

DO PROJETO DE LEI N.º 3.272, DE 2008
(Do Poder Executivo)

Regulamenta a parte final do inciso XII, do art. 5º
da Constituição e dá outras providências.

ANÁLISE PRELIMINAR

1. Breve histórico

1.1. Trata-se de Projeto de Lei, de autoria do Poder Executivo, visando dar nova regulamentação a “parte final” do inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal, que dispõe, entre outros Direitos Fundamentais, da inviolabilidade e sigilo (como regra) das “**comunicações telefônicas**”, nos seguintes termos:

“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:

I- (...);

*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 par fins de investigação criminal ou instrução processual penal (...);” (grifos nosso)*

1.1.1. O PL, em epígrafe, revoga, integralmente, a Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, que dispõe sobre a matéria, conforme demonstra-se a seguir.

1.2. Como a matéria estar regulada atualmente

1.2.1. O mencionado inciso XII, parte final, do art. 5º, da CF, é regulado, atualmente, como visto, pela Lei n.º 9.296, de 24 de Julho de 1996, que, em seu art. 1º estabelece:

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**. (grifos nosso).*

1.2.2. Principais problemas apontados na Lei atual

1.2.2.1. A lei atual, tendo em vista a importância do direito a ser regulado e “protegido” na CF de 1988, para a manutenção institucional do chamado “Estado Democrático de Direito”, foi muito mal elaborada. É o que afirmam a maioria dos doutrinadores e especialistas no tema, assim como o próprio Poder Executivo, em sua Mensagem, na qual aponta defeitos e omissões graves. Vejamos, a seguir, os principais:

- a) a lei de 1996, ao nosso ver, extrapolou na regulação do disposto ou previsto no inciso XII, do art. 5º, da CF, que menciona apenas a “necessidade” de edição lei apenas para o caso de “quebra” da inviolabilidade ou sigilo das **“comunicações telefônicas”**. Conforme o parágrafo único, do art. 1º, a lei aplica-se ou deveria ser aplicada, à interceptação do fluxo de comunicações em sistema de **informática e telemática**, o que incluiria a possibilidade de se “grampear” e-mails, etc.;
- b) a lei n.º 9.296/06, supra citada, faz menção à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática apenas em seu parágrafo único, do art. 1º, não regulando, ao contrário do que faz com a “quebra” das **“comunicações telefônicas”**, o procedimento necessário para superação da inviolabilidade ou sigilo dos referidos sistemas de informática e telemática;
- c) a lei n.º 9.296/96, não observa o princípio da proporcionalidade, pois ao mesmo tempo em que permite a quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza relativamente a todos os crimes punidos com reclusão, independentemente da conduta criminosa, deixa à margem os crimes punidos com detenção (art. 2º, inciso III) para os quais a quebra de sigilo se apresentaria como meio adequado de investigação como, por exemplo, no crime de ameaça feita pelo telefone;
- d) a lei n.º 9.296/96 “não dá” vista ao membro do Ministério Público do pedido da diligência requerido pela autoridade policial (art. 6º);
- e) a lei n.º 9.296/96 não dispõe com clareza sobre o incidente probatório no qual se deve dar conhecimento às partes do conteúdo das operações técnicas, em desrespeito à garantia do contraditório;
- f) a lei n.º 9.296/96 é omissa em relação ao procedimento ou tratamento das chamadas **interceptações ambientais**;
- g) a lei n.º 9.296/96 a lei não traz ou regula os mecanismos institucionais de controles necessários para evitar os frequentes e conhecidos abusos na sua aplicação, destacando-se as seguintes omissões: falta de controles sobre a autorização judicial e a forma de seu encaminhamento; falta de controles rigorosos sobre os prazos e operações técnicas, hoje deixadas exclusivamente a critério da autoridade policial, sem qualquer parâmetro fixado.

