



Revista  
Brasileira de  
**Direito  
Processual  
Penal**

Volume 3 - Nº 02 - mai./ago. 2017

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2>

*Dossiê “Investigação Preliminar, Meios Ocultos e Novas Tecnologias”*



IBRASPP

## EXPEDIENTE

---

### EDITORES-CHEFES

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli (PUCRS e IBRASPP – Porto Alegre/RS)

Prof. Me. Vinicius Gomes de Vasconcellos (USP e FICS – São Paulo/SP;  
IBRASPP – Porto Alegre/RS)

### EDITORES-ASSOCIADOS

Prof. Dr. André Machado Maya (IBRASPP – Porto Alegre/RS)

Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente (UAL – Lisboa/PT)

### EDITORES-ASSISTENTES

Prof.a. Bruna Capparelli (*Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna /IT)

Prof. Me. Caique Ribeiro Galícia (PUCRS e IBRASPP – Porto Alegre/RS; FCG e  
FACSUL – Campo Grande/MS)

### CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Francesco Caprioli, Università degli Studi di Torino, Itália

Prof. Dr. Gabriel Ignacio Anitua, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Germano Marques da Silva, Universidade Católica de Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Giulio Illuminati, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Itália

Prof. Dr. Juan Montero Aroca, Universidad de Valencia, Espanha

Prof.a. Dra. Lorena Bachmaier Winter, Univerdidad Complutense de Madrid, Espanha

Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, Universidade Autónoma  
de Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Máximo Langer, Univerity of California, Estados Unidos

Prof. Dr. Michele Caianiello, *Alma Mater Studiorum* - Università  
di Bologna, Itália

Prof. Dr. Paolo Ferrua, Università degli Studi di Torino, Itália  
Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Universidad Complutense de Madrid, Espanha  
Prof. Dr. Raúl Cervini, Universidad Católica de Uruguay, Uruguay  
Prof. Dr. Renzo Orlandi, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Itália  
Prof. Dr. Rui Cunha Martins, Universidade de Coimbra, Portugal  
Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina, Itália  
Profa. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, Espanha

#### **PARERERISTAS (DESTE NÚMERO)**

Américo Bedê Freire Júnior (FDV - Vitória/ES)  
Antonio Henrique Graciano Suxberger (Uniceub - Brasília/DF)  
Bruna Angotti (USP - São Paulo/SP)  
Bruno Tadeu Buonicore (Universidade de Frankfurt/ALEM)  
Camilla Marcondes Massaro (PUC - Campinas/SP)  
Carolina de Freitas Paladino (TJPR - Curitiba/PR)  
Chiavelli Fazenda Falavigno (USP - São Paulo/SP)  
Christiano Falk Fragoso (UERJ - Rio de Janeiro/RJ)  
Eduardo Bruno Avellar Milhomens (PUCMinas - Belo Horizonte/MG)  
Eduardo Saad-Diniz (USP - Ribeirão Preto/SP)  
Fábio Ramazzini Bechara (Mackenzie - São Paulo/SP)  
Felipe da Silva Freitas (UnB - Brasília/DF)  
Fernanda Regina Vilares (USP - São Paulo/SP)  
Flavia Siqueira (UFMG - Belo Horizonte/MG)  
Flaviane de Magalhães Barros (PUCMinas - Belo Horizonte/MG)  
Flávio Cardoso Pereira (MPGO - Goiânia/GO)  
Franklyn Roger Alves Silva (UERJ - Rio de Janeiro/RJ)  
Frederico Valdez Pereira (Università degli Studi di Pavia/IT)  
Gustavo Barbosa de Mesquita Batista (UFPB - João Pessoa/PB)  
Gustavo Noronha de Ávila (UEM - Maringá/PR)  
Humberto Soares de Souza Santos (UERJ - Rio de Janeiro/RJ)  
Israel Domingos Jorio (FDV - Vitória/ES)  
Jéssica Raquel Sponchiado (USP - São Paulo/SP)  
José de Assis Santiago Neto (PUCMinas - Belo Horizonte/MG)  
José Eduardo Lourenço dos Santos (Univem - Marília/SP)

Leandro Gornicki Nunes (UFPR - Curitiba/PR)  
Lorena Bachmaier Winter (UCM - Madrid/ESP)  
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (ESDHC - Belo Horizonte/MG)  
Marcelo Xavier de Freitas Crespo (FADI - Sorocaba/SP)  
Marcus Alan Gomes (UFPA - Belém/PA)  
Matheus Herren Falivene de Sousa (USP - São Paulo/SP)  
Michelle Girona Cabrera (PUCPR - Curitiba/PR)  
Nestor Eduardo Araruna Santiago (UFC e Unifor - Fortaleza/CE)  
Patrick Cacicedo (USP - São Paulo/SP)  
Rafael Fecury Nogueira (FABEL e FIBRA - Belém/PA)  
Rafhael Lima Ribeiro (PUCMinas - Belo Horizonte/MG)  
Raphael Boldt de Carvalho (FDV - Vitória/ES)  
Ricardo Sontag (UFMG - Belo Horizonte/MG)  
Rodrigo Régner Chemim Guimarães (Unicuritiba - Curitiba/PR)  
Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP - São Paulo/SP)  
Tomás Grings Machado (Unisinos/RS)

#### **AUTORES DE ARTIGOS ORIGINAIS (DESTE NÚMERO)**

Adán Carrizo González-Castell (Universidad de Salamanca/Espanha)  
Antonio Eduardo Ramires Santoro (UFRJ, IBMEC e UCP – Rio de Janeiro/RJ)  
Cleopas Isaías Santos (UNDB – São Luís/MA)  
Fernanda Prates (FGV – Rio de Janeiro/RJ)  
Francesco Caprioli (Università degli Studi di Torino/Itália)  
Jefferson de Carvalho Gomes (UCP – Petrópolis/RJ)  
Natália Lucero Frias Tavares (UCP – Petrópolis/RJ)  
Paolo Ferrua (Università degli Studi di Torino/Itália)  
Patrícia Tiraboschi Burin (IDP – Brasília/DF)  
Pedro Machado de Almeida Castro (Unb – Brasília/DF)  
Priscilla Placha Sá (PUCPR e UFPR – Curitiba/PR)  
Samyr Béliche Vale (UFMA – São Luís/MA)  
Soraia da Rosa Mendes (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)  
Thiago Bottino do Amaral (FGV – Rio de Janeiro/RJ)

# Sumário

## 435 *Editorial*

- 437 Editorial: Controle por pares e a função do revisor – premissas e orientações para uma avaliação consistente

*Editorial: Peer review and the reviewer's role – principles and alignments to an effective review*

**Vinicius Gomes de Vasconcellos**

- 459 Editorial: O fascínio do conhecimento do Direito Processual Penal na era do “protagonismo jurisdicional” e da comunicação científica digital

*Editorial: The fascination of knowledge of criminal procedural law in the age of “jurisdictional protagonism” and digital scientific communication*

**Bruna Capparelli**

## 471 *Dossiê: Investigação Preliminar, Meios Ocultos e Novas Tecnologias*

- 473 Editorial dossiê “Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias”

*Editorial dossier “Preliminary inquiry, hidden mechanisms and new technology”*

**Manuel Monteiro Guedes Valente**

- 483 Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia  
“Trojan horse” malware as a mean for obtaining evidence in Italy

*O “captador informático” como instrumento de busca da prova na Itália*

**Francesco Caprioli**

- 511 La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción

*Police infiltration in Spain as an investigative measure for fighting corruption*

**Adán Carrizo González-Castell**

- 537 Na contramão do discurso midiático: uma perspectiva garantista da atuação do delegado ou da delegada de polícia

*Against mediatic speech: a guarantistic perspective of the police chief's role*

**Soraia da Rosa Mendes e Patrícia Tiraboschi Burin**

- 567 Questões político-criminais e processuais penais sobre a investigação criminal de chacinas protagonizadas por facções criminais nos presídios brasileiros

*Political-criminal and criminal-procedural issues about the criminal investigation of slaughters carried out by criminal factions in Brazilian prisons*

**Priscilla Placha Sá**

- 605 O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia

*The protagonism of information technology systems in telephone interception: the importance of the chain of custody*

**Antonio Eduardo Ramires Santoro, Natália Lucero Frias Tavares e Jefferson de Carvalho Gomes**

- 633 A Lei nº 13.344/2016 e as novas técnicas de localização de vítimas e suspeitos de crimes de tráfico de pessoas: eficácia, legalidade e conformação constitucional

*Law nº 13.344/2016 and the new techniques for the localization of human trafficking victims and suspects: effectiveness, legality and constitutional adequacy*

**Cleopas Isaías Santos e Samyr Béliche Vale**

## **659 Fundamentos de Direito Processual Penal**

- 661 Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália

*The genesis of the “giusto processo” constitutional reform in Italy*

**Paolo Ferrua**

## **689 Persecução Penal: investigação, juízo oral, provas e etapa recursal**

- 691 Medidas cautelares pessoais, poder geral de cautela e a taxatividade mitigada

*Precautionary measures of personal character, general power of caution and mitigated category list*

**Pedro Machado de Almeida Castro**

## **717 Execução Penal**

- 719 Notas sobre a política de monitoração eletrônica no estado do Rio de Janeiro

*Notes on the electronic monitoring policy in the state of Rio de Janeiro*

**Thiago Bottino e Fernanda Prates**

***Editorial***



# Editorial: Controle por pares e a função do revisor – premissas e orientações para uma avaliação consistente

*Editorial: Peer review and the reviewer's role – principles and  
alignments to an effective review*

**Vinicius Gomes de Vasconcellos**

Doutorando em Direito na Universidade de São Paulo – São Paulo/SP  
Editor-chefe da RBDPP e editor-assistente da RBCCRIM  
vgomesv@gmail.com

 [lattes.cnpq.br/9628659956663949](http://lattes.cnpq.br/9628659956663949)

 [orcid.org/0000-0003-2020-5516](http://orcid.org/0000-0003-2020-5516)

 [publons.com/a/1174099/](http://publons.com/a/1174099/)

Continuando com a análise das fases e dos papéis dos atores do processo editorial científico,<sup>1</sup> após assentar as premissas sobre o periódico científico e a atuação do editor,<sup>2</sup> este editorial pretende explorar as características fundamentais do “controle por pares” e, conseqüentemente, do revisor na produção do conhecimento em revistas científicas. Trata-se, certamente, do núcleo do processo editorial científico como concebido contemporaneamente,<sup>3</sup> tendo em vista que a ampla maioria dos periódicos adota o sistema de controle por pares para seleção de artigos, o que é, inclusive, imposto pelos órgãos de certificação, como a Comissão Qualis/CAPES.

