindo competência à legislação local para regular, tão somente, as duas primeiras. Assim, é reconhecida a competência privativa da União para tratar dessa última.

Consecutivamente, o artigo 50 do destacado diploma, arrola as condutas que, quando praticadas por condenados à pena privativa de liberdade, constituem falta grave e podem ensejar a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

Observe-se que, nesse rol não havia menção à posse de aparelho celular pelo preso, o que se mostrava como óbice para o reconhecimento da falta grave, uma vez que no Direito Penal é vedada a analogia "in malam partem".

Não há sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar (art. 45, caput, da LEP). A falta disciplinar está condicionada aos princípios da legalidade e anterioridade.

### **9.1.1 Dados estatísticos**

A história do telefone celular no Brasil começa em 1990.

Na época, segundo dados da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), o país contava com 667 aparelhos, número que passou para 6.700 unidades no ano seguinte, ultrapassou os 30 mil em 1992 e chegou a 47.865.593 telefones celulares em fevereiro de 2004.

Atualmente, o Brasil tem quase 50 milhões de aparelhos (in [http://www.atarde.com.br/especiais/telefoniamovel/mat\\_histbrasil.php](http://www.atarde.com.br/especiais/telefoniamovel/mat_histbrasil.php)).

Em 1984 (ano em que entrou em vigor a Lei de Execuções Penais) não era possível taxar como falta grave a posse de telefone celular, porque nem ao menos sua história tinha se iniciado no Brasil.

## **9.2 Resolução nº 113 da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo**

Note-se, que a Resolução nº 113, da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo prevê, expressamente, como falta grave, o porte de aparelho celular por detento.

De acordo com o nosso entendimento, a aludida resolução ultrapassou os limites estabelecidos pelo artigo 49, da Lei 7210/84, extrapolando a delegação legislativa concedida para que os estados membros legislem sobre regime disciplinar prisional. Assim, diante dessa conduta do preso, não se pode cogitar o reconhecimento de falta grave, bem como a sua inserção no RDD, sendo apenas possível aplicar-lhe uma das demais sanções disciplinares previstas do artigo 53, da LEP.

Enfrentando o tema, não quanto ao mérito, mas tão-somente quanto ao conflito de competência legislativa sobre matéria de execução penal instaurado entre

União e Estado membro, recentemente manifestou-se a Quinta Turma do STJ, no HC 49.163/SP:

O rol previsto no art. 50 da LEP é taxativo, pois ao legislador local cabe apenas definir as faltas de natureza média e leve (art. 49 da LEP), excluído enumerar as faltas graves. Ora, na espécie, o Estado de São Paulo extrapolou o comando do art. 49 da LEP, visto que estabeleceu como sendo falta grave o porte de aparelho de telefonia celular ou seus componentes do interior dos presídios. Logo, a Turma concedeu a ordem para que seja retirada a anotação da falta na folha de antecedentes e no roteiro de penas do paciente.

### **9.3 Posição dos Tribunais Superiores antes do advento da Lei nº 11.466/07**

Antes do advento da Lei nº 11.466/07, os Tribunais Superiores vinham, reiteradamente, confirmando seu posicionamento no sentido de que não comete falta disciplinar grave o preso que possui aparelho celular, justamente em razão da inexistência de previsão no ordenamento jurídico pátrio, sustentando, ademais, que a Resolução nº 113 da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo ultrapassava os limites legislativos que lhes foram concedidos pela Constituição Federal.

Interessante ressaltar que, o Superior Tribunal de Justiça nunca foi conivente com o uso de telefones celulares nos presídios brasileiros. Todavia, em respeito à legislação vigente, o entendimento dos ministros não é que o uso de celulares deva ser permitido dentro das prisões, mas apenas que a posse desse aparelho não pode ser considerada falta grave.

Não se trata, portanto, de um benefício concedido pelo tribunal à população carcerária, mas sim do atendimento ao disposto expressamente – para cada caso concreto – na legislação sobre o assunto, especificamente a Lei de Execuções Penais (LEP), Lei n. 7.210/84.

O STJ concedeu três habeas-corpus - o primeiro foi julgado em fevereiro deste ano, muito antes dos acontecimentos graves que se verificaram em São Paulo no mês de maio. Nestes casos, o que houve foi que a comissão de

sindicância considerou falta grave a posse de telefone celular por um determinado detento. Antes disso, o juízo da execução penal decretou que, a cada três dias de trabalho, o preso tem direito de ver descontado um dia da pena a ser cumprida. Com a falta grave, o preso perdeu o desconto dos dias. E se insurgiu quanto a essa perda dizendo que o artigo 50 da Lei de Execuções Penais - há o laudo taxativo - não prevê como falta grave a posse de celular.

Só que, para que os tribunais brasileiros reconhecessem ser tal uso falta grave capaz de autorizar a perda do benefício de remição de pena por parte dos presos, seria necessária uma mudança na legislação penal, algo que evidentemente só poderia ser realizado pelo Poder Legislativo.

Em um caso prático (ANEXO D), a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirmou o entendimento de que a posse de celular pelo preso não está entre as faltas graves listadas no artigo 50 da LEP. O julgamento se deu tão-somente sob o prisma da remição da pena. A decisão, unânime, baseou-se em voto do ministro Gilson Dipp proferido no julgamento de um habeas-corpus (HC 45278) em favor de Celso Aparecido dos Santos, preso em Araraquara, São Paulo, que foi condenado à pena de 21 anos e cinco meses por homicídio qualificado (artigo 121, parágrafo 2º, CP) e furto qualificado (artigo 155, parágrafo 4º, CP).

Como o preso foi flagrado com o celular e o respectivo carregador, uma comissão de sindicância do presídio considerou a falta grave, e o Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Araraquara o puniu com a perda dos dias descontados da pena em troca dos dias trabalhados dentro do presídio. A Justiça paulista considerou grave a falta.

Na sua decisão, o ministro Dipp destacou que a jurisprudência do STJ aceita como uma pena válida a perda dos dias remidos pelos presos, não admitindo que esses dias sejam considerados direitos adquiridos. O ponto é apenas que, no caso, o uso do celular não pode ser considerado falta grave a justificar a perda do benefício dos dias trabalhados, porque a Lei das Execuções Penais não a descreve como grave. Em nenhum momento a decisão tratou da legalidade do uso de celulares por presidiários.

O ministro Gilson Dipp esclarece que o uso nos presídios é proibido. O que falta é fiscalização, monitoramento, falta que se possibilite tirar o sinal que permite a utilização de tais aparelhos dentro dos presídios, assevera.

Segundo a decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, cujo relator foi o Ministro Gilson Dipp, em habeas corpus favorável a Celso Aparecido dos Santos, preso em Araraquara, no interior de São Paulo. O Ministro enfatizou, entre outras coisas, que, para ser considerada grave, a falta deve estar necessariamente listada na LEP. Celso Aparecido é condenado a uma pena de 21 anos e cinco meses por homicídio e furto qualificado. Durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, foi flagrado em sua cela com um celular e um carregador. Uma comissão de sindicância do presídio considerou a falta grave e o Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Araraquara puniu o sentenciado. A defesa dele alegou que a punição constitui constrangimento ilegal, pois o artigo 50 da LEP não prevê a posse de celular como falta grave. A tese acabou sendo acatada pelo STJ. Segue a ementa do acórdão, in verbis:

CRIMINAL. HC. EXECUÇÃO DA PENA. PORTE DE TELEFONE CELULAR E ACESSÓRIOS. FALTA GRAVE. RESOLUÇÃO DA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. PERDA DOS DIAS REMIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

Hipótese em que se alega a ocorrência de violação ao princípio da legalidade a punição do paciente, com a perda dos dias remidos, com fulcro em Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária que determina ser falta de natureza grave o condenado portar aparelho de telefone celular. Não se caracteriza como constrangimento ilegal a decretação de perda dos dias remidos pelo Juízo da Execução, quando demonstrada a ocorrência de falta grave durante o período de cumprimento da pena privativa de liberdade, ex vi do art. 127 da Lei n.º 7.210/84.

Precedentes.

Resolução da Secretaria da Administração Penitenciária, ao definir como falta grave o porte de aparelho celular e seus componentes e acessórios, ultrapassou os limites do art. 49 da Lei de Execuções Penais, o qual dispõe que a atuação do Estado deve restringir-se à especificação das faltas leves e médias.

