

Projeto de lei anticrime e a interceptação ambiental da conversa entre os advogados e os presos nos presídios federais

Antonio Baptista Gonçalves

Resumo: A interceptação telefônica é uma medida excepcional que tem auxiliado sobremaneira nas investigações a fim de coibir organizações criminosas, agentes do narcotráfico, exploração de mulheres e menores, tráfico de pessoas, embranquecimento de capitais e demais atividades ilícitas que se ramificam e se tornam complexas e de difícil rastreamento. Desde que se obedeça aos requisitos e limites impostos pela Lei n. 9.296/96. No entanto, não se pode considerar o advogado como parte ou alvo desse processo. Se o advogado é criminoso, que se investigue, mas ser objeto de uma interceptação somente por ter conversas com seus clientes não pode jamais ser autorizado pela justiça. As prerrogativas profissionais devem ser respeitadas.

Palavras-chave: Interceptação telefônica. Direitos fundamentais. Prerrogativas profissionais.

O Projeto de Lei Anticrime, elaborado pelo ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sergio Moro, se aprovado, alterará catorze leis nacionais, dentre elas o Código Penal, o Código de Execução Penal e a Lei de Execução Penal, Lei de Crimes Hediondos e Código Eleitoral, com o fim de otimizar o sistema penal objetivando o combate ao crime organizado, à corrupção e aos crimes com grave violência à pessoa.

O projeto proposto pelo ministro Sergio Moro objetiva principalmente: a figura do *whistleblower* ou informante do bem; alterações na questão da legítima defesa na intervenção policial; modificação dos embargos infringentes; maior repressão penal para as organizações criminosas; modificação na prescrição estatal; uso do bem apreendido; autorizar as interceptações das conversas entre advogados e clientes dentro dos presídios federais; e medidas de combate à corrupção. O Projeto Anticrime ainda contempla outras, porém estas são as que possuem maior impacto e discussão na doutrina.

Aqui analisaremos dois pontos que estão ligados no projeto: a questão do endurecimento penal para as organizações criminosas e as interceptações nos presídios federais. Começamos pelo endurecimento. Ainda que não exista uma exposição de motivos para o Projeto Anticrime propriamente dito, o ministro da Justiça e da Segurança Pública faz algumas poucas observações quando apresenta o Projeto à Câmara. Assim, há alguns pontos que foram mencionados e justificados, ainda que sem a devida profundidade ou investigação doutrinária e acadêmica; portanto, podemos notar alguns elementos elucidativos apresentados pelo ministro, dos quais ressaltamos em especial a clareza do endurecimento por parte do projeto: *“Incluem-se no art. 22 da referida lei os parágrafos 52, 62 e 72, que dificultam a progressão de regime e as saídas temporárias em determinadas situações. O agravamento das condições é diretamente proporcional à gravidade dos crimes hediondos. Caso tenha ocorrido morte da vítima, a progressão dependerá do cumprimento de três quintos da pena. Trata-se de necessidade premente, qual seja, enrijecer a sanção nos crimes de maior gravidade. Propositadamente foi excluído o crime de*

Abstract: Telephone interception is an exceptional measure that has greatly aided in investigations to curb criminal organizations, drug traffickers, exploitation of women and minors, trafficking in persons, money laundering and other illicit activities that are branching out and becoming complex and of difficult tracking. Provided that the requirements and limits imposed by Law n. 9.296/96. However, the lawyer can not be considered as part or target of this process. If the lawyer commits crimes, then investigate, but being subject to an interception only by having conversations with his client can never be authorized by justice. Professional prerogatives must be respected.

Keywords: Telephone interception. Fundamental rights. Professional prerogatives.

tráfico de drogas no §72, pois ele envolve situações de diferentes graus de gravidade, ora extremamente relevantes (p. ex., tráfico internacional de cocaína), ora de pequena monta (p. ex., cessão de droga leve entre jovens). Portanto, o endurecimento não deve ser generalizado.⁽¹⁾

A questão do endurecimento está clara quando do trecho: *“Trata-se de necessidade premente, qual seja, enrijecer a sanção nos crimes de maior gravidade”*. E se admite o endurecimento quando se prevê a necessidade de critérios para a aplicação do mesmo: *“O endurecimento não deve ser generalizado”*.