---

<sup>1</sup> Assumindo-se os potenciais problemas do sistema de controle por pares, mas ressaltando suas possíveis contribuições, deve-se adotar postura crítica, de modo que “(...) uma compreensão clara de cada uma das funções desenvolvidas por cada um dos atores contribui para minimizar, ainda que não elimine, os potenciais efeitos negativos sobre a publicação dos melhores trabalhos em qualquer área da ciência” (MARTÍNEZ. La revisión por pares y la selección de artículos para publicación, p. 30) (tradução livre).

<sup>2</sup> VASCONCELLOS. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais, p. 9-17.

<sup>3</sup> BENOS; KIRK; HALL. How to review a paper, p. 50.

Contudo, tal temática é pouco explorada cientificamente no meio acadêmico brasileiro e, ainda menos, no Direito, o que prejudica a preparação de bons avaliadores e a qualidade do controle por pares. Desse modo, na melhor das hipóteses, essa tarefa acaba sendo aprendida exclusivamente pela experiência individual, em lugar de desenvolvida por orientações consolidadas e fundamentadas. Sintoma desse quadro é a raridade (ou inexistência) de disciplinas ou seminários nos PPGs brasileiros que preparem o acadêmico para a sua atuação como revisor de periódicos,<sup>4</sup> ignorando-se que isso será indispensável para a manutenção do sistema de produção de conhecimento científico: cada vez mais se cobra produtividade em termos de publicação de artigos em periódicos, mas, insequentemente, pouco (ou quase nada) se prepara, incentiva ou valoriza a atuação de editores e avaliadores.<sup>5</sup>

Assim, este editorial aspira *analisar a posição e a função do revisor no processo editorial científico* para, então, assentar certas *premissas* importantes para sua atuação e indicar algumas *orientações* com o objetivo de fomentar o aprimoramento das avaliações realizadas. Para tanto, utilizar-se-á referencial bibliográfico específico e embasado em pesquisas empíricas sempre que possível, mas também percepções de experiência como autor, revisor e editor. Nesse sentido, o texto se estruturará em três partes: (I) definição e características do controle por pares; (II) premissas de atuação do revisor; e, (III) orientações para redação de pareceres consistentes.

Inicialmente (I), deve-se assentar que o *controle por pares* é um mecanismo de avaliação de trabalhos científicos utilizado em diversos

---

<sup>4</sup> FERREIRA; PINTO; BELFORT. O que é uma boa revisão de artigo em Administração? p. 92. Assim também no exterior: ROBERTS; COVERDALE; EDENHARDER; LOUIE. How to Review a Manuscript, p. 81.

<sup>5</sup> Considerando a crescente cobrança imposta para que os pesquisadores publiquem artigos em periódicos científicos e a necessidade de respeito aos parâmetros básicos do processo editorial, se a CAPES e o próprio meio acadêmico não melhor valorarem a atuação dos acadêmicos como pareceristas e editores, o sistema logo entrará em colapso por falta de pareceres suficientes para a avaliação dos trabalhos submetidos. Sobre a relação entre revisão por pares e a cultura de produtivismo acadêmico, ver: SHIGAKI; PATRUS. Revisão por pares e produtivismo acadêmico sob a ótica de avaliadores de artigos de periódicos em Administração, p. 402-407.

meios, não só em periódicos científicos, mas também nos próprios programas de pós-graduação (bancas de mestrado, doutorado, etc.) e em análises para concessões de financiamentos por órgãos de fomento, por exemplo. Trata-se de “um processo baseado na premissa de que os revisores são indivíduos competentes na área do artigo que avaliam, que são independentes, objetivos e que dedicam seu melhor esforço à avaliação”.<sup>6</sup> Ou seja, parte-se da ideia de que os pares (especialistas na mesma área) dos próprios autores dos artigos têm competências científicas e técnicas para analisar criticamente os elementos formais e substanciais das pesquisas que se pretende divulgar ao meio acadêmico e à sociedade.<sup>7</sup> Assim, assegura-se à publicação um “selo de certificação, sinalizando que o trabalho foi escrutinado pelos pares”.<sup>8</sup>

Nas revistas científicas, o revisor assume duas funções primordiais no processo editorial: 1) auxiliar e orientar o editor na avaliação e seleção dos trabalhos submetidos ao periódico (*gatekeeping role*); e, 2) ajudar o autor a melhorar o trabalho com críticas e sugestões construtivas.<sup>9</sup> Ou seja, como primeira constatação que deve ser considerada, afirma-se que o parecer deve ser redigido considerando seus destinatários: editor e autor.<sup>10</sup>

Em termos gerais, o controle por pares pode ser realizado de três modos distintos, em relação ao anonimato dos sujeitos envolvidos.<sup>11</sup> O sistema majoritariamente utilizado<sup>12</sup> (e imposto pela *Qualis-Direito*)<sup>13</sup>

---

<sup>6</sup> FERREIRA; CANELA; PINTO. O processo editorial nos periódicos e sugestões para a publicação, p. 5.

<sup>7</sup> SPYNS; VIDAL. *Scientific Peer Reviewing*, p. 2; WERLANG. *Revisão por pares*, p. 29.

<sup>8</sup> FERREIRA; PINTO; BELFORT. O que é uma boa revisão de artigo em Administração? p. 89.

<sup>9</sup> FERREIRA. Como rever um artigo, p. 1; ROBERTS; COVERDALE; EDENHARDER; LOUIE. How to Review a Manuscript, p. 81; PROVENZALE; STANLEY. A systematic guide to reviewing a manuscript, p. 848.

<sup>10</sup> PLATA-CAVIDES; CÓRDOBA-SALGADO; TRZESNIAK. Dictámenes en Revistas Científicas, p. 51; LEUNG; LAW; KUCUKUSTA; GUILLET. How to review journal manuscripts, p. 46.

<sup>11</sup> ALI; WATSON. Peer review and the publication process, p. 195-197.

<sup>12</sup> WERLANG. *Revisão por pares*, p. 74.

<sup>13</sup> Relatório com os critérios adotados em 2016 para a classificação Qualis-Direito disponível em: <[http://www.capes.gov.br/images/documentos/Qualis\\_periodicos\\_2016/Direito\\_Qualis\\_.pdf](http://www.capes.gov.br/images/documentos/Qualis_periodicos_2016/Direito_Qualis_.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2017.

é o duplo-cego (*double-blind*), em que tanto os avaliadores não têm acesso aos dados do autor da submissão, como o autor não saberá quem revisou seu texto, de modo que somente o editor tem conhecimento das identidades para realizar o manejo das comunicações. Já no sistema de cego-simples (*single-blind*), autores não sabem quem foram os avaliadores, mas estes recebem os artigos com identificação do pesquisador. Por fim, no sistema aberto (*open review*) todos os envolvidos são mutuamente identificados e, em algumas revistas, os pareceres são, inclusive, publicados juntamente com o artigo aprovado.

O sistema duplo-cego possui os benefícios de tentar reduzir atuações parciais de avaliadores em razão de predisposições em relação a autores específicos,<sup>14</sup> além de possibilitar aos pareceristas críticas profundas sem preocupação de retaliações posteriores, sendo por isso apontado como preferido por parte majoritária dos avaliadores.<sup>15</sup> Contudo, esse anonimato também possibilita abusos, como pareceres agressivos ou inconsistentes (o que deve ser controlado e repudiado pelo editor), além de fomentar revisões não tão dedicadas em razão do pouco reconhecimento do trabalho realizado.<sup>16</sup> Por isso, a adoção do sistema aberto é uma tendência com o objetivo de valorizar e responsabilizar o avaliador pelos pareceres realizados, caracterizando uma opção interessante a ser considerada pelos periódicos jurídicos brasileiros futuramente.<sup>17</sup>

Com a pretensão de assegurar avaliações imparciais e sem receios de represálias, a RBDPP atualmente adota o sistema duplo-cego, mantendo o anonimato recíproco entre autores e avaliadores durante

---

<sup>14</sup> Contudo, na prática, assegurar totalmente o anonimato dos autores é muito complicado (ou até impossível em alguns casos), pois, sendo o avaliador um especialista na área temática e, em regra, os pesquisadores de cada campo conhecem os estilos e temas pesquisados reciprocamente, presumir a autoria do artigo (mesmo sem qualquer informação de identificação) é relativamente possível, de modo que verificações de *conflito de interesses* são importantes ainda que em periódicos com avaliação dupla-cega.

<sup>15</sup> LEUNG; LAW; KUCUKUSTA; GUILLET. How to review journal manuscripts, p. 51.

<sup>16</sup> MARTÍNEZ. La revisión por pares y la selección de artículos para publicación, p. 28-30.

<sup>17</sup> Afirmando que a abertura/publicidade no processo editorial é fundamental para o “controle sobre o controle por pares”: COMMONER. Peering at Peer Review, p. 29.

o processo editorial. Contudo, em prol da valorização da atuação do revisor, permite-se a posterior publicação do parecer em sistemas de certificação (como *Publons*)<sup>18</sup> ou na própria revista, na seção de *Críticas Científicas*. Ou seja, o anonimato é uma prerrogativa do avaliador, que pode ser por ele renunciada para reconhecimento do seu trabalho após o encerramento do processo editorial do respectivo artigo.