Se a hipótese dos autos não configura falta grave, resta caracterizado constrangimento ilegal decorrente da decretação da perda dos dias remidos pelo trabalho do paciente. Precedente da Turma.

Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática que decretou a perda dos dias remidos pelo paciente. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

(Processo HC 45278 / SP ; HABEAS CORPUS 2005/0106352-2 Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 20/04/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 15.05.2006 p. 245)

#### **9.4 Interpretação evolutiva da LEP**

É certo que antes do advento da Lei nº 11.466/07 a posse de celular dentro do presídios não era considerada falta grave pela Lei de Execuções Penais. Entretanto, dever-se-ia submeter tal diploma legal à uma interpretação evolutiva.

Nessa seara, ensina Miguel Reale (1998, p. 284):

Feita a lei, ela não fica, com efeito, adstrita às suas fontes originárias, mas deve acompanhar as vicissitudes sociais. É indispensável estudar as fontes inspiradoras da emanção da lei para ver quais as intenções do legislador, mas também a fim de ajustá-las às situações supervenientes.

Como se vê, é inegável que a intenção do legislador, ao incluir dentre as faltas graves a posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem, é evitar que os sentenciados pratiquem delitos dentro dos presídios.

Em razão da possibilidade de sua utilização no planejamento e determinação de delitos, a posse de telefone celular ajusta-se com perfeição art. 50, inciso III, da Lei de Execuções Penais, que veda a posse de qualquer instrumento que possa ser utilizado em crimes contra a integridade física de outrem.

#### **9.5 É apresentado, no Senado, projeto de lei para incluir expressamente a posse de telefone celular dentre as faltas graves**

Em 2006, um dos projetos de lei incluídos no pacote de segurança pública do Senado, de autoria do senador César Borges, intentava transformar em falta grave a posse e utilização de telefones celulares por presos no interior de presídios (anexo E).

### **9.6 Da penalização do uso de celulares em presídios - Lei nº 11.466/07**

Finalmente, para dirimir divergências, entrou em vigor, no dia 29 do mês de março, a Lei 11.466/07 (anexo F), que altera a Lei nº 7.210/84 - Lei de Execução Penal, e o Decreto- Lei nº 2.848/40 - Código Penal, para prever como falta disciplinar grave do preso e crime do agente público a utilização de telefone celular nas dependências de presídio.

Como se vê, referida lei alterou o artigo 50 da Lei de Execuções Penais, considerando a posse de celulares em presídios falta grave.

Ademais, acresceu o artigo 319-A ao Código Penal, o qual prevê como crime a conduta do Diretor de Penitenciária e/ou agente público que deixar de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, permitindo a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

### **9.7 Da necessidade da criminalização do uso de celulares em presídios**

A utilidade do telefone celular no planejamento e determinação de crimes é óbvia. A própria justificativa do Projeto de Lei do Senado nº136/2006 reconhece a utilidade do celular na articulação e comando de ações criminosas. O telefone celular é instrumento apto à prática de uma série de delitos, que lesam, dentre outros bens jurídicos, a integridade física e a vida.

De acordo com depoimento do delegado Godofredo Bittencourt Filho, diretor da polícia de São Paulo, à CPI do Tráfico de Armas, o celular hoje é a arma mais perigosa nas mãos do crime organizado. "O celular dentro de cadeia é mais

perigoso do que 10 fuzis na rua. Vou deixar bem claro para o senhor: um celular é mais perigoso do que 10 fuzis na rua", reiterou o delegado.

Assim, em que pese a Lei nº 11.466/07 tenha considerado como falta grave a posse de celular em presídio, *data vênia*, entendemos que tal medida, apesar de plausível, não é totalmente eficaz.

A simples inclusão da posse de celular em presídio no rol das faltas consideradas graves do artigo 50 da Lei de Execução Penal afigura-se insuficiente. É necessário que tal ato seja considerado crime e não apenas falta grave, haja vista que as atividades das facções criminosas têm como pilar notoriamente conhecido a utilização de celulares em presídios.

Outrossim, o tipo penal deve abranger também as pessoas que vão visitar o preso, inclusive seus advogados. Criminalizar o uso ou porte de celular em penitenciárias desencorajará as pessoas que visitam ou prestam assistência aos criminosos condenados de se arriscarem a ser punidas. Criando empecilhos para os colaboradores, estaremos arrancando as raízes dessas facções criminosas e tornando nossa sociedade mais segura.

## 10 CONCLUSÃO

De acordo com grande parte dos historiadores, profissionais de segurança pública, a criminalidade organizada, especialmente a narcocriminalidade, tem evoluído significativamente nos últimos anos, adquirindo estruturas complexas e cuja capacidade operativa supera as das clássicas organizações de delinqüentes, razão pela qual os meios tradicionais de investigação se mostram insuficientes.

Nos últimos anos, com inúmeras rebeliões coordenadas simultaneamente, bem como o assassinato de várias pessoas, o crime organizado mostrou de onde partem os comandos criminosos: de dentro dos próprios presídios. Comandam, traficam, matam, roubam, tanto com o objetivo de obter vantagem econômica ou material indevida, como para demonstrar controle e domínio pela difusão do medo.

Devido à dificuldade em se adquirir provas contundentes no caso do crime organizado, medidas como interceptações telefônicas e ambientais têm sido permitidas pelo ordenamento jurídico de vários países.

Assim, uma vez que o uso da interceptação telefônica como combate ao crime organizado torna-se cada vez mais útil, necessário se faz o emprego de tal medida, mesmo que em detrimento do direito à intimidade, o qual sucumbe ao direito à segurança de toda a população.

Ademais, nenhuma liberdade individual é absoluta, haja vista que comporta exceções para preservar os ditames da lei. Assim, torna-se possível, observados os requisitos constitucionais e legais, a interceptação das comunicações telefônicas e de dados, sempre que as liberdades públicas (no caso, o direito à intimidade), estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguardas, como um escudo protetivo de práticas ilícitas.

O direito à intimidade não pode se sobrepor ao interesse público nem ser utilizado para encobrir a prática de atividades criminosas.

Outrossim, é certo que todos são iguais perante a lei, assegurado, dentre outros, o direito à liberdade, o qual engloba o direito à intimidade. Todavia,

ressalte-se que quando o assunto envolve a intimidade de um detento, devemos analisá-lo com ressalvas.

Quando um indivíduo é condenado à uma pena privativa de liberdade ele tem, conseqüentemente, seu direito à liberdade restringido e, da mesma forma, seu direito à intimidade também.

Ademais, como dito anteriormente, os direitos fundamentais não devem ser considerados de forma absoluta.

Ora, se não devemos considerar absolutos os direitos fundamentais do cidadão de bem, que leva sua vida dignamente, com muito mais razão ainda não devemos o fazer com relação aos direitos individuais daqueles que nunca lutaram ou zelaram por eles.

O direito à intimidade do detento deve ser analisado com ressalvas, haja vista que se o considerarmos como sendo absoluto, estaremos desamparando a sociedade por completo.

No tocante à discussão sobre a utilização da interceptação telefônica dentro dos presídios devemos sempre levarmos em consideração o Princípio da Proporcionalidade, o qual já foi minuciosamente explanado acima, uma vez que tem-se que sopesar o que vale mais: a segurança de toda uma sociedade ou a intimidade de um detento?

Destarte, levando-se em consideração a realidade fática atual, apenas interceptar conversas telefônicas já não é mais suficiente para o êxito das operações da polícia.

Tendo em vista o “vazamento” de informações e, conseqüente publicação diária na mídia de que interceptações telefônicas estão sendo realizadas, os interceptados estão se precavendo e não estão mais articulando crimes em conversas telefônicas.

Acompanhando a modernidade, eles agora o fazem por meio de mensagens eletrônicas (e-mails), bem como por mensagens SMS, mais conhecidas como ‘torpedos’. Os telefones celulares de ultima geração são capazes, inclusive, de acessar e mandar e-mail e até mesmo acessar o “MSN Messenger”, o qual consiste em um *software* que proporciona aos seus usuários mensagens instantâneas.

Por essa razão, o acompanhamento dos passos dos suspeitos tem sido feito em diversas frentes e a interceptação de conversas telefônicas é apenas uma dessas opções.

Como se vê, a restrita interceptação de conversas telefônicas não tem se demonstrado suficiente, motivo pelo qual se faz necessária também a interceptação de dados para que a lei em comento atinja um resultado prático e útil.