Claramente há um rigor em uma legislação que já possui rigidez, como é a Lei dos crimes hediondos. Agora, se objetiva aumentar o tempo de cumprimento em regime fechado antes da possibilidade de progressão de pena. O aumento de um quinto é elevado e busca manter por mais tempo presos os criminosos mais violentos, dispositivo que, combinado com outros como o artigo 33, em seus parágrafos 5º, 6º e 7º do Código Penal, com a redação do Projeto passará a prever a figura do criminoso habitual, profissional e por tendência. Tema este que será base para o aumento da repressão e do endurecimento penal.

Dentro do tema do endurecimento penal, o Projeto previu também a relação dos presos com seus advogados através do monitoramento da conversa entre eles: *“§2º Os atendimentos de advogados serão previamente agendados, mediante requerimento, escrito ou oral, à direção do estabelecimento penal federal. §3º Os estabelecimentos penais federais de segurança máxima deverão dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública, vedado seu uso nas celas (grifo nosso). §4º As gravações das visitas não poderão ser utilizadas como meio de prova de infrações penais pretéritas ao ingresso do preso no estabelecimento. §5º As gravações de atendimentos de advogados só poderão ser autorizadas por decisão judicial fundamentada”* (grifo nosso).

Não é nova a ideia de se gravar a conversa entre os presos e seus advogados. É interessante para o Estado, e o pretexto segue

o mesmo: suspeita do causídico em atividades criminosas como facilitador do crime organizado. Assim, a fim de se responsabilizar uma parcela da classe que transgredir e afeta a todos. O que não se percebe no Projeto é o procedimento sobre as gravações, isto é, somente a necessidade de autorização judicial. Contudo, em quais casos? De que forma? Qual o método de obtenção das provas? A defesa do preso será maculada por um pré-julgamento das conversas ouvidas pelo magistrado? O contraditório e a ampla defesa serão respeitados? A fim de buscar informações sobre as facções criminosas, o Estado pode relativizar e, em muitos casos, suprimir seus direitos fundamentais? Inclusive burlar a norma mais cara da Carta Magna: a preservação da dignidade da pessoa humana?

A possibilidade de o advogado encaminhar mensagens de e para as lideranças das facções é tema recorrente pelo legislador nacional. As interceptações telefônicas entre advogados e clientes presos não são notícia inédita; e frequentemente são obtidas via autorização judicial. Há previsão legal da degravação quando se identifica que a conversa envolve advogado. Todavia, o magistrado já teve acesso a seu conteúdo e já formou um prévio convencimento sobre os fatos ali registrados, ainda que seja retirada dos autos, a mesma informação não será extraída do magistrado; e a ampla defesa e o contraditório já foram maculados sob a pecha da defesa da sociedade e do combate ao crime organizado.

Segundo o Projeto Anticrime, a interceptação que se pretende é a ambiental, na qual o conceito é o mesmo da interceptação telefônica, contudo, a gravação é feita na conversa ambiente captada por um terceiro, sem o conhecimento prévio de nenhum dos interlocutores.⁽²⁾ A interceptação e a escuta dependem de autorização judicial para que sejam consideradas como prova lícita.⁽³⁾

O presidente da seção do Distrito Federal da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim-DF), **Michel Saliba**, avalia que a proposta viola não só direitos do advogado, mas também do cidadão: “Não há como um réu formular a sua defesa e as razões da sua defesa se ele não tem o necessário sigilo da tese jurídica que ele vai aproveitar. A acusação vai saber antecipadamente da sua defesa. Por mais que ele seja réu confesso, dentro da estrutura da defesa há estruturas – *lícitas, éticas e morais* – que só cabem ao advogado ou ao réu. E com o réu preso, isso tudo é estabelecido dentro do presídio”.⁽⁴⁾

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema através dos HC 59.967 e HC 66.368/PR. E, como dissemos, quando o advogado tem conversa interceptada acidentalmente, por conta de investigação criminal, não dele, mas sim do cliente ou alguém relacionado, a interceptação não é ilegal; contudo, deve ser considerada inválida em decorrência do sigilo profissional.