Atualmente afirma-se que a maioria dos pesquisadores atua como parecerista de periódicos por quatro motivos: “fazer a sua parte na comunidade acadêmica”, “apreciar ajudar no aprimoramento dos artigos”, “gostar de ter contato com os estudos antes de sua publicação” (ou seja, conhecer o que está sendo produzido nas pesquisas de ponta antes da divulgação ampla) e “retribuir as avaliações feitas por outros pareceristas aos próprios trabalhos”.<sup>19</sup> Resta evidente que qualquer pesquisador inserido no meio acadêmico deve colaborar com o processo editorial dos periódicos científicos, pois todos se utilizam desse sistema ao submeterem seus próprios artigos e aguardarem por avaliações consistentes e em prazo razoável. Ou seja, a *atuação como revisor de periódicos precisa ser um elemento fundamental e constante na carreira acadêmica de qualquer pesquisador*.<sup>20</sup> Além disso, o avalia-

---

<sup>18</sup> A RBDPP firmou pareceria com o inovador sistema *Publons*, um mecanismo de certificação e reconhecimento da produção técnica desenvolvida pelo revisor nas colaborações realizadas ao avaliar os artigos submetidos. Após o envio do parecer, o avaliador poderá inserir tal informação em seu perfil *Publons* (pelo próprio sistema da RBDPP ou por e-mail encaminhado após a confirmação da avaliação), o que garante a confiabilidade da informação, pois o sistema possui mecanismo de checagem da atividade descrita. Sobre isso, ver: RAJPERT-DE MEYTS; LOSITO; CARRELL. Rewarding peer-review work, p. 985-986; SMITH. Will *Publons* Popularize the Scientific Peer-Review Process?, p. 265-266.

<sup>19</sup> WARE. *Peer review*, p. 8 (tradução livre). Assim também em pesquisa mais recente: WARE. *Peer review survey 2015*, p. 36. Em estudo com avaliadores brasileiros: SHIGAKI; PATRUS. Revisão por pares e produtividade acadêmica sob a ótica de avaliadores de artigos de periódicos em Administração, p. 410-413.

<sup>20</sup> “A revisão por pares é essencial para se produzir ciência de qualidade. Revisar artigo é atividade científica. A reputação de um pesquisador se constrói não só pela qualidade dos seus artigos, mas também pela qualidade da sua revisão nos textos dos pares. No sistema de valores da comunidade científica, a recusa sistemática de revisões pelo pesquisador é negativa” (DESLANDES; SILVA. Revisão por pares, p. 421).

dor desenvolve suas próprias habilidades como cientista e escritor ao ler e revisar trabalhos científicos, além de ao comparar seus pareceres com os demais envolvidos no processo editorial do artigo com o *feedback* do editor.<sup>21</sup>

Certamente, o processo editorial científico pautado pelo controle por pares não é um mecanismo perfeito e precisa ser analisado criticamente, com o objetivo de *reduzir possíveis espaços de arbitrariedade e erro*.<sup>22</sup> Conforme Shigaki e Patrus, “as críticas mais comuns, aqui elencadas em ordem decrescente de citações, estão relacionadas a tempo, sobrecarga de trabalho, subjetividade das avaliações, falta de reconhecimento do trabalho do avaliador, falta de padrão de qualidade na seleção dos avaliadores, necessidade de ter mais avaliadores para criar rotatividade entre eles, parcialidade dos editores e abuso de poder”.<sup>23</sup>

Algo facilmente perceptível por autores e editores, que em uma primeira análise seria um sinal da fragilidade do processo de avaliação, é a alta frequência de discordâncias entre os pareceres emitidos a um artigo: raro é o caso em que dois avaliadores fazem críticas semelhantes e apontam os mesmos problemas no texto.<sup>24</sup> Aqui se destaca a *importância da atuação do editor* que, a partir da leitura do artigo e dos pareceres, de-

<sup>21</sup> SPYNS; VIDAL. *Scientific Peer Reviewing*, p. 2.

<sup>22</sup> Estudos demonstram que alguns dos artigos mais relevantes em suas áreas foram inicialmente rejeitados por periódicos, o que impõe a problematização da ideia de que o controle por pares é um meio perfeito para seleção dos melhores trabalhos científicos. Sobre isso, ver: CAMPANARIO, Have Referees Rejected Some of the Most-Cited Articles of All Times? p. 302-310; CAMPANARIO. Peer review for journals as it stands today, p. 198-199. Em relação à (não) absoluta fiabilidade de artigos publicados após controle por pares e os problemas da utilização de tal conhecimento como prova científica em processos judiciais, ver: HAACK. La evaluación por pares y la publicación, p. 15-40. Em geral, sobre os problemas do controle por pares: LOCK. *A difficult balance*, p. 23-55.

<sup>23</sup> SHIGAKI; PATRUS. Revisão por pares e produtivismo acadêmico sob a ótica de avaliadores de artigos de periódicos em Administração, p. 413. Afirmando que a principal crítica é a demora do processo de avaliação com controle por pares: WERLANG. *Revisão por pares*, p. 75.

<sup>24</sup> FISKE; FOGG. But the reviewers are making different criticisms of my paper, p. 591-598; WARE. *Peer review*, p. 16; CORONEL; OPTHOF. The role of the reviewer in editorial decision-making, p. 263; CAMPANARIO. Peer review for journals as it stands today, p. 191.

verá decidir e consolidar as críticas para orientação do autor.<sup>25</sup> Portanto, esperar-se uniformidade de visões entre avaliadores é inviável, mas é exatamente das divergências que resultarão maiores contribuições para o aprimoramento do texto. Certamente, o risco de abusos por parte do editor, que precisa conhecer os dados dos autores e avaliadores para possibilitar o contato e a estruturação de um fluxo editorial otimizado, é inevitável, mas para reduzi-lo deve-se consolidar ao máximo mecanismos de transparência do processo editorial e de controles internos e externos da sua atuação.<sup>26</sup>

Diante do exposto, inegáveis são os problemas relacionados ao sistema de controle por pares para seleção de trabalhos e, assim, do conhecimento produzido em determinada área do saber, de modo que a constante busca por redução dos riscos de abusos e arbitrariedades deve ser primordial. Contudo, além de ser a única opção viável atualmente,<sup>27</sup> também é inquestionável que, quando adequadamente realizado, o *processo editorial com controle por pares contribui concretamente* ao aprimoramento dos artigos e fornece elementos razoáveis para ajudar a equipe editorial do periódico na seleção das submissões.<sup>28</sup> Nesse sentido, na

---

<sup>25</sup> SOLOMON. The Role of Peer Review for Scholarly Journals in the Information Age, p. 3; FERREIRA; PINTO; BELFORT. O que é uma boa revisão de artigo em Administração? p. 101.

<sup>26</sup> WICHERTS. Peer Review Quality and Transparency of the Peer-Review Process in Open Access and Subscription Journals, p. 15-17.

<sup>27</sup> Em termos semelhantes: WINCK; WEDZICHA; FONSECA; AZEVEDO. To publish or perish, p. 101; LEE. How to be a great reviewer, p. 158; MARTÍNEZ. La revisión por pares y la selección de artículos para publicación, p. 28; LARSON; CHUNG. A systematic review of peer review for scientific manuscripts, p. 38; BIGGS. The impact of peer review on intellectual freedom, p. 162-163; WERLANG. *Revisão por pares*, p. 31; HAMES. *Peer Review and Manuscript Management in Scientific Journals*, p. 3.

<sup>28</sup> Em pesquisa empírica que analisou artigos antes e após o processo editorial da revista *Annals of Internal Medicine* demonstrou-se que, em regra, houve efetivos aprimoramentos em 33 dos 34 critérios examinados: GOODMAN; BERLIN; FLETCHER; FLETCHER. Manuscript quality before and after peer review and editing at *Annals of Internal Medicine*, p. 11-21. Em recente pesquisa realizada por meio de entrevista a 2004 avaliadores, 74% dos revisores afirmaram que o controle por pares acarreta efetivo aprimoramento aos artigos científicos e 82% concordou com a frase “sem revisão por pares não há controle sobre a comunicação científica” (WARE. *Peer review survey 2015*, p. 10) (tradução livre). De modo semelhante, na pesquisa de 2009: WARE. *Peer*

doutrina brasileira, afirma-se que, “apesar de suas limitações, o processo de revisão por pares é imprescindível para a difusão do conhecimento, pois é uma etapa essencial no julgamento de manuscritos científicos”, de modo que “é importante que se façam mudanças no sentido de reduzir a subjetividade e, desta forma, garantir credibilidade ao processo”.<sup>29</sup>

Partindo-se da conclusão de que o controle por pares é fundamental para a produção do conhecimento científico nas diversas áreas, ressalta-se a relevância da atuação do revisor como ator determinante do processo editorial. Certamente, o aprimoramento desse sistema depende em muito da consolidação da atuação dos pareceristas com a ampliação do percentual de avaliações de excelência. Para tanto, pensa-se que *algumas premissas fundamentais* (II) devem ser assumidas pelos revisores:

a) O parecer *não é um voto* e a aprovação/rejeição do artigo não é necessariamente determinada pela orientação indicada pela maioria dos avaliadores.<sup>30</sup> Ele é uma recomendação, cujo elemento *fundamental* é a motivação, que deve orientar a decisão tomada pelo editor do melhor modo possível. Por isso, um parecer sem fundamentação, somente com marcações em eventuais questões objetivas, não pode ser considerado pelo editor, sendo, assim, nulo.

O parecer é, primeiramente, um *instrumento de convencimento do editor* e precisa *indicar os motivos que aconselham a aprovação ou a rejeição do artigo*. Nesse sentido, é importante esclarecer que a *sugestão*

---

*review*, p. 14. Assim também em relação à satisfação positiva dos autores e editores sobre o controle por pares: SHATTELL; CHINN; THOMAS; COWLING. *Authors' and editors' perspectives on peer review quality in three scholarly nursing journals*, p. 61. De modo semelhante em pesquisa com acadêmicos de *marketing*: BAILEY; HAIR; HERMANSON; CRITTENDEN. *Marketing Academics' Perceptions of the Peer Review Process*, p. 263-278. Assentando que artigos avaliadores por controle cego por pares são mais citados (possuem maior impacto): LABAND; PIETTE. *A citation analysis of the impact of blinded peer review*, p. 147-149.