As comunicações de dados podem e devem ser interceptadas quando da ocorrência de necessidade de se resguardar interesse ou direito constitucional de igual relevância, através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Há quem sustente que a Constituição de 1988 teria delegado à regulamentação infraconstitucional, somente a interceptação das ligações telefônicas, vedando-se, absolutamente, a “quebra” do sigilo de correspondências, das comunicações telegráficas e dos dados.

Todavia, esse entendimento levaria à insustentável conclusão de que as correspondências e os dados teriam sido protegidos de forma ainda mais rígida do que o próprio direito à vida, já que, enquanto aqueles seriam absolutamente invioláveis, esse poderia ser sacrificado em algumas situações excepcionais, como no caso da legítima defesa.

O Direito Brasileiro não contempla, nem nunca contemplou, direitos absolutos. Nenhuma liberdade individual é absoluta, haja vista que comporta exceções para preservar os ditames da lei. Assim, torna-se possível, observados os requisitos constitucionais e legais, a interceptação das correspondências e das comunicações telegráficas e de dados, sempre que as liberdades públicas (no caso, o direito à intimidade), estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguardas, como um escudo protetivo de práticas ilícitas.

O Supremo Tribunal Federal vem consagrando a exegese do bom senso, da boa técnica interpretativa e do interesse público. Admitir-se que a autorização constitucional refira-se apenas às comunicações telefônicas, impossibilitando o acesso aos dados, constituiria-se em grave afronta a um dos mais mezinhos princípios jurídicos, qual seja, aquele que celebra a inexistência de liberdades individuais absolutas, sobretudo quando elas se prestam à salvaguarda

da prática de atos ilícitos, e como tais, sempre contrários aos interesses da sociedade.

Desta feita, se entendemos que o parágrafo único do artigo 1º da lei ora em estudo é inconstitucional posto que autoriza a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, as quais ocorrem por intermédio da transferência de dados, estaremos favorecendo o crime em detrimento da colheita eficaz de provas, ou seja, estaremos de mãos atadas diante da nova tecnologia que se impõe no segmento de telecomunicações.

## BIBLIOGRAFIA

ARANHA, José Alberto Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARAÚJO SILVA, Eduardo. **Crime organizado**. São Paulo: Atlas, 2003.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BANDEIRA, Gustavo. A interpretação do fluxo de comunicações por sistemas de informática e sua constitucionalidade. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 55, p. 32-42, abr./jul. 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. 2 v.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Lisboa: Medina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: legislação penal especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

EDERLYI, Maria Fernanda. Gravação interpretada. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jun. 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/56347,1>>. Acesso em: 6 jun. 2007.

FERNANDES, Antônio Scarance. A lei de interceptação telefônica. In: JUSTIÇA penal- 4: provas ilícitas e reforma pontual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: Considerações sobre a Lei no 9.296 de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoque criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: Lei 9.296 de 24/07/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista CEJ**, Brasília, n. 3, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo16.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

JESUS, Damásio Evangelista de. Interceptação de comunicações telefônicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, n. 735, p. 458-473, jan. 1997.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Alterações ao Código Penal e Processual Penal**. 2. ed. São Paulo: LED, 1996.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

BARBOSA, Moreira José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista Forense**, São Paulo, v. 337, jan/mar, p. 134, 1997.

NASCIMENTO, Tupinambá. **Comentários à Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NERY JR., Nelson. Proibição da prova ilícita: novas tendências do direito. In: **JUSTIÇA Penal - 4**. São Paulo: RT, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PINHEIRO, Aline. Estado policial. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 jun. 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/56642,1>>. Acesso em: 17 jun. 2007.

PRADO, Geraldo. A interceptação das comunicações telefônicas e o sigilo constitucional de dados operados em sistemas informáticos e telemáticos. **Boletim IBCCim**, São Paulo, n. 55, p. 13-14, jun. 1997.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SÍLVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luis Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 7. ed. São Paulo: RT, 1999.

TOGNOLLI, Cláudio Julio e PINHEIRO, Aline. Advocacia grampeada. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 jun. 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/56847,1>>. Acesso em: 21 jun. 2007.

**ANEXO A** – Lei nº 9.296/96 – Lei de Interceptações Telefônicas

## **Presidência da República**



### **Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos**

#### **LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996.**

art. 5º, inciso XII da Constituição Federal

Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 24 de julho de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDOHENRIQUE CARDOSO

*Nelson A. Jobim*

**ANEXO B** – Projeto de Lei nº 3.514/89 – Projeto de Lei Miro Teixeira

**PROJETO DE LEI**  
**SOBRE ESCUTAS TELEFÔNICAS**

**EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS**

1. A Constituição Brasileira de 1998, ao mesmo tempo em que afasta do processo as provas obtidas por meios ilícitos, considerando-as inadmissíveis (inciso LVI do artigo 5º), expressamente permite exceção à regra da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (inciso XII do mesmo dispositivo).

Assim fazendo, o legislador constituinte as modernas tendência legislativas das democracias ocidentais, que se preocupam em banir do processo as denominadas “provas ilícitas”, sem contudo privar por completo o Estado de meios poderosos de busca das provas, no combate às formas mais sofisticadas de criminalidade.

Era preciso, pois, que a lei desse conteúdo à precisão de artigo 5º, XII, CF, estabelecendo os limites em que há de ser contida a permissão constitucional. E é esse preciso regime legislativo que o Projeto vem apresentar.

2. O Projeto é o resultado dos estudos de Grupo de Trabalho formado pelo Deputado Michel Temer, Relator da Comissão Especial sobre Crime Organizado, por sua vez constituída na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Para chegar ao resultado final, o Grupo serviu-se dos subsídios da legislação estrangeira mais avançada, compediada no volume “*Intercettazioni telefoniche e rispetto della vita privata*”, publicado pela Secretaria Geral da Câmara dos Deputados da Itália, em 1973, na Coletânea *Quaderni di studio e legislazione*. Deteve-se, ainda, na legislação sucessiva, como a Lei italiana nº 191, de 8 de maio de 1978, o Código de Processo Penal português e o novo Código de Processo Penal italiano, promulgado em 1988, para entrar em vigor em outubro de presente ano. Não se olvidaram a doutrina e a jurisprudência nacionais e estrangeiras, em parte referidas na obra *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas* (Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1982), de Ada Pellegrini Grinover, integrante do Grupo, acrescentando-lhes as sucessivas.

As fontes mais diretas da disciplina legislativa ora proposta foram o Código de Processo Penal da República Federal da Alemanha (artigos 100a e 100b, introduzidos pela Lei de 13 de agosto de 1968), o Código de Processo Penal italiano ainda em vigor (arts. 226-ter a 226-sex ies, introduzidos pela Lei nº 191, de 18 de maio de 1978) e o novo Código de Processo Penal Italiano, em período de *vacatio legis* (arts. 226 a 271). Mas o Grupo não procedeu à mera importação de direito estrangeiro, preocupando-se com a realidade brasileira, à qual as adptou.

3. O Projeto inicia o capítulo I (“Da Admissibilidade” com a enumeração das modalidades de limitação da liberdade e do sigilo das comunicações telefônicas, que são o impedimento, a interrupção, a interceptação, a escuta e a gravação. A formulação foi tomada no novo CPP italiano, pertencendo também ao domínio doutrinário a distinção entre *interceptação stricto sensu* (como escuta telefônica feita

por um terceiro sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores) e escuta (que ocorre por obra de terceiro, mas com o conhecimento de um dos interlocutores). A gravação apode acompanhar a interceptação e a escuta, como também pode ser feita, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro. A nomenclatura é importante por determinar algumas diferenças no tratamento legislativo.

Ainda no art, 1º, o Projeto arrola taxativamente os crimes para cuja investigação ou processos as operações referidas são admissíveis. Aqui também o Grupo se inspirou nas legislações estrangeiras, com particular atenção para o crime organizado. O homicídio qualificado e o roubo seguido de morte, incluídos no elenco, denotam a preocupação com o valor *vida*: e a ameaça ou injúria cometidas por telefone, também apontadas na legislação italiana, são incluídas no rol por sua prática freqüente mediante comunicações telefônicas.

Logo de início, o Projeto se preocupa em resguardar o sigilo das comunicações com o defensor, considerando-as indevassáveis.