1.3. Principais inovações - Projeto de Lei nº 3.372, de 2008.

1.3.1. O PL, do Executivo, de fato, melhora, amplia e possibilita uma aplicação mais racional e democrática do comando constitucional. Nesse sentido, conforme chama

atenção a Mensagem do Executivo, aponta-se a seguintes inovações no tratamento da matéria:

- a) o projeto destaca, no seu art. 1º, § 1º, que se considera quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza todo ato que intervenha no curso dessas comunicações com a finalidade de conhecer as informações que estão sendo transmitidas, incluindo **a interceptação, a escuta e a gravação**. Sendo que, no § 3º, estende ao fluxo de comunicações em sistemas de **tecnologia da informação e telemática** a possibilidade de quebra do sigilo, entendendo, como o fazem juristas do porte de Tércio Sampaio Ferraz, entre outros, que a Constituição ao dizer *comunicação telefônica* refere-se a todo e qualquer meio de comunicação instantânea sendo, portanto, possível a quebra deste sigilo embasada por ordem judicial;
- b) o art. 2º, além de manter a possibilidade de quebra de sigilo para os delitos apenados com reclusão, estendeu essa possibilidade para as hipóteses de crimes punidos com detenção;
- c) no parágrafo único do art. 2º, supra referido, proíbe-se a utilização das informações resultantes da quebra de sigilo das comunicações entre o investigado ou acusado e seu defensor, quando este estiver atuando na função, resguardando-se, assim, a constitucional relação advogado/cliente;
- d) a partir do art. 4º inicia-se o capítulo que cuida do procedimento da quebra de sigilo, sendo mais detalhado e, portanto, inovando significativamente em relação à atual Lei. O referido art. 4º determina que o pedido de quebra de sigilo deverá ser feito por escrito ao juiz, sempre com a participação do membro do Ministério Público, contendo a descrição precisa dos fatos investigados; a indicação da existência de indícios da prática do crime que autoriza a quebra de sigilo; a qualificação do investigado ou acusado; a demonstração de ser a quebra de sigilo imprescindível às investigações; e, quando conhecido, a indicação do código de identificação do sistema de comunicação utilizado;
- e) sempre sob segredo de justiça, o incidente processual será autorizado pelo juiz no prazo máximo de vinte e quatro horas, devendo o mandado judicial indicar, na forma dos incisos do art. 5º, os elementos da quebra. Importante avanço, contudo, é a norma do § 1º ao determinar que o prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações não poderá **exceder a sessenta dias**, prorrogável por períodos iguais, **até o máximo de trezentos e sessenta dias** ininterruptos, salvo quando se tratar de crime permanente;
- f) objetivando maior celeridade da ordem judicial, o § 2º do art. 7º autoriza que o mandado judicial seja encaminhado por qualquer meio idôneo, inclusive o eletrônico, desde que comprovada a sua autenticidade;
- g) o art. 8º reza que a prestadora de serviço de comunicação, ao implementar a quebra do sigilo, indicará ao juiz **o nome do funcionário responsável**, e também que é inadmissível a recusa da prestação do serviço sob justificativa de necessidade de ressarcimento dos custos;
- h) após a realização das operações técnicas, a autoridade policial encaminhará, no prazo máximo de sessenta dias, ao juiz competente, todo o material produzido, acompanhado de auto circunstanciado que deverá conter o resumo das operações realizadas. Feito o encaminhamento, e não havendo ordem judicial em sentido contrário, a autoridade policial inutilizará por completo todo o material que se mantiver sob sua esfera de responsabilidade. Havendo, entretanto, ordem judicial para que se mantenha o material, este, sob nenhuma hipótese, ficará sob os cuidados da autoridade policial após o trânsito

em julgado da sentença absolutória ou expirado o prazo de revisão criminal, quando, então, tanto o material mantido pelo juiz quanto o guardado pela autoridade policial serão destruídos (art. 15);