<sup>29</sup> JENAL; VITURI; EZAÍAS; SILVA; CALIRI. O processo de revisão por pares, p. 808. Para uma proposta de estabelecimento de critérios para verificação de artigos científicos: CAPPARELLI. Editorial: Sobre a exigência de um método de escrita de artigos científicos e de estudo do Direito Processual Penal, p. 24-25.

<sup>30</sup> LEOPOLD. Editorial: Peer Review and the Editorial Process, p. 1-2; TRZESNIAK. A estrutura editorial de um periódico científico, p. 95; HAMES. *Peer Review and Manuscript Management in Scientific Journals*, p. 4.

*de publicação deve ser tão motivada quanto a de rejeição:*<sup>31</sup> alguns avaliadores pensam que a aprovação não necessita de justificação e isso está equivocado, pois, em uma revista de excelência, somente artigos que efetivamente apresentem qualidades destacadas e contribuições relevantes deverão ser publicados, o que precisa ser indicado pelo avaliador ao editor.

b) O parecer deve colaborar *ao concreto aprimoramento do artigo avaliado (orientação construtiva)*.<sup>32</sup> Além de dirigido ao editor, o parecer necessita ser concebido como meio de ajuda ao autor, de modo que mais importante do que destruir completamente o texto é sugerir correções e complementações para sua revisão, ou seja, “a função do avaliador não é somente selecionar os artigos que devem ser publicados, mas também fornecer meios para que se aprimore a qualidade do manuscrito”.<sup>33</sup> Ou, em termos mais precisos, o parecerista não deve buscar somente motivos para rejeição, mas, especialmente, ponderar os pontos positivos do artigo e os potenciais meios para aprimoramento de modo a consolidá-lo como uma referência científica consistente.<sup>34</sup>

c) Além de verificar aspectos formais do trabalho, é primordial *adentrar às ideias substanciais do artigo*, às teses por ele propostas, às premissas teóricas adotadas: certamente, apontar problemas formais é fundamental, mas o parecer deve propiciar uma verificação e um questionamento das ideias sustentadas no trabalho. Portanto, o revisor não deve se limitar a apontar somente deficiências formais e se contentar em sugerir uma rejeição simplesmente por tais motivos (especialmente se tais problemas forem sanáveis em curto prazo), pois, como especialista na temática do artigo, o avaliador deve ajudar o editor na análise substancial do trabalho. Considere que “uma boa revisão é aquela que

---

<sup>31</sup> VASCONCELLOS. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais, p. 11.

<sup>32</sup> FERREIRA; PINTO; BELFORT. O que é uma boa revisão de artigo em Administração? p. 94-95; HOLLAND. Being a Journal Reviewer, p. 182; HEDDLE; NESS. Reviewing manuscripts, p. 2265-2266.

<sup>33</sup> PLATA-CAVIDES; CÓRDOBA-SALGADO; TRZESNIAK. Dictámenes en Revistas Científicas, p. 51 (tradução livre). Assim também: SPYNS; VIDAL. *Scientific Peer Reviewing*, p. 24.

<sup>34</sup> FERREIRA; PINTO; BELFORT. O que é uma boa revisão de artigo em Administração? p. 93-94.

propõe sugestões de melhoria, apresenta questionamentos substanciais sobre a contribuição teórica, aponta possíveis lacunas, e indica eventual literatura que seja desconhecida pelo autor”.<sup>35</sup>

d) Tente se colocar no lugar do autor, buscando *pensar a partir dos objetivos e limitações que o artigo se propõe a enfrentar*, pois uma das maiores críticas ao controle por pares é que muitas vezes “os avaliadores impõem sugestões idealizando os trabalhos que eles mesmos gostariam de ter escrito, em lugar de analisar o artigo submetido em seus próprios méritos”.<sup>36</sup> O controle por pares e as críticas expostas pelos avaliadores e pelos editores não pretendem forçar o autor a alterar seu posicionamento ou adotar uma determinada visão, mas, exatamente ao contrário, almejam problematizar as teses sustentadas no artigo para fomentar a reflexão e, assim, reforçar a consistência do próprio trabalho por meio das rodadas de correções.<sup>37</sup> Por tal motivo, os autores não são obrigados a aceitar todas as sugestões apresentadas, podendo rejeitar o que entenderem abusivo ou inviável, desde que apresentem motivação adequada para tal recusa. Essa temática será especificamente abordada em editorial posterior, em que se analisará as rodadas de correções e a carta-resposta do autor à aprovação condicionada.

e) O artigo deve ser analisado de modo *imparcial, independente e objetivo*. O avaliador não pode considerar aversões pessoais preconcebidas às teses sustentadas no artigo por questões diversas de sua consistência e fundamentação científica.<sup>38</sup> Isso não impede (ou, ao menos, não deveria) que pesquisadores com posições distintas (por ex. por partirem de premissas diferentes) avaliem um artigo que sustente tese avessa

<sup>35</sup> FERREIRA; PINTO; BELFORT. O que é uma boa revisão de artigo em Administração? p. 90.

<sup>36</sup> LEBLECICI, The act of reviewing and being a reviewer, p. 271 (tradução livre). Assim também: ARAÚJO. Revisão por pares, p. e33.

<sup>37</sup> FERREIRA; PINTO; BELFORT. O que é uma boa revisão de artigo em Administração? p. 96.

<sup>38</sup> Conforme dados obtidos em pesquisa empírica realizada por Arthur Bedeian, mais de um terço dos autores afirmam que parte das recomendações apresentadas a seus artigos em controle por pares são baseadas indevidamente em preferências pessoais de avaliadores e editores, caracterizando, portanto, um problema que carece de atenção no estudo do processo editorial científico (BEDEIAN, Arthur. The manuscript review process, p. 333).

às suas concepções. Contudo, se o revisor, em última análise, realmente considerar que as premissas adotadas pelo autor (ou qualquer outro motivo) inviabilizam a sua avaliação imparcial, deve recusar a avaliação por “conflito de interesses”, apresentando tal justificativa ao editor.

f) O avaliador deve resguardar o *sigilo dos dados e das informações contidas no artigo analisado*, não podendo utilizar ou divulgar tais ideias sem autorização do autor ou a devida referência, após a publicação.<sup>39</sup> Nesse sentido, em regra, os avaliadores não estão autorizados a compartilhar o manuscrito ou discutir sobre ele com outras pessoas.<sup>40</sup> O revisor somente poderá solicitar a ajuda de outro pesquisador se for autorizado pelo editor, de modo que deve entrar em contato previamente e especificar quem atuaria conjuntamente na redação do parecer.

Assentadas tais premissas gerais da atuação do revisor no controle por pares em periódicos científicos, pode-se elencar *algumas orientações práticas* para facilitar a atuação do avaliador (III). Tais dicas serão elencadas em três tópicos: 1) recebimento e resposta à solicitação de parecer; 2) orientações gerais sobre a avaliação; e, 3) redação do parecer.

1) *Recebimento e resposta à solicitação de parecer.* Após realizar o controle preliminar e atestar a viabilidade inicial da submissão, o editor irá selecionar dois ou mais avaliadores (em regra, três) na lista do *Corpo de Avaliadores da RBDPP* para solicitar a revisão do artigo. Então, um e-mail é enviado, contendo instruções preliminares, o prazo fixado para conclusão e dados básicos do artigo (título e resumo). Primeiramente, o avaliador deverá comunicar se aceita ou não a solicitação, o quanto antes, para somente depois ter acesso ao arquivo do artigo e ao formulário de avaliação. Nesse momento de contato inicial, o parecerista deve considerar três questões para decidir se aceita tal responsabilidade – interesse, imparcialidade e disponibilidade:<sup>41</sup>

a) *Compatibilidade temática (interesse).* A ideia básica do controle por pares é que um especialista na temática específica irá avaliar

---

<sup>39</sup> WINCK; WEDZICHA; FONSECA; AZEVEDO. To publish or perish, p. 98; HEDDLE; NESS. Reviewing manuscripts, p. 2266; HAMES. *Peer Review and Manuscript Management in Scientific Journals*, p. 147.

<sup>40</sup> LUSHER. Peer Review Process, Editorial Decisions, and Manuscript Resubmission, p. 567.

<sup>41</sup> WINCK; WEDZICHA; FONSECA; AZEVEDO. To publish or perish, p. 98.

o conhecimento produzido por outro especialista. Portanto, a escolha do editor deve se pautar, fundamentalmente, por tal critério, buscando avaliadores que tenham conhecimento destacado sobre a questão abordada, o que se verificará pelas palavras-chave indicadas no cadastro do pesquisador no sistema da RBDPP ou em outros mecanismos, como Lattes ou Orcid, por meio das produções anteriores do avaliador.<sup>42</sup> Ao receber a solicitação, deve-se verificar se o tema é compatível com suas pesquisas e conhecimentos prévios.

b) *Ausência de conflito de interesses (imparcialidade)*.<sup>43</sup> A avaliação do artigo deve se dar de um modo imparcial e sem favorecimentos ou prejuízos. O parecerista deve verificar se há algum conflito de interesses que possa macular a análise do artigo exclusivamente por critérios científicos. Por exemplo, se presumir que o texto é oriundo de algum colega de Universidade, familiar ou amigo, impõe-se a recusa da solicitação. Em caso de dúvida, deve-se entrar em contato com o editor.<sup>44</sup>

c) *Disponibilidade*. Conforme pesquisas empíricas, a realização de uma avaliação consistente toma, em média, 3 a 5 horas.<sup>45</sup> Certamente, trata-se de questão muito variável, conforme o tamanho do artigo, a experiência do avaliador, a complexidade da temática, etc. Assim, ao receber a solicitação de parecer, verifique na sua agenda a disponibilidade de, pelo menos, um turno de seu dia (3-5 horas) para esta tarefa em data anterior ao prazo fixado (e já anote o compromisso para evitar esquecimento). Não há qualquer problema em se recusar uma solicitação (embora negativas reiteradas possam ocasionar o descredenciamento),

---

<sup>42</sup> Em pesquisa com editores, afirmou-se que “determinar qual é o revisor adequado para cada revisão” é a tarefa mais difícil na sua atuação (SILVA; MOREIRO-GONZALEZ; MUELLER. M. A revisão por pares a partir da percepção dos editores, p. 141). De modo semelhante: HAMES. *Peer Review and Manuscript Management in Scientific Journals*, p. 43.