Já no Capítulo II (“Da Autorização Judicial”) cuida-se do requerimento para realização das operações e da autorização do juiz competente, que só poderá ocorrer em face dos requisitos da plausibilidade (*fumus boni iuris*) e da indispensabilidade da medida (*periculum in mora*). É que as operações, destinando-se a buscar e assegurar prova, enquadram-se na coação processual *in re*, e o provimento que as autoriza tem natureza cautelar, só se justificando na presença dos citados requisitos. A autorização é prévia, com a única exceção da escuta telefônica executada mediante consentimentos de um dos interlocutores: aqui, havendo urgência, permitiu-se a imediata realização da operação, com convalidação judicial no prazo máximo de 24 horas, pois a experiência – recolhida pelas legislações estrangeiras – mostra a necessidade de pronta intervenção, em casos como o de seqüestro, em que a família da vítima consente a realização da escuta. De qualquer modo, os parágrafos do art. 4º desdobram-se nas necessárias cautelas, inclusive com o impedimento de utilizar as provas assim colhidas em caso de falta de convalidação judicial. Finalmente, o Projeto fixa prazo para a realização das operações e exige do juiz a indicação da modalidade de operação autorizada.

As operações técnicas vêm tratadas no Capítulo III, onde se contempla a necessidade de auto circunstanciado, imediatamente encaminhado ao juiz, junto com as fitas gravadas. Prevê-se a ciência do MP, ao suspeito ou acusado e ao defensor, tão logo se possa das sem prejuízo das investigações. Assegura-se a escuta das fitas pelas partes, com indicação, inclusive pela autoridade policial, do que se deve gravar. A degravação e a destruição dos trechos restantes pelo juiz é objeto de decisão submetida a agravo, com efeito suspensivo. O depósito das fitas em cartório, com a possibilidade de reprodução pelas partes, tem por objetivo permitir eventual impugnação da autenticidade da prova. Tudo é feito em procedimento judicial de natureza cautelar, cercado pelas garantias do contraditório e da defesa, inclusive técnica.

O Capítulo IV (“Da Utilização da prova resultante das Operações”) veda a utilização, em prejuízo da defesa, da prova quando colhida em desacordo com as modalidades e formas previstas na lei; e ainda quando se pretende utilizá-la em processo ou investigação relativos a crimes diversos daquele para o qual a autorização foi dada, ressalvada a hipótese de o outro crime ser um dos previstos na lei. A postura do Projeto acompanha a orientação da doutrina e da jurisprudência estrangeiras, no sentido de acolher a prova *pro reo*, conquanto obtida por meios ilícitos, em face do valor *liberdade*, que se sobrepõe ao valor *intimidade*.

O Projeto encerra-se com as “Disposições Finais” (Capítulo V), onde é tipificada como crime a conduta consistente na realização das operações fora dos casos, modalidades e formas nele previstas, determinado-se, ainda, o segredo de Justiça para os inquéritos e processos que contiverem elementos informativos ou provas obtidas de acordo com suas disposições. E finalmente uma norma de encerramento descaracteriza a ilicitude da prova, no caso de gravação de conversa entre presentes feita por um dos interlocutores, mas somente para que possa servir como prova de direito seu ameaçado ou violado: doutrina e jurisprudência estrangeiras têm equiparado a hipótese à de legítima defesa.

4. Com essas características, o Projeto disciplina minuciosamente a delicada matéria de que cuida a parte final do inciso XII do art. 5º da CF, legitimando com discernimento as exceções à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, rigorosamente contidas nos lindes constitucionais, na busca do justo equilíbrio entre as garantias da pessoa e o interesse social na investigação e repressão das crimes mais graves.

#### LEI Nº ....

Disciplina o inciso XII, “in fine”, do artigo 5º da Constituição Federal e dá outras providências.

### Capítulo I

#### DA ADMISSIBILIDADE

Art. 1º - O impedimento, a interrupção, a interceptação, a escuta e a gravação das comunicações telefônicas somente são admissíveis nos casos de investigações policiais e processos penais relativos aos seguintes crimes;

- I – terrorismo;
- II – tráfico de substância entorpecentes e drogas afins;
- III – tráfico de mulheres e subtração de incapazes;
- IV – quadrilha ou bando;
- V – contra a ordem econômica e financeira;
- VI – falsificação de moedas;
- VII – extorsão simples e extorsão mediante seqüestro;

### Capítulo II

#### DA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Art. 3º - A requerimento do Ministério Público ou autoridade policial, o juiz competente, em decisão motivada, poderá autorizar as operações referidas no art. 1º, quando houver indícios suficientes ou da tentativa dos crimes nele previstos e as medidas forem absolutamente indispensáveis para as investigações ou a asseguuração da prova.

Parágrafo único – Nos casos do inciso X do artigo 1º, a iniciativa do requerimento poderá ser do ofendido ou de seus representantes legais.

Art. 4º - Quando um dos interlocutores consentir na escuta telefônica, a autoridade policial poderá efetuar-la, desde que do atraso possa derivar prejuízo para as investigações, não podendo haver recusa da empresa de telefonia.

§1º - Neste caso, a autoridade policial comunicará, no prazo máximo de 24 horas, a realização da escuta ao juiz, que a poderá convalidar, autorizando, se necessário, o prosseguimento das investigações.

§2º - Os resultados da escuta, não convalidados pelo juiz no prazo de três dias a contar da comunicação, não poderão ser utilizados como prova.

Art. 5º - A decisão do juiz deverá indicar a modalidade e duração das operações autorizadas, que não poderá ultrapassar o prazo de trinta (30) trinta dias, renovável por períodos iguais e sucessivos, desde que permaneçam os pressupostos indicados no art. 4º.

### **Capítulo III** **DAS OPERAÇÕES TÉCNICAS**

Art. 6º - As operações de impedimento, interrupção, interceptação, escuta e gravação das comunicações telefônicas serão efetuadas pela empresa de telefonia, polícia judiciária ou Ministério Público.

Parágrafo único - Os custos das operações técnicas efetuadas pelas empresas de telefonia serão reembolsados pela União ou pelos Estados, em razão da competência.

Art. 7º - O auto circunstanciado das operações previstas nesta lei será imediatamente encaminhado ao juiz, junto com as fitas gravadas ou elementos análogos.

§1º - Do auto e do resultado da operação será dada ciência ao MP, ao suspeito ou acusado e a seu defensor, tão logo o juiz considera que ela não resultará prejuízo ao prosseguimento das investigações.

§2º - A partir desse momento e no prazo de dez dias, poderão as partes examinar os autos e escutar as gravações, indicando os trechos cuja degravação pretendem, facultada à autoridade policial igual iniciativa dentro do mesmo prazo.

§3º - O juiz determinará a transcrição dos trechos indicados que não sejam manifestamente irrelevantes e impertinentes e de outros que considere convenientes, decidindo a respeito da destruição do material restante.

§4º - Da decisão cabe agravo com efeito suspensivo.

§5º - A transcrição das gravações instruirá os autos, conservando-se em cartório as fitas magnéticas ou elementos análogos.

§6º - É permitido às partes extraírem cópias das transcrições e reproduzirem as gravações.

### **Capítulo IV**

#### **DA UTILIZAÇÃO DA PROVA RESULTANTE DAS OPERAÇÕES**

Art. 8º - Os resultados das operações técnicas não podem ser utilizados para a instrução de processos ou investigações relativos a crimes diversos daqueles para os quais a autorização foi dada, salvo quando se tratar de crime constante no artigo 1º, hipótese em que se observará o disposto no artigo 7º.

Art. 9º - Não poderão ser utilizados em prejuízo da defesa os resultados das operações técnicas efetuadas foras das hipóteses do art. 1º ou das modalidades e formas previstas nesta lei.

## **Capítulo V**

### **DISPOSIÇÕES FINAIS**

Art. 10 – Ressalvadas as prerrogativas do Ministério Público e do defensor, correrão em segredo de justiça os inquéritos e processos que contiverem elementos informativos ou provas obtidos na forma desta lei.

Art. 11 – A realização as operações técnicas fora dos casos, modalidades e forma estabelecidos nesta lei constitui crime, sujeitando-se seus autores às penas de detenção, de um mês a um ano, e multa.

Art. 12 – Não se considera ilícita a gravação de conversa entre presentes feita por um dos interlocutores, quando se destinar à prova de um direito seu ameaçado ou violado.

Ada Pellegrini Grinover  
Agenor Nakazone  
Antonio Scarance Ferandes  
Hany Salim Dib  
Rosana Chiavassa de Paula Lima  
Vanderlei Aparecido Borges

## ANEXO C – Denúncia

### Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito de Uma das Varas Criminais da Comarca da Capital

#### Autos do inquérito policial Nº 6 (DIG de Presidente Prudente)

Consta do incluso inquérito policial que, no período compreendido entre dia incerto do mês de maio de 2006 e 28 de junho de 2006, em operações concatenadas, envolvendo várias cidades do Estado de São Paulo, entre elas São Paulo — Capital, Santos, Presidente Prudente, Presidente Venceslau, Itirapina, Mirandópolis, Getulina e Junqueirópolis.