O STJ possui decisão sobre o tema: “A captação incidental de diálogos entre o advogado e o cliente/investigado não configura violação do sigilo profissional do causídico. Precedente. Na hipótese, em interceptação telefônica devidamente autorizada pela justiça, foram captados incidentalmente diálogos entre o advogado e a esposa de um dos investigados, a qual não estava sob seu patrocínio.” (AgRg no AREsp 457.522/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015).

O problema que se coloca é a previsão de o Projeto Anticrime interceptar as conversas entre os clientes e os seus advogados de forma deliberada e proposital, mesmo através de autorização judicial. Tal ato não deve ocorrer, pois ao profissional do Direito deve residir autonomia plena de função; e sua relação de confiança

com seus clientes não pode ser maculada em nenhuma hipótese.⁽⁵⁾

A Constituição Federal através dos artigos 5º, XII, XIV, LVI e 133, além do artigo 8º, 2, d e g, 3 do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, e do artigo 7º, incisos I e II do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, garantem a impossibilidade de captação de qualquer conversa entre os advogados e seus clientes, especialmente para proteger os interesses do acusado, para preservar que sejam desveladas situações que maculem ou tragam prejuízos inadmissíveis a sua privacidade e intimidade ao afetarem seus direitos: consciência, silêncio, presunção de inocência e a confiança na relação com o causídico, visto que em alguma dessas conversas podem ser relevados elementos que contribuam para sua autoincriminação ou que maculem sua defesa.

No sopesamento dos direitos fundamentais, pela visão pretendida pelo Projeto Anticrime, é legítimo relativizar e suprimir direitos de um cidadão brasileiro, em defesa da bandeira da segurança e da proteção social. Se o Estado é ineficiente e não dispõe de outros elementos para coibir os delitos, não podem ser autorizadas a relativização e supressão de direitos. O Direito Penal do Inimigo não faz parte da realidade brasileira, apesar de o Ministro da Justiça querer, pelo visto, se aproximar a passos largos dos conceitos defendidos por **Günther Jackobs**.

Ressalte-se que não há proteção quando o advogado passa a ser investigado por ser membro de organização criminosa, estar vinculado a atividades ilícitas e se aproveitar da prerrogativa do sigilo da profissão para transmitir informações relevantes à organização criminosa e a seus membros.

Importante destacar que a legislação penal vigente já estabelece que integrar organização criminosa é ato punido com pena de 3 a 8 anos de prisão. Além disso, será que o presente Anteprojeto revogaria o artigo 288-A do Código Penal? Ademais, como ficam temas passíveis de inconstitucionalidade como os impedimentos, para os membros de organizações criminosas, para progressão de regime, ou para a concessão do livramento condicional e também para os benefícios adquiridos pelo preso por organização que mantiver vínculo associativo? Será autorizada a supressão de direitos?

No tocante às organizações criminosas, claro está que o Brasil tem perdido a batalha para as facções criminosas que se transnacionalizaram e ampliaram suas operações⁽⁶⁾ graças à colaboração ativa de agentes públicos do Estado nas fronteiras ao longo do território nacional; mas não só isso, porque também há falta de efetivo, falta de motivação, baixa remuneração, falta de equipamento, materiais, além de uma não proteção efetiva às fronteiras; pois em muitos trechos não há sequer um aparato para separar os países.

O Brasil, graças à atuação das organizações criminosas nas fronteiras, se tornou o segundo consumidor de cocaína do mundo no último ano. Cerca de 6 milhões de brasileiros provaram cocaína alguma vez na vida, e 2,8 milhões fizeram uso da droga em 2018, segundo pesquisa que situa o Brasil como segundo consumidor mundial da substância entorpecente e seus derivados, ficando atrás apenas dos Estados Unidos.