<sup>43</sup> HAMES. *Peer Review and Manuscript Management in Scientific Journals*, p. 164-169.

<sup>44</sup> HEDDLE; NESS. *Reviewing manuscripts*, p. 2265.

<sup>45</sup> Expondo, por meio de pesquisa empírica, que a média é 5 horas: WARE. *Peer review survey 2015*, p. 34. Por outro lado, afirmando que avaliadores com experiência tendem a demorar de 2 a 3 horas: ROSENFELD. *How to review journal manuscripts*, p. 473; SNELL; SPENCER. *Reviewers' perceptions of peer review process for a medical journal*, p. 92; LEE. *How to be a great reviewer*, p. 158.

mas se você aceitá-la, por favor, cumpra com o prometido, pois o não retorno do parecer após o transcurso de todo o prazo prejudica em muito o andamento do processo editorial.

Após o aceite da solicitação, o revisor poderá obter o arquivo anônimo do artigo e ter acesso ao formulário de avaliação, o qual poderá ser analisado antes da leitura do trabalho para já orientar o contato do avaliador com o artigo. Assim, deve-se indicar algumas *orientações gerais sobre a avaliação* (2):

a) *Primeiro contato e visão geral do artigo.* Para iniciar a avaliação do artigo, sugere-se que, no primeiro contato, o parecerista busque uma compreensão geral do artigo, analisando seu título, resumo, sumário (títulos dos tópicos), a consistência das notas de rodapé e o referencial teórico utilizado.<sup>46</sup> Assim, o revisor poderá ter uma visão inicial das premissas e objetivos do autor, além de perceber o problema e a tese que, idealmente, devem ser claros no manuscrito. Uma crítica que é reproduzida por parte dos avaliadores brasileiros e deve ser fragilizada é que o trabalho não poderia antecipar sua tese (e conclusões) na introdução e no resumo: bem pelo contrário, é fundamental que isso esteja precisamente exposto ao leitor desde o primeiro contato.

Após tal exame superficial, pode-se ler rapidamente a introdução e a conclusão do texto, de modo a consolidar e confirmar a compreensão sobre os objetivos, problema e tese sustentados pelo autor. Nesse momento, o avaliador já deve poder perceber, preliminarmente, se a temática do artigo é atual e compatível com o periódico e se há uma potencial contribuição inovadora e original ao conhecimento da área. É interessante tomar nota dessa ideia inicial formada pelo revisor com o primeiro contato, de modo a, após a leitura integral, verificar se as exposições do autor no título, resumo e introdução estão adequadas ao conteúdo do trabalho.

b) *Avalie o artigo integralmente*, ainda que tenha verificado logo ao iniciar um problema que, na sua visão, imponha a recomendação de rejeição.<sup>47</sup> Não pare de ler o texto ao encontrar uma deficiência grave.

---

<sup>46</sup> FERREIRA. Como rever um artigo, p. 4.

<sup>47</sup> ROBERTS; COVERDALE; EDENHARDER; LOUIE. How to Review a Manuscript, p 84; ARAÚJO. Revisão por pares, p. e34.

Critique e aponte sugestões de correções do modo mais completo que puder, mesmo nos casos de rejeição, pois, além de possibilitar o aprimoramento do artigo para eventual submissão a outro periódico, a decisão sobre aprovação/rejeição é do editor, que, considerando os pareceres dos avaliadores, também analisa o artigo e valora a situação ampla do fluxo editorial da revista.<sup>48</sup>

c) Ainda que o trabalho esteja muito bom, *se esforce para problematizar as teses sustentadas e buscar o aprimoramento do texto*: nenhum artigo é perfeito, de modo que avaliações que somente expressam a excelência do trabalho em poucas linhas são inconsistentes, não contribuindo em sua total potencialidade para o processo editorial.<sup>49</sup> Sempre há alguma sugestão, problematização ou indicação de bibliografia complementar a ser feita.

d) Depois de ler o artigo integralmente, *revise o título, as palavras-chaves e o resumo*, verificando se realmente descrevem o trabalho com precisão. Tais elementos precisam ser autoexplicativos, expondo claramente a temática, o problema e a tese sustentada.<sup>50</sup>

Após (ou durante) a análise do artigo, deve-se *redigir o parecer*, fundamentalmente a partir dos critérios e questionamentos expostos no formulário de avaliação da RBDPP. Para isso, (3) algumas *orientações* podem ser indicadas com o objetivo de fomentar revisões de excelência:

a) Comece o parecer com um breve resumo da(s) ideia(s) principal(is) do artigo avaliado e com os pontos positivos do trabalho (sempre há algum mérito, por menor que ele seja valorado pelo revisor).<sup>51</sup> Isso é fundamental para demonstrar que o avaliador efetivamente compreendeu as questões centrais do texto e para romper uma preconcebida aversão do autor (futuro leitor do parecer): as críticas serão muito

<sup>48</sup> FERREIRA; PINTO; BELFORT. O que é uma boa revisão de artigo em Administração? p. 95-96.

<sup>49</sup> ROSENFELD. How to review journal manuscripts, p. 484; PROVENZALE; STANLEY. A systematic guide to reviewing a manuscript, p. 851.

<sup>50</sup> ARAÚJO. Revisão por pares, p. e33.

<sup>51</sup> “Eu sempre penso que a primeira responsabilidade do avaliador é ter uma boa compreensão geral dos objetivos fundamentais do artigo e comunicar essa percepção no início do parecer” (LEBLECICI, The act of reviewing and being a reviewer, p. 270) (tradução livre). De modo semelhante: HOPPIN JR. How I review an original scientific article, p. 1022.

melhor recebidas assim. Afirma-se que “o parecer mais útil é aquele que expõe os pontos fortes do artigo e identifica consistentemente suas limitações para aprimoramento posterior”.<sup>52</sup> Apontar os *pontos positivos e as contribuições* que o artigo proporciona (ou pode proporcionar) é tão importante quanto especificar seus problemas e deficiências, pois a função do avaliador não é buscar indistintamente motivos para a rejeição.<sup>53</sup>

b) Adote um *tom respeitoso e não agressivo*.<sup>54</sup> Inevitavelmente, receber críticas fortes a um trabalho que demandou tempo e esforço causa uma resistência inicial no autor, que deverá se esforçar para receber positivamente as problematizações. Portanto, ainda que o revisor não esteja mal-intencionado e não tenha qualquer pretensão de ofender, isso é algo que pode ocorrer involuntariamente no panorama do processo editorial. Por isso, além de obviamente se predispor a adotar um tom respeitoso e não agressivo, releia todo o parecer antes de finalizar, buscando suavizar o texto. Por óbvio, não se propõe aqui que o avaliador exclua/atenuar críticas ou não problematize profundamente o trabalho, pois, como exposto neste editorial, boas avaliações são rígidas, consistentes e construtivas. Contudo, pequenas alterações no modo como a crítica é exposta podem diminuir o impacto negativo inicial do parecer ao autor. Por exemplo, tente dirigir as críticas não diretamente ao autor, mas ao texto, escrevendo “o artigo sustenta... e isso pode ser questionado porque...”, em lugar de “o autor defende... e isso é insustentável”.<sup>55</sup>

c) *Evite críticas genéricas e vagas*. Sempre tente apontar a página e transcrever o trecho específico do texto que está sendo criticado; indique referências bibliográficas fundamentais na temática que não foram utilizadas e não somente afirme que “a bibliografia é insuficiente”. Conforme Spyns e Vidal, “boas críticas identificam claramente o problema (também por indicar precisamente o trecho do trabalho avaliado) e sugerem opções para sua redução ou correção”.<sup>56</sup> Para tanto, é

---

<sup>52</sup> ROBERTS; COVERDALE; EDENHARDER; LOUIE. How to Review a Manuscript, p. 82 (tradução livre).

<sup>53</sup> WINCK; WEDZICHA; FONSECA; AZEVEDO. To publish or perish, p. 98; SPYNS; VIDAL. *Scientific Peer Reviewing*, p. 36.

<sup>54</sup> HOPPIN JR. How I review an original scientific article, p. 1019.

<sup>55</sup> PROVENZALE; STANLEY. A systematic guide to reviewing a manuscript, p. 849.

<sup>56</sup> SPYNS; VIDAL. *Scientific Peer Reviewing*, p. 43 (tradução livre).

recomendável estruturar as críticas, problematizações e sugestões *em itens numericamente* (ponto-por-ponto), separando cada ideia de um modo claro, de modo a facilitar a análise pelo editor e a posterior resposta do autor.<sup>57</sup>

d) Sempre que possível *fundamente suas críticas e problematizações em referências doutrinárias*,<sup>58</sup> de modo a contribuir com a indicação de bibliografia complementar ao autor em diversos sentidos, favoráveis ou contrárias à tese sustentada.

e) Idealmente, além de preencher o formulário (modelo) de avaliação, *envie também o próprio arquivo do artigo com as suas marcações*, preferencialmente com a utilização da ferramenta de revisão do WORD. É possível fazer isso pelo próprio sistema da revista, conforme as instruções contidas na página com os dados da avaliação.