Os advogados **VALÉRIA DAMMOUS**, qualificada a fls. 94 e 640, **LIBÂNIA CATARINA FERNANDES COSTA**, qualificada a fls. 295 e **EDUARDO DIAMANTE**, qualificado a fls. 549 e 618, agindo em concurso com os presos **ORLANDO MOTA JÚNIOR**, conhecido por “**Macarrão**”, qualificado a fls. 553, **CLÁUDIO ROLIN DE CARVALHO**, conhecido por “**Polaco**”, qualificado a fls. 573 e **ANDERSON DE JESUS PARRO**, conhecido por “**Moringa**”, qualificado a fls. 626, integrantes da cúpula da facção criminosa denominada Primeiro Comando da Capital — PCC, com unidade de propósitos, todos voltados para um fim comum, juntamente com outras pessoas ainda não identificadas, associaram — se em quadrilha para o fim de cometerem crimes diversos, tais como o de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, extorsões, seqüestros, cárceres privados, homicídios, motins, dano ao patrimônio público, entre outros, utilizando — se, para tanto, de armas de fogo.

#### 1. HISTÓRICO DA FACÇÃO

Segundo evidenciado, a organização criminosa hoje denominada Primeiro Comando da Capital — PCC foi formada no ano de 1.993 e tinha por meta inicial a prática de extorsões contra detentos e seus familiares e a idealização e determinação de execuções de outros presos, adversos a ela, visando dominar o sistema carcerário, realizando o tráfico de entorpecentes no interior dos presídios e cadeias públicas.

Com o passar dos anos acabou por estender suas operações, passando também a realizar inúmeros crimes fora dos presídios.

Formou — se, assim, a quadrilha, da qual são, hoje, integrantes ativos os ora denunciados. Seus membros se congregaram com o fim predeterminado de abusar da superioridade numérica no sistema para a obtenção de lucro ilícito e, tendo plena consciência do papel que cada qual cumpria na organização, puseram em execução o programa de seu recíproco

interesse aproveitando — se para isto de pessoas que se encontravam fora do sistema penitenciário. Assim, para êxito do projeto, houve uma sofisticada divisão de trabalho.

Tal estrutura, basicamente piramidal, contou em seu topo com os chamados “Fundadores” ou aqueles que, em virtude de seu mister criminoso, alçaram uma posição de prestígio dentro da entidade criminosa, quer por matar outros presos, quer por executar ações cujo retorno fosse especialmente proveitoso para a organização.

O Primeiro Comando da Capital conseguiu ampliar suas atividades e logrou obter a atenção da mídia e, embora seus membros ao menos no início não fossem individualizados, o grupo fazia questão de assinalar as ações praticadas em seu nome, principalmente nos primeiros tempos de atividade, marca registrada que se vê até no presente momento, em especial por ocasião dos atentados à população civil e policiais civis e militares.

O apogeu da facção criminosa teve lugar por ocasião da maior rebelião prisional de que se tem notícia no mundo, a chamada megarebelião. Tal rebelião envolveu vários presídios com ações simultâneas.

O símbolo da organização (P.C.C.), inicialmente disfarçado, vinha grafado em forma numérica (15.3.3.), não somente nas armas da organização criminosa, como também em locais públicos dominados por ela; como foi o caso do complexo prisional do Carandiru, hoje demolido.

Posteriormente, por ocasião do aniversário de um ano da chamada megarebelião, a facção novamente demonstrou seu poder e realizou diversas ações de grande porte dentro do sistema prisional (motins, rebeliões, etc).

Aproveitando — se do manto da generalidade e convencidos seus integrantes de proteção da resposta penal às suas condutas, tais ações foram praticadas sempre pelo mesmo grupo e com as mesmas finalidades. Tal fato transcorreu até quando o método de operação foi primeiramente esclarecido.

Apurou — se então que a organização conhecida como Primeiro Comando da Capital era composta, além dos líderes conhecidos como “Fundadores”, tal como já explicado, por outros em escala hierárquica inferior, os “Batizados”, que assim eram chamados porque reconhecidos por líderes como membros ativos da sociedade criminosa e recebendo, na maior parte das vezes, uma cópia do “estatuto”, ou seja, das regras a serem obedecidas.

Somava — se ainda a existência das chamadas “centrais”, expressão hoje já popularizada, que consistiam sempre em linhas telefônicas instaladas em locais quaisquer, programadas com o escopo de efetuarem a transferência de chamadas ou o que se denomina “teleconferência” (três ou mais pessoas falando ao mesmo tempo).

As lideranças e os membros da organização conseguiam obter ilicitamente aparelhos de telefone celulares, normalmente pré-pagos, introduzidos no presídio, com auxílio de advogados, familiares e funcionários públicos corrompidos, com os quais ligavam para as “centrais” que, automaticamente ou com a interferência de operadores, transferiam as chamadas para o destino final. Os aparelhos celulares pré-pagos inviabilizavam a identificação do usuário e necessitavam de outra linha para receber a chamada sempre “a cobrar”, dada a inviabilidade da operação de utilização de sem número de cartões.

Com a expansão da organização, a ordem hierárquica culminou com a criação dos chamados “Pilotos”. Eram presidiários que detinham poder de mando dentro de determinado presídio ou pavilhão como representantes dos “Fundadores” ou em situação semelhante a estes.

O pavilhão ou presídio sob influência de cada “Piloto” ficou conhecido como “raio”, dentro do qual nova escala hierárquica se estabeleceu, igualmente de natureza piramidal.

O crescimento da organização criminosa e o conseqüente isolamento de seus principais líderes também exigiram do Primeiro Comando da Capital a arregimentação de pessoas que pudessem se valer de suas prerrogativas de advogados para ingressar no sistema penitenciário e com isso levar e trazer notícias, ordens, determinações, orientações, advertências e outras mais, à população carcerária. Os advogados ora denunciados integraram a facção criminosa com esse exclusivo propósito.

Assim define — se hoje a escala orgânica da organização criminosa que, por sinal, compartimenta informações de comando de modo que seus integrantes não disponham, todos, das mesmas informações, senão quando a circunstância se apresenta de forma a recomendar a divulgação em forma de ordens, denominadas “salves”, retransmitidas dentro do sistema por seus integrantes presos, advogados, familiares e funcionários corrompidos. Ocupando inicialmente a posição de liderança, os denominados “Fundadores”, eram José Márcio Felício, conhecido por “Geléia” ou “Geleirão”; César Augusto Ruriz Silva, conhecido por “Cesinha”; e José Eduardo Moura da Silva, conhecido por “Bandeirão” ou “Bandeirão”. Todos eles já denunciados e excluídos da organização criminosa pela nova liderança, hoje centrada no preso Marcos Willians Herbas Camacho, conhecido por “Marcola”, “Marco”, “Playboy”, “Barba” ou “Barba Azul”, segundo, aliás, evidenciado nos autos do presente inquérito policial.

## 2. DOS CRIMES PRATICADOS PELOS DENUNCIADOS

Assim, em nome da facção criminosa PCC, os denunciados VALÉRIA DAMMOUS, LIBÂNIA CATARINA FERNANDES, e EDUARDO DIAMANTE deixaram a atividade profissional de defesa de garantia dos seus clientes, ligados a facção criminosa, e passaram a servir como elo entre seus diversos integrantes, na distribuição de ordens dentro e fora dos presídios. Transformaram — se em importante figuras da organização, já que, com as dificuldades encontradas para a comunicação por celulares ou visitas — que estavam suspensas — , viabilizavam:

*a) transmissão de ordens, travestidos de advogados;*

*b) organização de motins, atuantes como forma de pressionar as autoridades públicas responsáveis pela gestão penitenciária;*

*c) entrada de celulares, corrompendo funcionários das penitenciárias.*

Das atividades criminosas praticadas pelos denunciados se destacam as seguintes: no dia 05 de junho de 2006, a denunciada VALÉRIA DAMMOUS, valendo — se de sua prerrogativa de Advogada, entrevistou — se com o detento ORLANDO MOTA JÚNIOR, vulgo “Macarrão”, no parlatório da Penitenciária II de Presidente Venceslau (Penitenciária Maurício Henrique Guimarães Pereira), e recebeu dele a determinação de “virar duas cadeias” na região oeste paulista, dentre elas os presídios de Flórida Paulista e Lavínia, mensagem a ser transmitida ao detento ANDERSON DE JESUS PARRO, vulgo “Moringa”.