Ciente da expansão das facções criminosas, o Estado Democrático de Direito Brasileiro responde da maneira que sempre o fez: com repressão penal, a solução mais rápida e midiática como resposta à crise da segurança pública. Desde 1940, ano de criação do ainda vigente Código Penal, até os dias correntes o Brasil criou 180 leis penais. E qual foi o impacto de tais medidas no universo prisional? Um aumento exponencial da população carcerária.

Em 1993, ano da criação do PCC, a população carcerária era de 126,2 mil presos.⁽⁷⁾ Passados pouco mais de 25 anos, os números assustam, pois, segundo o Conselho Nacional do Ministério Público, a população carcerária é de pouco mais de 700 mil presos, população 175% acima da capacidade de ocupação, isto é, com notada superlotação. Se analisado por região, a situação somente piora, pois no Norte do Brasil temos quase três vezes a quantidade de presos em relação ao espaço disponível.⁽⁸⁾

Com o Projeto de Lei Anticrime, o legislador brasileiro pretende seguir com sua política de endurecimento penal, sem tratar do cerne do problema das facções criminais: a falta de harmonização das penas. As facções ganham espaço e força perante os detentos por terem se tornado uma espécie de sindicato do crime, na luta por melhoria de condições dentro dos presídios.

Afinal, falha o Estado Democrático de Direito quando não há respeito à dignidade da pessoa humana; ao manter os presos em locais superlotados, sem condições sanitárias e dignas. Da mesma sorte, ao não respeitar os direitos dos presos, retardar sua progressão de regime, não lhe retirar do sistema quando já cumpriu pena, mantendo-o preso por descuido estatal.

Em verdade, o que precisa ser feito é tratar a causa do problema e não as suas consequências, como tem feito o legislador brasileiro. E o cerne da questão é um Estado que não respeita a população carcerária, não aplica a harmonização das penas e não incentiva a ressocialização prisional, o que reflete no aumento do cometimento de crimes e no inchaço da massa prisional. Endurecer não é a solução, portanto, para melhorar o sistema O Estado deve se preocupar em criar condições para que o presos não precisem se filiar as facções como forma de sobreviver, mas sim tenham a opção de escolha entre uma proposta ressocializatória estatal com harmonização das penas e respeito aos seus direitos e garantias ou pertencer ao mundo do crime e das facções criminosas. Hoje não há essa possibilidade de escolha. E criar novas leis não mudará o cenário, será apenas mais uma ação midiática de pouca eficácia prática.

A interceptação ao nosso ver também é um mero paliativo, não afeta o real problema. Para atingir eficazmente as facções criminosas, o Brasil deve se modernizar e investir sim, não na criação de novas leis de endurecimento, mas em cooperação internacional, com parcerias em investigação científica, a fim de melhorar sua tecnologia, seu serviço de inteligência, a capacitação dos seus agentes para atuar na prevenção do crime organizado transnacional e estar em conformidade com os organismos internacionais dedicados ao tema.

Notas

- (1) Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DBE5D738153B1355BF1554F5F33DD07A.proposicoesWebExterno1?codteor=1712111&filename=Tramitacao-PL+882/2019>. Acesso em: 10 mai. 2019.
- (2) A legislação também prevê a possibilidade de “captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”, consoante o inciso IV do art. 2º da Lei n. 9.034/95, incluído pela Lei n. 10.217, de 11.04.2001. STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 293.
- (3) O legislador perdeu uma boa oportunidade de regulamentar o assunto, que normalmente vem tratado, no direito estrangeiro, juntamente com a disciplina das interceptações. O Projeto Miro Teixeira cuidava 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. Com efeito, parece-nos que a licitude ou não da prova obtida através desse expediente deve ser analisada casuisticamente, de acordo com o caso concreto. É claro que essa conclusão vai de encontro com o princípio da segurança