Por fim, vale ressaltar que, como medida de valorização do trabalho do avaliador, a RBDPP encaminha a todos os envolvidos (sem identificação de pareceristas e autores) o e-mail da comunicação da decisão preliminar sobre o artigo submetido, juntamente com os pareceres e a decisão editorial.<sup>59</sup> Trata-se de condição fundamental para a transparência do processo editorial e também incentivo para o aprimoramento das avaliações, de modo que se sugere aos revisores sempre analisar os demais pareceres e verificar o impacto dos seus apontamentos na decisão editorial para aprimorar constantemente a sua atuação como revisor.<sup>60</sup> Contudo, não receba negativamente o fato de o editor eventualmente não adotar na totalidade a sua recomendação: a decisão editorial é orientada pelos pareceres dos avaliadores, mas não só, pois, além de o próprio edi-

<sup>57</sup> WINCK; WEDZICHA; FONSECA; AZEVEDO. To publish or perish, p. 98; ROSENFELD. How to review journal manuscripts, p. 476.

<sup>58</sup> WINCK; WEDZICHA; FONSECA; AZEVEDO. To publish or perish, p. 98.

<sup>59</sup> Em pesquisa empírica, afirmou-se que 90% dos avaliadores entrevistados pensam que é ou seria muito útil receber os comentários dos demais avaliadores do artigo para aprimorar a própria atuação como revisor (SNELL; SPENCER. Reviewers' perceptions of peer review process for a medical journal, p. 94).

<sup>60</sup> Afirmando que a análise dos demais pareceres e da decisão editorial é fundamental para o desenvolvimento da atuação do avaliador: LEBLECICI, The act of reviewing and being a reviewer, p. 270; HAMES. *Peer Review and Manuscript Management in Scientific Journals*, p. 140.

tor revisar o artigo, são considerados aspectos amplos do processo editorial do periódico, como a quantidade e qualidade dos artigos em avaliação no momento e a situação da preparação da próxima publicação.<sup>61</sup>

Diante do exposto neste editorial, reitera-se a conclusão de que a consolidação dos periódicos científicos no Direito como meios adequados para publicação de conhecimento consistente é fundamental para o desenvolvimento da produção científica na área.<sup>62</sup> Nesse sentido, a excelência dos periódicos passa necessariamente pela qualificação e valorização dos envolvidos no processo editorial: editores, revisores e autores.

## REFERÊNCIAS

ALI, P.; WATSON, R. Peer review and the publication process. *Nursing Open*, vol. 3, n. 4, p. 193-202, 2016. <https://doi.org/10.1002/nop2.51>

ARAÚJO, Claudio G. S. Revisão por pares: um processo científico em constante aprimoramento. *Arquivos Brasileiros de Cardiologia*, São Paulo, v. 98, n. 2, p. e32-e35, fev. 2012. <https://doi.org/10.1590/S0066-782X2012000200017>

BAILEY, Charles; HAIR, Joe; HERMANSON, Dana; CRITTENDEN, Victoria. Marketing Academics' Perceptions of the Peer Review Process. *Marketing Education Review*, vol. 22, n. 3, p. 263-278, 2012. <https://doi.org/10.2753/MER1052-8008220306>

BEDEIAN, Arthur. The manuscript review process: the proper roles of authors, referees, and editors. *Journal of Management Inquiry*, vol. 12, n. 4, p. 331-338, 2003. <https://doi.org/10.1177/1056492603258974>

BIGGS, Mary. The impact of peer review on intellectual freedom. *Library Trends*, vol. 39, n. 1-2, p. 145-167, 1990.

CAMPANARIO, Juan Miguel. Have Referees Rejected Some of the Most-Cited Articles of All Times? *Journal of the American Society for Information Science*, vol. 47, n. 4, p. 302-310, 1996. [https://doi.org/10.1002/\(SICI\)1097-4571\(199604\)47:4<302::AID-ASI6>3.0.CO;2-0](https://doi.org/10.1002/(SICI)1097-4571(199604)47:4<302::AID-ASI6>3.0.CO;2-0)

---

<sup>61</sup> ROSENFELD. How to review journal manuscripts, p. 484; LEE. How to be a great reviewer, p. 159.

<sup>62</sup> “(...) a publicação em periódicos poderia levar a uma melhoria na qualidade científica do conhecimento produzido na área do Direito, uma vez que os periódicos passam por processos muito mais rigorosos de avaliação e controle de cientificidade” (SILVEIRA; SANCHES. Periódicos na área do Direito, p. 158).

CAMPANARIO, Juan Miguel. Peer review for journals as it stands today – part 1. *Science Communication*, vol. 19, n. 3, p. 181-211, 1998. <https://doi.org/10.1177/1075547098019003002>

CAPPARELLI, Bruna. Editorial: Sobre a exigência de um método de escrita de artigos científicos e de estudo do Direito Processual Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 19-27, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.37>

COMMONER, Barry. Peering at Peer Review. *Hospital Practice*, vol. 13, n. 11, p. 25-29, 1978. DOI: <https://doi.org/10.1080/21548331.1978.11707427>

CORONEL, Ruben; OPTHOF, Tobias. The role of the reviewer in editorial decision-making. *Cardiovascular Research*, vol. 43, n. 2, p. 261-264, 1999. [https://doi.org/10.1016/S0008-6363\(99\)00177-7](https://doi.org/10.1016/S0008-6363(99)00177-7)

DESLANDES, Suely F.; SILVA, Antônio A. M. Revisão por pares: crise de demanda ou mudança de valores?. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 3, p. 421-423, mar. 2013. <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2013000300001>

FERREIRA, Manuel A. Como rever um artigo: o papel do revisor e um roteiro para novos revisores (comentário editorial). *Revista Ibero-Americana de Estratégia*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 1-9, abr./jun. 2014. <https://doi.org/10.5585/riae.v13i2.2110>

FERREIRA, Manuel A.; CANELA, Renata; PINTO, Cláudia F. O processo editorial nos periódicos e sugestões para a publicação. *Revista de Gestão e Secretariado*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 01-22, mai./ago. 2014. <https://doi.org/10.7769/gesec.v5i2.307>

FERREIRA, Manuel A.; PINTO, Cláudia F.; BELFORT, Ana C. O que é uma boa revisão de artigo em Administração? *Revista Eletrônica de Estratégia & Negócios*, v. 9, n. 2, p. 87-105, mai./ago. 2016. <https://doi.org/10.19177/reen.v9e2201686-104>

FISKE, Donald; FOGG, Louis. But the reviewers are making different criticisms of my paper! Diversity and uniqueness in reviewer comments. *American Psychologist*, vol. 45, n. 5, p. 591-598, 1990. <https://doi.org/10.1037/0003-066x.45.5.591>

GOODMAN, Steven; BERLIN Jesse; FLETCHER Suzanne; FLETCHER Robert. Manuscript quality before and after peer review and editing at *Annals of Internal Medicine*. *Annals of Internal Medicine*, vol. 121, p. 11-21, 1994. <https://doi.org/10.7326/0003-4819-121-1-199407010-00003>

HAACK, Susan. La evaluación por pares y la publicación: lecciones para abogados. *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 38, p. 15-40, 2015. <https://doi.org/10.14198/DOXA2015.38.01>

HAMES, Irene. *Peer Review and Manuscript Management in Scientific Journals*. Malden: Blackwell, 2007. <https://doi.org/10.1002/9780470750803>

HEDDLE, Nancy; NESS, Paul. Reviewing manuscripts: tips and responsibilities. *Transfusion*, vol. 49, p. 2265-2268, 2009. <https://doi.org/10.1111/j.1537-2995.2009.02390.x>

HOLLAND, Karen. Being a Journal Reviewer: Good Practice in Reviewing. In: HOLLAND, Karen; WATSON, Roger (eds.). *Writing for Publication in Nursing and Healthcare*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2012.

HOPPIN JR., Frederic. How I review an original scientific article. *American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine*, vol. 166, n. 8, p. 1019-1023, 2002. <https://doi.org/10.1164/rccm.200204-324oe>

JENAL, S.; VITURI, D.; EZAÍAS, G.; SILVA, L.; CALIRI, M. O processo de revisão por pares: uma revisão integrativa de literatura. *Acta paulista de enfermagem*, São Paulo, v. 25, n. 5, p. 802-808, 2012 <https://doi.org/10.1590/S0103-21002012000500024>

LABAND, David; PIETTE, Michael. A citation analysis of the impact of blinded peer review. *JAMA*, vol. 272, n. 2, p. 147-149, 1994. <https://doi.org/10.1001/jama.1994.03520020073020>

LARSON, Bradley; CHUNG, Kevin. A systematic review of peer review for scientific manuscripts. *HAND*, vol. 7, p. 37-44, 2012. <https://doi.org/10.1007/s11552-012-9392-6>

LEBLECICI, Huseyin. The act of reviewing and being a reviewer. In: FROST; TAYLOR (Eds.). *Rhythms of academic life*. Thousand Oaks: Sage, 1996. p. 269-274. <https://doi.org/10.4135/9781452231570.n27>

LEE, Samuel S. How to be a great reviewer: an editor's view. *Liver International*, vol. 28, n. 2, p. 158-159, 2008. <https://doi.org/10.1111/j.1478-3231.2007.01656.x>

LEOPOLD, Seth. Editorial: Peer Review and the Editorial Process – A Look Behind the Curtain. *Clinical Orthopaedics and Related Research*, vol. 473, n. 1, p. 1–3, 2015. <https://doi.org/10.1007/s11999-014-4031-x>

LEUNG, Daniel; LAW, Rob; KUCUKUSTA, Deniz; GUILLET, Basak D. How to review journal manuscripts: A lesson learnt from the world's excellent reviewers. *Tourism Management Perspectives*, vol. 10, p. 46–56, 2014. <https://doi.org/10.1016/j.tmp.2014.01.003>

LOCK, Stephen. *A difficult balance*. Editorial peer review in medicine. London: The Nuffield Provincial Hospitals Trust, 1985.