Na mesma ocasião, a Advogada prestou relatório pormenorizado sobre a situação dos presídios na região, recebendo recados a serem transmitidos a outros integrantes do PCC.

Por fim, no encerramento do diálogo criminoso, VALÉRIA DAMMOUS recomendou ao detento a destruição de penitenciárias federais em construção, recebendo a informação de que essa ordem já havia sido determinada pela liderança da facção.

Dessa forma, um dia após o recebimento da determinação de repassar a ordem de “virar” os estabelecimentos prisionais emanada de ORLANDO MOTA JÚNIOR, vulgo “Macarrão”, VALÉRIA DAMMOUS dirigiu — se à Penitenciária de Getulina e entrevistou — se com o detento ANDERSON DE JESUS PARRO, vulgo “Moringa”

A determinação foi então transmitida, tendo como efeito, em 07 de junho de 2006, a deflagração de motins em dezessete (17) estabelecimentos prisionais (Paraguaçu Paulista, Martinópolis, Dracena, Presidente Bernardes, Penitenciárias I e II de Mirandópolis,

Penitenciárias I, II e III de Lavinia, Riolândia, Pracinha, Flórida Paulista, C.D.P. de São José do Rio Preto, C.D.P. de Caiuá, Lucélia, Assis e Junqueirópolis), conforme documento de fls. 653/655.

Nesta ocasião, os presos, em razão das ordens veiculadas pela liderança do PCC e da Advogada, causaram perturbação da ordem e da disciplina dos presídios, recusando — se ao comparecimento em audiências e ao atendimento de oficiais de justiça e agentes que compareceram para a movimentação processual correspondente, agindo com o propósito bem determinado, segundo as ordens retransmitidas de obtenção de benefícios aos detentos que se encontravam na Penitenciária II de Presidente Venceslau (Penitenciária Maurício Henrique Guimarães Pereira)

No dia 26 de junho de junho de 2006, a denunciada VALÉRIA DAMMOUS novamente entrevistou — se com o detento ANDERSON DE JESUS PARRO, vulgo “Moringa”, ocasião em que recebeu do referido detendo a ordem de mandar matar 05 (cinco) agentes penitenciários. A determinação, segundo ANDERSON DE JESUS PARRO, vulgo “Moringa”, deveria ser transmitida ao sentenciado conhecido por “Magrelo”, no presídio de Flórida Paulista.

A ordem não foi cumprida, segundo admitido pela própria denunciada por ocasião de seu interrogatório na polícia, porém bem evidencia a audácia e organização da quadrilha, efetivamente integrada pela Advogada.

A denunciada LIBÂNIA CATARINA FERNANDES COSTA, por sua vez, agindo com o mesmo propósito de sua colega, valendo — se de sua prerrogativa de Advogada, no dia 14 de junho de 2006, junto ao parlatório da Penitenciária II de Presidente Venceslau, entrevistou — se com o detento ORLANDO MOTA JÚNIOR, vulgo “Macarrão”, tendo ficado estipulado que a Advogada seria o elo entre ele e o líder da organização criminosa, Marcos Willians Herbas Camacho, o “Marcola”, mencionado na conversa como “Playboy” ou “Barba”. Este contato deveria ser realizado através de entrevista da Advogada com o detento Luiz Henrique Fernandes, conhecido por “LH”, que cumpre pena em cela próxima a “Marcola” na Penitenciária de Presidente Bernardes.

Na ocasião, a denunciada LIBÂNIA CATARINA FERNANDES COSTA recebeu a determinação de “fazer quebrar” e “colocar no chão” as penitenciárias de Araraquara e Itirapina II. Esta ordem foi prontamente repassada por telefone celular ao detento CLÁUDIO ROLIN DE CARVALHO, vulgo “Polaco”, recolhido na Penitenciária de Junqueirópolis.

Os fatos que se seguiram à comunicação de LIBÂNIA foram devastadores. As ordens repassadas por ela foram integralmente cumpridas nos presídios de Araraquara e Itirapina II. Como consequência direta daquela determinação, a rebelião se estendeu à penitenciária de Mirandópolis, fato absolutamente previsto pela advogada denunciada, que, assim, assumiu o risco de produzi — lo. Os presos recolhidos naqueles três estabelecimentos entraram em motim nos dias 16 e 17 de junho de 2006, perturbando a ordem e a disciplina da prisão, dando cumprimento integral à determinação da cúpula do PCC.

As denunciadas VALÉRIA e LIBÂNIA, agindo com o propósito específico de retransmitir as ordens da facção criminosa, deram ensejo direto à perda parcial do patrimônio público do Estado de São Paulo, permitindo que presos do Primeiro Comando da Capital destruíssem as dependências daqueles presídios, conforme evidenciado nos autos da investigação de que se cuida.

Assim, conforme dão conta os relatórios de fls. 656/661, os danos na Penitenciária de Mirandópolis, foram estimados em R\$ 6.722.249,04 (seis milhões, setecentos e vinte e dois mil, duzentos e quarenta e nove reais e quatro centavos).

Da mesma forma, na Penitenciária de Araraquara, os danos resultaram no comprometimento da estrutura de segurança do presídio e vieram estimados em R\$ 13.125.000,00 (treze milhões e cento e vinte e cinco mil reais). Por derradeiro, na Penitenciária de Itirapina, os danos somaram R\$ 7.632.869,67 (sete milhões, seiscentos e trinta e dois mil, oitocentos e sessenta e nove reais e sessenta e sete centavos).

Consta, ainda, na investigação, que, também em razão direta das ordens emanadas de LIBÂNIA, os presos amotinados naquelas três penitenciárias privaram agentes penitenciários e funcionários de suas liberdades, mantendo — os deliberadamente em cárcere privado. Este fato também era previsto pela denunciada, já que indissociável da ordem dada.

Na Penitenciária de Mirandópolis, foram tomados como reféns seis agentes penitenciários, as vítimas Aparecido Roque da Silva, Frederico Giometti Filho, Paulo César dos Santos, Ricardo José Salton, Valdir Fonseca da Silva e Wilson Lima de Lacerda, mantidos privados de suas liberdades das 13:30 às 21:15 horas do dia 16 de junho de 2006, quando os presos foram dominados por ação policial.

Na Penitenciária de Araraquara, foram feitos reféns dez agentes penitenciários, as vítimas Odair José Manzine, Antonio Fachinetti, Paulo César Marin Júnior, Dorival Mendes, Egbert Willians Cererri, Joaquim Pereira Gomes, Wilson Shizuo Takaki, Pedro Álvaro Accarini, Dário Rezendo Lima e Valmir Marani, e, também, o médico Ubirajara das Neves Gonçalves Júnior. As vítimas só recuperaram a liberdade às 7:15 do dia 17 de junho de 2006, com intervenção da Tropa de Choque da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Por fim, na Penitenciária de Itirapina, também em razão dos motins desencadeados, foram feitos reféns três agentes penitenciários, as vítimas José Edvaldo Oseli, Carlos Develis Andrade e Antonio Carlos de Souza, privados da liberdade desde as 14:10 horas do dia 16 de junho até a manhã de 17 de junho de 2006, por volta de 11:00 horas, também em razão de ação da Polícia Militar (documento de fls. 656/661).

Em razão dos maus — tratos, levados a efeito por centenas de presidiários amotinados, as vítimas, nos três presídios, suportaram grave sofrimento físico e moral. Muitas delas foram submetidas à queimaduras com pontas de cigarro, ameaçadas de morte, lesão corporal em regiões nobres e visíveis (cabeça, costas, nariz etc.)

Não bastasse isso, na mesma oportunidade, LIBÂNIA combinou com ORLANDO MOTA JÚNIOR, o “Macarrão”, o acionamento do Advogado EDUARDO DIAMANTE, a quem se encarregaria fazer entrar na Penitenciária II de Presidente Venceslau a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em espécie e 03 (três) aparelhos de telefonia celular, pré — pagos, com baterias e carregadores, da operadora CLARO.