jurídica, mas não enxergamos outra solução até que se regulamente a matéria. Nesse sentido, o STJ considerou ilícita a gravação clandestina realizada pela companheira do acusado, com o objetivo de incriminá-lo pelo homicídio da vítima, pessoa com quem ela mantinha uma relação amorosa. Nos termos da ementa da decisão: “tal prova (gravação clandestina) foi colhida com indevida violação de privacidade (art.5º, X, da CF) e não como meio de defesa ou em razão de investida criminoso, razão pela qual deve ser reputada ilícita”. Sem embargo dos posicionamentos contrários à utilização da gravação clandestina (ambiental ou telefônica) como meio de obtenção de prova, reiteramos que o tema deve ser discutido de acordo com o caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade. Deve-se, portanto, perquirir se o sacrifício ao direito à intimidade da pessoa gravada de forma sub-reptícia se justifica diante da finalidade da gravação. Em outras palavras, é imprescindível que os bens jurídicos em confronto sejam sopesados, dando-se preferência àquele de maior relevância. Demais disso, não podemos olvidar que a gravação de uma conversa não se confunde com a sua divulgação. É a divulgação que viola o direito à intimidade e não a gravação, afinal, as informações compartilhadas com a pessoa responsável pelo registro da comunicação ocorrem de maneira espontânea, sem qualquer tipo de coação ou engodo. Sendo assim, havendo justa causa (juízo de proporcionalidade), tais informações podem perfeitamente ser utilizadas como prova. Ora, se uma pessoa pode prestar testemunho sobre uma conversação da qual ela fez parte, por que uma gravação do mesmo diálogo seria considerada ilícita?! GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 17 p. 115.

- (4) RODAS, Sérgio. Pacote “anticrime” quer permitir gravação de conversa entre advogado e cliente preso. *Revista Consultor Jurídico*, 7 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-permitir-gravacao-entre-advogado-cliente-preso>>. Acesso em: 16 mai. 2019.
- (5) O que dizer da “escuta ambiental”, que permite “a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos”, que poderá, vejam bem, ser realizada “no período noturno ou por meio de operação policial disfarçada”? Vai na mesma linha da autorização que o projeto planeja conferir às autoridades de, em presídios federais, gravar as conversas entre advogado e cliente. Gravar advogado. Agente do Estado disfarçado praticando “escuta ambiental”. Além de uma espécie de “licença para matar”, o projeto “anticrime” é atingido pelo Fator Big Brother. Isso porque, além do policial disfarçado que, à la Grande Irmão, tudo escuta, também se pretende que seja possível agora a prática do agente encoberto. De novo: o discurso é bonito. Na prática, a teoria é outra. STRECK, Lenio Luiz. PCC, CV e milícias ganham status legislativo: Moro dá bois aos nomes! *Revista Consultor Jurídico*, 14 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/senso-incomum-pcc-cv-milicias-ganham-status-legislativo-moro-bois-aos-nomes>>. Acesso em: 15 mai. 2019.
- (6) Inquestionável, por outro lado, que, hoje, a atuação do crime organizado é praticamente universal. A interligação da economia mundial permitiu ao crime organizado a globalização de suas “atividades”, mormente após a queda do comunismo soviético e a dissolução das fronteiras da Europa por consequência da formação da comunidade econômica europeia. Com isso a Máfia, seja a siciliana ou sua coirmã norte-americana, tende a crescer ainda mais, e assim também aquelas organizações menores, algumas das quais lhe são aparentadas, como a “Camorra” de Nápoles, a “Sacra Carona Unira” de Púglia e a “N’drangheta” da Calábria. E igualmente se expandem as Triades chinesas e a Yakuza japonesa, além de bandos criminosos que, amparados pela Máfia siciliana, agem na Europa do Leste e na Rússia e, presentemente, na França, na Holanda, na Grã-Bretanha e na Alemanha. FERNANDES, NEWTON; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 446.
- (7) Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2019.
- (8) Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 12 mai. 2019.

Antonio Baptista Gonçalves

Pós-doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de La Matanza. Doutor e mestre em Filosofia do Direito pela PUCSP.

MBA em Relações Internacionais pela FGV. Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra.

Advogado.

ORCID: 0000-0002-1666-3461

antonio@antoniongoncalves.com

Recebido em: 14.03.2019

Aprovado em: 20.08.2019

Versão final: 19.09.2019