LUSHER, Audrey. Peer Review Process, Editorial Decisions, and Manuscript Resubmission: a reference for novice researchers. *The Journal of the American*

*Osteopathic Association*, vol. 115, n. 9, p. 566-569, 2015. <https://doi.org/10.7556/jaoa.2015.114>

MARTÍNEZ, Gladys. La revisión por pares y la selección de artículos para publicación. *Revista Colombiana de Psicología*, vol. 21, n. 1, p. 27-35, jan.-jun. 2012.

PLATA-CAVIDES, Tatiana; CÓRDOBA-SALGADO, Oscar A.; TRZESNIAK, Piotr. Dictámenes en Revistas Científicas: lo que Necesitan los Editores y Autores, lo que Hacen los Evaluadores. *Revista Colombiana de Psicología*, vol. 21, n. 1, p. 37-55, jan.-jun. 2012.

PROVENZALE, James; STANLEY, Robert. A systematic guide to reviewing a manuscript. *American Journal of Roentgenology*, vol. 185, p. 848-854, 2005. <https://doi.org/10.2214/AJR.05.0782>

RAJPERT-DE MEYTS, E.; LOSITO, S.; CARRELL, D. Rewarding peer-review work: the Publons initiative. *Andrology*, vol. 4, p. 985-986, 2016. <https://doi.org/10.1111/andr.12301>

ROBERTS, Laura; COVERDALE, John; EDENHARDER, Kristin; LOUIE, Alan. How to Review a Manuscript: A “Down-to-Earth” Approach. *Academic Psychiatry*, vol. 28, n. 2, p. 81-87, 2004. <https://doi.org/10.1176/appi.ap.28.2.81>

ROSENFELD, Richard. How to review journal manuscripts. *Otolaryngology-Head and Neck Surgery*, vol. 142, p. 472-486, 2010. <https://doi.org/10.1016/j.otohns.2010.02.010>

SHATTELL, M.M.; CHINN, P.; THOMAS, S.; COWLING, W. Authors' and editors' perspectives on peer review quality in three scholarly nursing journals. *Journal of Nursing Scholarship*, vol. 42, n. 1, p. 58-65, 2010. <https://doi.org/10.1111/j.1547-5069.2009.01331.x>

SHIGAKI, Helena; PATRUS, Roberto. Revisão por pares e produtivismo acadêmico sob a ótica de avaliadores de artigos de periódicos em Administração. *Revista Brasileira de Pós-graduação*, Brasília, v.13, n. 31, p. 399-428, mai./ago. 2016. <https://doi.org/10.21713/2358-2332.2016.v13.960>

SILVA, Cláudio N.; MOREIRO-GONZALEZ, José A; MUELLER, Suzana P. M. A revisão por pares a partir da percepção dos editores: um estudo comparativo em revistas brasileiras, espanholas e mexicanas. *Revista Digital de Biblioteconomia e Ciência da Informação*, Campinas, SP, v. 14, n. 1, p. 126-143, fev. 2016. <http://dx.doi.org/10.20396/rdbci.v14i1.8640579>

SILVEIRA, Vladimir O.; SANCHES, Samyra H. F. N. Periódicos na área do Direito: o desafio da superação da cultura dos livros. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 30, p. 157-172, dez. 2016. <http://dx.doi.org/10.12957/rfd.2016.17961>

SMITH, David R. Will Publons Popularize the Scientific Peer-Review Process? *BioScience*, vol. 66, n. 4, p. 265-266, 2016. <https://doi.org/10.1093/biosci/biw010>

SNELL, Linda; SPENCER, John. Reviewers' perceptions of peer review process for a medical journal. *Medical Education*, vol. 39, p. 90-97, 2005. <https://doi.org/10.1111/j.1365-2929.2004.02026.x>

SOLOMON, David. The Role of Peer Review for Scholarly Journals in the Information Age. *Journal of Electronic Publishing*, vol. 1, n. 1, p. 1-5, jan. 2007. <https://doi.org/10.3998/3336451.0010.107>

SPYNS, Peter; VIDAL, María-Esther. *Scientific Peer Reviewing: Pratical hints and best practices*. Heidelberg: Springer, 2015. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-25084-7>

TRZESNIAK, Piotr. A estrutura editorial de um periódico científico. In: SABADINI; SAMPAIO; KOLLER (Orgs.). *Publicar em psicologia: um enfoque para a revista científica*. São Paulo: ABECiPsi, 2009. <https://doi.org/10.13140/RG.2.1.2810.6965>

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 9-17, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.34>

WARE, Mark. *Peer review: benefits, perceptions and alternatives*. London: Publishing Research Consortium, 2009. Disponível em: <<http://publishingresearchconsortium.com/index.php/prc-documents/prc-research-projects/35-prc-summary-4-ware-final-1/file>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

WARE, Mark. *Peer review survey 2015*. London: Publishing Research Consortium, 2016. Disponível em: <<http://publishingresearchconsortium.com/index.php/prc-documents/prc-research-projects/57-prc-peer-review-survey-2015/file>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

WERLANG, Elisabete. *Revisão por pares: um estudo da gestão de avaliadores nas revistas científicas brasileiras*. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Centro de Ciências da Educação, Universidade Federal de Santa Catarina. <https://doi.org/10.5007/31452>

WICHERTS Jelte M. Peer Review Quality and Transparency of the Peer-Review Process in Open Access and Subscription Journals. *PLOS ONE*, vol. 11, n. 1, p. 1-19, 2016. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0147913>

WINCK, J.C.; WEDZICHA, J.A.; FONSECA, J.A.; AZEVEDO, L.F. To publish or perish: how to review a manuscript. *Revista Portuguesa de Pneumologia*, vol. 17, n. 2, p. 96-103, 2011. [https://doi.org/10.1016/s2173-5115\(11\)70022-7](https://doi.org/10.1016/s2173-5115(11)70022-7)

## SUGESTÕES DE SITES, DOCUMENTOS E VÍDEOS

[http://publicationethics.org/files/u7140/Peer review guidelines.pdf](http://publicationethics.org/files/u7140/Peer%20review%20guidelines.pdf)

<https://publons.com/community/academy/>

<https://authorservices.wiley.com/Reviewers/journal-reviewers/how-to-perform-a-peer-review/index.html>

<https://www.publishingcampus.elsevier.com/pages/69/Colleges/College-of-Skills-Training/Peer-review.html>

<https://www.youtube.com/channel/UCE5uQwLX5wkkJvtnjOFK-Hw>

<https://peerreviewweek.wordpress.com>

### COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: Controle por pares e a função do revisor – premissas e orientações para uma avaliação consistente. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 437-458, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.70>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

# Editorial: O fascínio do conhecimento do Direito Processual Penal na era do “protagonismo jurisdicional” e da comunicação científica digital

*Editorial: The fascination of knowledge of criminal procedural law in the age of “jurisdictional protagonism” and digital scientific communication*

**Bruna Capparelli**

Doutoranda na *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna/Itália

Editora-assistente da RBDPP

bruna.capparelli2@unibo.it

 <http://orcid.org/0000-0003-1249-2658>

A Revista Brasileira de Direito Processual Penal é um periódico eletrônico que mantém as características de seletividade e de filtro dos tradicionais periódicos impressos,<sup>1</sup> mas que aproveita a potencialidade da rede para facilitar os contatos entre os colaboradores e a transmissão dos artigos.

Pré-requisito principal de sua produção científica<sup>2</sup> é, sem dúvidas, a tempestividade, ou seja, a sua capacidade de ser distribuída o mais rapidamente possível, de modo a evitar o envelhecimento ou a perda de seu valor epistemológico, por meio de mecanismos de comunicação eficazes,<sup>3</sup> consi-

---

<sup>1</sup> ALPIRANDI, Simone. *Creative commons: manuale operativo*. Guida all'uso delle licenze e degli altri strumenti cc. Viterbo: Nuovi equilibri, 2008, p. 11 s.

<sup>2</sup> GOODY, Jack. *Il suono e i segni. L'interfaccia tra scrittura e oralità*. Milano: il Saggiatore, 1989, p. 7 s.; GOODY, Jack. *La logica della scrittura e l'organizzazione della società*. Torino: Einaudi, 1981, p. 56 s.; GOVONI, Paola. *Un pubblico per la scienza. La divulgazione scientifica dell'Italia in formazione*. Roma: Carocci, 2002, p. 43 s.; LONGO, Brunella. *La nuova editoria. Mercato, strumento e linguaggi del libro in internet*, Milano: Editrice Bibliografica, 2001, p. 77 s.

<sup>3</sup> BERNARDELLI, Andrea; PELLERY, Roberto. *Il parlato e lo scritto*. Milano: Bompiani, 1999 e BERNARDINI, Sandro. *La logica della conoscenza scientifica*. Napoli: Liguori, 1980, p. 23 s.

derado que, com o aumento da produção editorial, pareceu logo evidente que os instrumentos tradicionais de difusão dos conhecimentos – livros e revistas – não são capazes de satisfazer tal exigência com a mesma eficácia em relação ao passado.

Adota-se como meta a comunicação ao autor da decisão preliminar em até 60 dias (mas, no primeiro número de 2017, a média ficou em 30-45 dias), para posterior(es) rodada(s) de correção(ões) e publicação em até 4-6 meses (embora no primeiro número de 2017 a média da submissão até a publicação tenha ficado em 80-90 dias). Tais prazos, certamente, são mais curtos em comparação com a média das revistas nacionais de excelência, que, por experiência própria como autora, demoram de 6 a 9 meses para a decisão preliminar e de 12 a 18 meses para a publicação.