Assim, em 21 de junho de 2006, na Penitenciária II de Presidente Venceslau, o Advogado EDUARDO DIAMANTE, valendo — se do concurso de agentes penitenciários ainda não identificados, deu integral cumprimento à ordem emanada da facção criminosa, recebida por intermédio de sua colega LIBÂNIA e, a pretexto de entrevistar — se com o detento Orlando Mota Júnior, fez chegar no interior do presídio, à disposição dos criminosos ali recolhidos, os equipamentos de telefonia celular, preponderantes e eficientes para a atuação da quadrilha.

Enquanto as autoridades públicas e as operadoras de telefonia móvel, associadas, somavam esforços para encontrar uma solução para o grave problema da comunicação da facção criminosa, os denunciados bem articulados, inclusive acobertados pelo manto das prerrogativas inerentes à Advocacia Criminal, tratavam de burlar as ações desenvolvidas para conter o avanço do Primeiro Comando da Capital.

Com a segregação física das principais lideranças do PCC na região oeste do Estado, EDUARDO DIAMANTE apresentou — se em entrevista com ORLANDO MOTA JÚNIOR, o “Macarrão”, disponibilizando — se e aceitando o encargo de confiança para tornar — se um dos principais pombos — correios da facção criminosa em função da facilidade que a proximidade de seu escritório — em Presidente Prudente — proporcionava.

Assim agindo, EDUARDO DIAMANTE, que já tirava proveito econômico do sistema prisional como explorador de mão de obra dos presos, na execução de uma fábrica de bolas esportivas, não só desvirtuou — se dos ideais de sua honrosa profissão, como também ensinou mobilidade impar às ações criminosas de seus asseclas, dando celeridade e segurança na retransmissão de ordens criminosas, chegando ao ponto de, inclusive, preparar levantamento e estudo aptos a dar sobrevida ao PCC.

Restou evidenciado, assim, que os três advogados, bem articulados dentro da organização criminosa, desvirtuaram a relação profissional que deve nortear o exercício da advocacia para, escondidos em suas prerrogativas e inscrições junto à Ordem dos Advogados do Brasil, utilizar pretexto para manter o contato pessoal com os principais líderes do Primeiro Comando da Capital.

Transmitiram ordens constantes das lideranças da facção a outros presos que possibilitaram atos de violência e destruição, que, conforme é notório, já deixaram um rastro de barbárie, sangue e mortes de policiais civis, militares e população civil inocente.

Apurou — se, por derradeiro, que as ações dos três advogados denunciados eram compartimentadas de tal forma a que, dentro da facção criminosa, houvesse divisão de tarefas, porém sem excluir a participação deles em todos os crimes praticados, de que estavam cientes juntamente com os detentos envolvidos nas ordens de destruição de presídios, motins, cárcere privado e outros delitos variados.

Diante do exposto, denunciemos **VALÉRIA DAMMOUS, LIBÂNIA CATARINA FERNANDES COSTA, EDUARDO DIAMANTE, ORLANDO MOTA JÚNIOR**, conhecido por “Macarrão”, **CLÁUDIO ROLIM DE CARVALHO**, conhecido por “Polaco” e **ANDERSON DE JESUS PARRO**, conhecido por “Moringa”, como incursos nas penas previstas nos artigos 288, parágrafo único (quadrilha armada); artigo 354 (motim de presos), vinte vezes e artigo 163, inciso III (dano ao patrimônio público do Estado), três vezes e artigo 148, parágrafo 2º (cárcere privado qualificado), vinte vezes, todos combinados com o artigo 69 (concurso material de delitos) do Código Penal Brasileiro e requeremos, após recebida e atuada esta, se lhes instaure o devido processo legal, citando — se, interrogando — se e prosseguindo — se nos demais termos do processo, observado o rito dos artigos 394 e 498 e seguintes do Código de Processo Penal, até final sentença condenatória, intimando — se as testemunhas do rol abaixo, para virem depor em juízo em dia e hora a serem previamente designados, sob as cominações legais.

**Rol:**

1. Paulo César dos Santos, agente penitenciário e vítima — Mirandópolis,
2. Odair José Manzine, agente penitenciário e vítima – Araraquara,
3. Carlos Develis Andrade, agente penitenciário e vítima – Itirapina,
4. José Reinaldo da Silva – Coordenador de Unidades Prisionais da Região Oeste de São Paulo,
5. Marcel Pala — Diretor Técnico de Serviço da Penitenciária de Presidente Venceslau,
6. Almir Vieira – pol. mil. — GAECO de São Paulo,
7. Paulo Sérgio da Silva, diretor da Penitenciária de Mirandópolis.
8. Rudy Paulo de Vasconcellos Júnior, agente penitenciário de Presidente Venceslau.

**São Paulo, 5 de julho de 2006**

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Promotor de Justiça — GAECO

Eder Segura

Promotor de Justiça — GAECO

José Reinaldo Guimarães Carneiro

Promotor de Justiça – GAECO

Roberto Porto

Promotor de Justiça — GAECO

Sandra Reimberg

Promotora de Justiça Substituta — GAECO

André Luis Felício

Promotor de Justiça — GAERCO Presidente Prudente

Márcio Kuhne Prado Junior

Promotor de Justiça — GAERCO Presidente Prudente

**ANEXO D – Acórdão**

**EXECUÇÃO DA PENA. PORTE DE TELEFONE CELULAR E  
ACESSÓRIOS. FALTA GRAVE. RESOLUÇÃO DA SECRETARIA DE  
ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA.**

**Superior Tribunal de Justiça - STJ**

**HABEAS CORPUS Nº 45.278 - SP (2005/0106352-2)**

**RELATOR: MINISTRO GILSON DIPP**

**IMPETRANTE: CLÁUDIA BARBIERI BOMBARDA - PROCURADORIA DA ASSISTÊNCIA  
JUDICIÁRIA**

**IMPETRADO: QUINTA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO  
DE SÃO PAULO**

**PACIENTE: CELSO APARECIDO DOS SANTOS (PRESO)**

**EMENTA**

**CRIMINAL. HC. EXECUÇÃO DA PENA. PORTE DE TELEFONE CELULAR E  
ACESSÓRIOS. FALTA GRAVE. RESOLUÇÃO DA SECRETARIA DE  
ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. PERDA DOS DIAS REMIDOS.  
CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.**

Hipótese em que se alega a ocorrência de violação ao princípio da legalidade a punição do paciente, com a perda dos dias remidos, com fulcro em Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária que determina ser falta de natureza grave o condenado portar aparelho de telefone celular.

Não se caracteriza como constrangimento ilegal a decretação de perda dos dias remidos pelo Juízo da Execução, quando demonstrada a ocorrência de falta grave durante o período de cumprimento da pena privativa de liberdade, ex vi do art. 127 da Lei n.º 7.210/84. Precedentes.

Resolução da Secretaria da Administração Penitenciária, ao definir como falta grave o porte de aparelho celular e seus componentes e acessórios, ultrapassou os limites do art. 49 da Lei de Execuções Penais, o qual dispõe que a atuação do Estado deve restringir-se à especificação das faltas leves e médias.

Se a hipótese dos autos não configura falta grave, resta caracterizado constrangimento ilegal decorrente da decretação da perda dos dias remidos pelo trabalho do paciente. Precedente da Turma.

Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática que decretou a perda dos dias remidos pelo paciente.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de abril de 2006 (Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP Relator

HABEAS CORPUS Nº 45.278 - SP (2005/0106352-2)

## RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de habeas corpus, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de CELSO APARECIDO DOS SANTOS, visando à anulação da decisão do Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Araraquara/SP, que ratificou a sanção disciplinar a ele aplicada, em razão da prática de falta grave apurada por comissão de sindicância do estabelecimento prisional.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena total de 21 anos e 05 meses de reclusão, pela prática dos crimes previstos nos artigos 121, § 2º, incisos I e IV, e 155, § 4º, incisos I e IV, c/c o art. 29, caput, todos do Código Penal.

No decorrer do cumprimento da pena, foi punido com sanção disciplinar por ter sido encontrado, em sua cela, um telefone celular e um carregador de baterias, ocorrência esta considerada falta grave pela comissão de sindicância.

Diante disso o Juízo das Execuções determinou a perda dos dias remidos referentes ao trabalho realizado anteriormente à falta disciplinar.

Irresignado, o paciente interpôs agravo em execução perante o Tribunal a quo, pendente de julgamento (fl. 34).