- i) não havendo requerimento de diligências complementares por parte do Ministério Público, o juiz intimará o investigado ou acusado para que se manifeste, em atenção ao princípio do contraditório. Objetivando impedir a quebra do sigredo de justiça, todas as cópias disponibilizadas, em mídia eletrônica ou equivalente, serão identificáveis. Assim substitui-se a obrigação de transcrição das cópias destinadas às partes, muitas vezes infactível dependendo da quantidade de horas gravadas, pela entrega de cópias identificáveis com o mesmo teor da versão original;
- j) o Capítulo III (arts. 20 a 26) traz as disposições finais, merecendo destaque os artigos 20 e 21. O art. 20 permite que a autoridade policial possa fazer **gravações ambientais “de qualquer natureza”**, aplicando-se as disposições sobre “comunicações telefônica “no que couber”. O art. 21, por vez, “autoriza” o Poder Executivo a instituir sistema centralizado de dados estatísticos sobre quebra do sigilo de comunicações;
- k) o art. 23 traz para o âmbito do Código Penal a conduta delituosa prevista na atual Lei de escuta, por ser de melhor técnica jurídica. Com efeito, corrige-se a forma pela qual o tipo penal hoje é previsto, sem, contudo, modificar o núcleo do tipo. Destarte, não se trata de criminalizar nova conduta, nem de *abolitio criminis*, visto tratar-se de mera adequação redacional, em consonância com a construção dos tipos penais pátrios.

2. Parecer

2.1. Algumas impropriedades do PL n.º 3.272/08

2.1.1. O PL, do Poder Executivo, de fato, como já frisado, regula de forma mais racional, objetiva e democrática as condições, situações e procedimentos necessários para a quebra do sigilo de comunicações telefônicas. Entretanto, não faz o mesmo com a regulação da quebra do sigilo referente ao **“fluxo de comunicações em sistemas de tecnologia da informação e telemática”**, para as quais, num procedimento de constitucionalidade duvidosa, determina a aplicação analógica das mesmas regras aplicáveis a “interceptação telefônica”.

2.1.2. O PL, infelizmente, incorre no mesmo erro com a chamada captação e com a interceptação ambiental, diga-se, tratadas de forma, conceitualmente, mais abrangente no art. 2º, da Lei n.º 9.034, de 03 de maio de 1995, que dispõe “sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, *verbis*:

“Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: [\(Redação dada pela Lei n.º 10.217, de 11.4.2001\)](#)

I - [\(Vetado\)](#).

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado,

desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; [\(Inciso incluído pela Lei n.º 10.217, de 11.4.2001\)](#)

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. [\(Inciso incluído pela Lei n.º 10.217, de 11.4.2001\)](#)

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. [\(Parágrafo incluído pela Lei n.º 10.217, de 11.4.2001\)](#)”

2.1.3. Outro problema, é a dubiedade do disposto no artigo 16, do PL, em comento, que, a depender da interpretação que se faça, permite o uso de provas obtidas por meios ilícitos, em investigações e processos “futuros”, senão vejamos:

“Art. 16. Na hipótese de a quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza revelar indícios de crime diverso daquele para o qual a autorização foi dada e que não lhe seja conexo, a autoridade deverá remeter ao Ministério Público os documentos necessários para providências cabíveis”.

2.1.4. Podemos dizer, sem medo de errar, que tanto a lei atual como o PL, de autoria do P. Executivo, tem dispositivos que **violam** o princípio constitucional do **devido processo legal**, além do próprio **direito material** a ser protegido.

2.2. Conclusão

2.2.1. O PL, em análise, avança significativamente no objetivo de regular de forma racional, objetiva e democrática as condições, situações e procedimentos necessários para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Contudo, como visto acima, não faz o mesmo com as outras formas invasivas do direito a intimidade, a vida privada, etc. (quebra do sigilo referente ao “fluxo de comunicações em sistema de tecnologia da informação e telemática” e “gravações ambientais”), previstos na CF (art. 5º) e “regulados” na Proposição, supra.

2.2.2. Assim, diante do exposto acima, entendemos que o PL pode e deve ser aprovado, desde que corrigidos os defeitos e omissões apontados.

Liderança do PT na Câmara dos Deputados

Adilson JP Barbosa

Assessor Jurídico