Na seqüência, impetrou ordem de habeas corpus, a qual restou denegada nos termos da seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS – Porte de celular dentro de presídio – Falta grave – Resolução SAP 113/03 – Perda dos dias remidos – Ausência de constrangimento ilegal – Medida Provisória nº 28/02 (art. 7º) que permite aos Estados e ao Distrito Federal legislar de forma específica e suplementar quanto ao regime disciplinar dos presos – Faltas graves elencadas na LEP que podem ser acrescidas de outras – Correta a decisão do Magistrado de primeiro grau – Ordem denegada” (fl. 68).

Em razões, alega-se que o paciente está submetido a constrangimento legal, pois as situações caracterizadoras de falta grave estão previstas de forma taxativa no art. 50 da Lei de Execuções Penais, não abrangendo a hipótese de posse de aparelho de celular e carregador de baterias, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Aduz-se, ainda, que a Resolução n.º 113 da Secretaria da Administração Penitenciária – SAP, que contempla a hipótese de falta grave em caso de porte de telefone celular pelo apenado, não possui força de lei.

Ao final, pugna-se pela cassação da decisão do Juízo das Execuções.

Não houve pedido de liminar.

Informações prestadas (fls. 33/34)

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação do writ (fl. 75).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

HABEAS CORPUS Nº 45.278 - SP (2005/0106352-2)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de habeas corpus, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de CELSO APARECIDO DOS SANTOS, visando à anulação da decisão do Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Araraquara/SP, que ratificou a sanção disciplinar a ele aplicada, em razão da prática de falta grave apurada por comissão de sindicância do estabelecimento prisional.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena total de 21 anos e 05 meses de reclusão, pela prática dos crimes previstos nos artigos 121, § 2º, incisos I e IV, e 155, § 4º, incisos I e IV, c/c o art. 29, caput, todos do Código Penal.

No decorrer do cumprimento da pena, foi punido com sanção disciplinar por ter sido encontrado, em sua cela, um telefone celular e um carregador de baterias, ocorrência esta considerada falta grave pela comissão de sindicância.

Diante disso o Juízo das Execuções determinou a perda dos dias remidos referentes ao trabalho realizado anteriormente à falta disciplinar.

Irresignado, o paciente interpôs agravo em execução perante o Tribunal a quo, pendente de julgamento (fl. 34).

Na seqüência, impetrou ordem de habeas corpus, a qual restou denegada nos termos da ementa de fl. 68.

Em razões, alega-se que o paciente está submetido a constrangimento legal, pois as situações caracterizadoras de falta grave estão previstas de forma taxativa no art. 50 da Lei de Execuções Penais, não abrangendo a hipótese de posse de aparelho de celular e carregador de baterias, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Aduz-se, ainda, que a Resolução n.º 113 da Secretaria da Administração Penitenciária – SAP, que contempla a hipótese de falta grave em caso de porte de telefone celular pelo apenado, não possui força de lei.

Ao final, pugna-se pela cassação da decisão do Juízo das Execuções.

Merece prosperar a argumentação.

É posicionamento desta Corte que, comprovada a falta grave, cabe ao juízo da execução, obedecendo aos termos legais, decretar a perda dos dias remidos, não se cogitando de qualquer ofensa a direito supostamente adquirido.

Com efeito. A prática de falta grave impõe a revogação do instituto da remição – ex vi do art. 127 da Lei 7.210/84.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados desta Corte e do STF:

“CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. FALTA GRAVE. REGRESSÃO CAUTELAR. PERDA DOS DIAS REMIDOS. ART. 127 DA LEP. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. RECURSO PROVIDO.

I - O cometimento de falta grave durante o cumprimento da pena de reclusão em regime semi-aberto, justifica a regressão cautelar do regime prisional inicialmente fixado.

II - Demonstrada a ocorrência de falta grave durante o período de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser decretada a perda dos dias remidos, não se cogitando de qualquer ofensa a direito supostamente adquirido, pois a prática de falta grave impede o deferimento ou enseja a revogação do instituto da remição – ex vi do art. 127 da Lei 7.210/84.

III - Recurso provido, nos termos do voto do Relator”

(RESP 682112/SP, de minha Relatoria, DJ de 28.02.2005)

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Matéria Criminal. 3. Cometimento de falta grave pelo preso. Perda dos dias remidos. Possibilidade.

4. Violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Inocorrência. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AI-AgR 569917/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 24/02/2006)

Todavia, em recente julgado esta Turma consignou que a Resolução n.º 113 da Secretaria da Administração Penitenciária – SAP, ao definir como falta grave o porte de aparelho celular e seus componentes e acessórios, ultrapassou os limites do art. 49 da Lei de Execuções Penais, o qual dispõe que a atuação do Estado deve restringir-se à especificação das faltas leves e médias.

Eis o teor do referido dispositivo legal:

“Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.” (g.n.).

Dessa forma, se a hipótese dos autos não configura falta grave, resta caracterizado constrangimento ilegal decorrente da decretação da perda dos dias remidos pelo trabalho do paciente.

A corroborar tal entendimento, o precedente:

“PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PERDA DOS DIAS REMIDOS. CONDUTA PREVISTA EM RESOLUÇÃO ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL PARA DEFINIR FALTA GRAVE.

I - De acordo com o disposto no art. 49 da LEP: 'As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções'.

II - Por não se caracterizar a conduta do paciente em falta grave, razão não há para que se decrete a perda dos dias remidos.

Writ concedido.”

(HC 46.545/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ 03.04.2006)

Portanto, deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática que decretou a perda dos dias remidos pelo paciente.

Diante do exposto, concedo a ordem, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

QUINTA TURMA

Número Registro: 2005/0106352-2 - HC 45278 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 4620933400

EM MESA JULGADO: 20/04/2006

Relator: Exmo. Sr. Ministro GILSON DIPP

Presidenta da Sessão: Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. MARIA IRANEIDE OLINDA SANTORO FACCHINI

Secretário: Bel. LAURO ROCHA REIS

#### AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: CLÁUDIA BARBIERI BOMBARDA - PROCURADORIA DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

IMPETRADO: QUINTA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: CELSO APARECIDO DOS SANTOS (PRESO)

ASSUNTO: Processual Penal - Execução da Pena - Falta disciplinar

#### CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de abril de 2006.

LAURO ROCHA REIS: Secretário

Documento: 622348 - Inteiro Teor do Acórdão - DJ: 15/05/2006

**ANEXO E** - Projeto de Lei do Senado Federal n.º 136, DE 2006

Altera a Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever como falta disciplinar grave a utilização de telefone celular pelo preso.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1.º O art. 50 da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, passa a vigor acrescido do seguinte inciso:

“Art. 50 (...)

VII – ter em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”

Art. 2.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

### **JUSTIFICAÇÃO**

É injustificável a ausência de previsão do uso do aparelho de telefone celular no rol das faltas disciplinares graves de nossa Lei de Execução Penal (LEP). O uso do telefone celular para comandar e articular ações criminosas a partir dos estabelecimentos penais é prática conhecida e corriqueira no Brasil. A recente onda de violência no Estado de São Paulo, em que o PCC alvejou várias instituições públicas e privadas da capital, foi toda orquestrada a partir das penitenciárias pelos líderes da organização criminosa, conforme declarações feitas pelo Departamento de Investigação do Crime Organizado da Polícia Civil de São Paulo. Fato semelhante aconteceu no Rio de Janeiro em 2003. A ausência do uso do telefone celular no rol das faltas disciplinares graves impede que um líder de organização criminosa em comunicação com seus subordinados fora do presídio seja submetido ao regime disciplinar diferenciado previsto na LEP. O isolamento celular desses líderes mostra-se uma ação de segurança pública imprescindível. Portanto, o presente projeto de lei procura resolver essa injustificável lacuna legal e fornecer mais um meio para a defesa da sociedade.

Sala das Sessões, 16 de maio de 2006.

CÉSAR BORGES.

**ANEXO F** - Lei n<sup>o</sup> 11.466, de 28 de março de 2007

Altera a Lei n<sup>o</sup> 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, e o Decreto-Lei n<sup>o</sup> 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever como falta disciplinar grave do preso e crime do agente público a utilização de telefone celular.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1<sup>o</sup> O art. 50 da Lei n<sup>o</sup> 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII:

"Art. 50 (...)

VII -tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

....." (NR)

Art. 2<sup>o</sup> O Decreto-Lei n<sup>o</sup> 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 319-A:

"Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo:

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano."

Art. 3<sup>o</sup> Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 28 de março de 2007; 186<sup>o</sup> da Independência e 119<sup>o</sup> da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro

DOU -Edição Extra 29/3/2007