De fato, a difusão da Internet e a introdução de novos meios digitais de informação, como os *e-journal*, estão redimensionando a posição ocupada precedentemente pelas revistas de papel. Ademais, a RBDPP é também um fórum para a introdução e a apresentação de novas pesquisas, assim como para a crítica de pesquisas existentes: seu conteúdo assume a forma típica do artigo, contendo pesquisas originais, resenhas, etc.<sup>4</sup>

Disponibilizando gratuitamente um grande número de artigos e novos números da revista integralmente, juntamente ao extraordinário poder dos motores de pesquisa,<sup>5</sup> tal acessibilidade torna progressivamente mais ágil a comunicação científica, por meio da qual os estudiosos produzem, compartilham, avaliam e difundem os resultados do próprio trabalho. De fato, trata-se de um processo que vive e se desenvolve por uma pluralidade de fatores intrinsecamente integrados; um mecanismo que, com toda evidência, encontra mudanças cuja apresentação

---

<sup>4</sup> BLOOM, Harold. *La saggezza dei libri*. Milano: Rizzoli, 2004; BLOOM, Harold. *Come si legge un libro (e perché)*. Milano: Rizzoli, 2000, p. 67 s.; BOLTER, Jay. David. *Lo spazio dello scrivere*. Computer, ipertesti e storia della scrittura. Milano: Vita e Pensiero, 1993, p. 55 s. e BOMPIANI, Valentino. *Il mestiere dell'editore*. Milano: Longanesi, 1998, p. 33 s.

<sup>5</sup> BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *La realtà come costruzione sociale*. Bologna: il Mulino, 1969, p. 65 s.

é muito vasta no momento em que os resultados das investigações são veiculados por suportes digitais<sup>6</sup> e pelas redes telemáticas.

Todavia, a invasão da tecnologia na já difícil relação entre Direito Processual Penal e linguagem incrementa exponencialmente a complexa atividade comunicativa do jurista.<sup>7</sup> A presente análise visa, portanto, a uma primeira reconhecimento em relação aos problemas que a transmissão do conhecimento do Processo Penal, em suas várias articulações, encontra hoje. Questiona-se, em primeiro lugar, o que se entende por comunicação científica diante as novas formas de comunicação eletrônica<sup>8</sup> e as novas linguagens assumidas pelo Direito Processual Penal. Em segundo lugar, qual vínculo existe entre este meio de comunicação e a academia.<sup>9</sup> Em terceiro lugar, quais são os circuitos intercorrentes en-

---

<sup>6</sup> BAZLEN, Roberto. Scritti. In: BAZLEN, Roberto (org.). *Lettere editoriali*, Milano: Adelphi, 1984, p. 78 s.

<sup>7</sup> “Os nexos e os ‘ambientes circunstantes’, sobretudo o conjunto. Foi e quer continuar sendo isto, o critério: até mesmo quando os caminhos se penetram e empurram a fortes distâncias. As páginas da introdução alguma coisa antecipam. Ora porém – com uma ordem complexiva circular ou talvez até invertida – é o caso retornar e escutar vozes específicas sobre aquela exigência de vínculos, aqui muito sentida. Em nome desta, seguem depois dois grandes temas: seja o uso da palavra; seja o ensinamento-aprendizado nas matérias da justiça” (NOBILI, Massimo. *Giustizia, parole, insegnamento*. In: NOBILI, Massimo. *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nel mondo della giustizia*. Bologna: il Mulino, 2009, p. 295) (tradução livre). Ver também: NOBILI, Massimo. *Il processo e il diritto*. In: FOFFANI, Luigi; ORLANDI, Renzo (org.). *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicata*. Bologna: BUP, 2016, p. 57 s. e CAPRIOLI, Francesco. *Spunto introduttivo*. In: FOFFANI, Luigi; ORLANDI, Renzo (org.). *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicata*. Bologna: BUP, 2016, p. 99 s.

<sup>8</sup> CAVALLARO, Renato (org.). *Lexikòn. Lessico per l'analisi qualitativa nella ricerca sociale*. Roma: Edizioni Cierre, 2006; DE ROBBIO, Antonella. *Archivi aperti e comunicazione scientifica*, Napoli: Clio-Press, 2007, p. 87 s.

<sup>9</sup> AZZARITI, Gaetano; BURGIO, Alberto; LUCARELLI, Alberto; MASTROPAOLO, Alfio (org.). *Manifesto per l'Università pubblica*. Roma: Derive Approdi, 2008, p. 4 s.; BERNARDINI, Carlo. *Il cervello del Paese. Che cos'è o dovrebbe essere l'Università*, Roma: Mondadori Università, 2008, p. 55 s.; CAPANO, Giliberto. *La politica universitaria*, Bologna: il Mulino, 2000, p. 33 s.; CAPANO, Giliberto. *La professione accademica. Reclutamento, carriera e retribuzione in una università autonoma e responsabile*. In: TOGON, Giuseppe (org.), *Una dote per il merito. Idee per la ricerca e l'università italiane*, Bologna: il Mulino, 2006, p. 17 s.; EDUFACTORY

tre dita comunicação e a sua relativa difusão na comunidade científica de referência. Em quarto lugar, qual a função ocupada pelo jurista processual-penalista e pela sua hermenêutica na sociedade da informação e da tecnologia informática. Refletir sobre o tema hoje é sempre mais urgente, diante de um quadro sistemático sobre o qual recaem grandes expectativas por parte da sociedade, mas também muitas desconfianças, e, às vezes, abertas hostilidades.

O Direito Processual Penal tornou-se um terreno de choque cultural e institucional. E nessa colisão das polêmicas, a RBDPP almeja conquistar espaço para a reflexão: argumentada e ponderada, mas sem esconder os problemas relevantes. De fato, na era como a nossa do uso emotivo do poder e do paternalismo judiciário, o real significado da norma não emerge quase nunca do dado textual, mas frequentemente este é constituído pela síntese do confronto entre poder legislativo, judiciário e academia. Dessa forma, o uso da palavra e da linguagem consolida sempre maior importância.

De fato, é útil sublinhar como a ciência iniciou-se “com a formação de uma linguagem científica, isto é, com aquela linguagem que faz de um conhecimento puramente subjetivo (a minha percepção) um conhecimento ao máximo grau intersubjetivo”.<sup>10</sup> A exigência de uma linguagem científica rigorosa é relativa até mesmo às Ciências Jurídicas, especialmente em periódicos *online*, enquanto desafio científico, que não se identifica com os conteúdos específicos da Ciência Jurídica como conhecimento de um objeto (o ordenamento jurídico) normalmente expressado em proposições linguísticas. E na difusão do saber acessível livremente na rede telemática, a reflexão sobre as teorias gerais marcam a necessidade de uma linguagem que permita falar sobre finalidades, funções, interesses subentendidos às normas, e de organizar sistematicamente materiais normativos em relação a núcleos funcionais.

---

(org.). *Università globale. Il nuovo mercato del sapere*. Roma: Manifesto libri, 2008, p. 43 s.; ELIAS, Norbert. *Coinvolgimento e distacco*. Saggi di sociologia della conoscenza. Bologna: il Mulino, 1988, p. 23 s.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*. In: SCARPELLI, Uberto (org.). *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Edizioni di comunità, 1976. p. 34 s. (tradução livre).

Feitas essas premissas, considerada a progressiva influência da comunicação digital e a consequente marginalização da editoração tradicional de Direito Processual, juristas e *e-journal* representam, portanto, um insubstituível vetor de determinabilidade semântica em grau de contribuir a tonar razoavelmente acessíveis e compartilháveis as reflexões científicas.<sup>11</sup> Por outro lado, seria absurdo opor-se a estes instrumentos editoriais<sup>12</sup> capazes de fornecer uma preciosa contribuição para a reconstrução do saber e potencialmente menos falíveis em relação às publicações impressas. Diante dessas sólidas evidências, como documentos o próprio progresso tecnológico, ganhem mais força no debate científico ulteriores aspectos filosófico-políticos e filosófico-jurídicos, capazes de interromper um curto circuito que liquidaria a possibilidade de contra argumentações: êxito perturbador visto que se considera que a ciência é o lugar da palavra e do conflito entre opostas razões, e, sobretudo, pensa-se que de tudo isso o Direito Processual Penal é decorrência direta.

Nesse quadro delineado de mudanças editoriais e de informações voláteis,<sup>13</sup> a RBDPP oferece estudos caracterizados por rigor metodológico e sistemático, no qual se insere também os perfis problemáticos em relação ao tema da linguagem.<sup>14</sup> Em particular, refere-se

---

<sup>11</sup> EPSTEIN, Jason. Il futuro di un mestiere. Libri reali e libri virtuali, Milano: Sylvestre Bonnard, 2001, p. 47 s.; FERRAROTTI, Franco. Leggere, leggersi, Roma: Donzelli, 1998, p. 34 s.

<sup>12</sup> UFFICIO studi dell'associazione italiana editori (org.). Investire per crescere. Materiali per una discussione, Milano: AIE, 2006, p. 54 s.

<sup>13</sup> MARCHETTI TRICAMO, Giuseppe; MALORINO, Tarquinio. La fabbrica delle emozioni, Come si fa l'editore in Italia, Milano: Franco Angeli, 2005, p. 45 s.; MASI, Mauro (org.). L'autore nella rete. Creatività e proprietà intellettuale nell'editoria multimediale, Milano: Guerini e associati, 2000, p. 34 s.; MCLUHAN, Marshall. Gli strumenti del comunicare, Milano: il Saggiatore, 1997, p. 39 s.; MIRANDOLA, Matilde; ATTANASIO, Pierfrancesco (org.). La nuova economia del libro. L'editoria elettronica e le professioni del libro, Milano: Istituto Poligrafico dello Stato, 1998, p. 67 s.; MONDADORI, Alberto. Lettere di una vita 1922-1975, Milano: Mondadori, 1996, p. 11 s.

<sup>14</sup> "Sinto a necessidade de defender alguns valores", porque agora "me parece que a linguagem seja [...] usada em modo aproximativo, casual, descuidado, e sinto um incômodo intolerável". É como "uma epidemia pestilencial" (CALVINO, Italo. Lezioni americane. Milano: Mondadori, 1993, p. 67) (tradução livre).

à ideia geral de “lei” como símbolo de racionalidade, escudo contra o arbítrio do poder e garantia de tratamento igualitário em relação às decisões tomadas caso por caso com base em mutáveis avaliações particularistas sujeitas às influências das paixões.<sup>15</sup> De fato, na justiça penal a palavra é a forma que contém a substância: assim como a música requer as notas encaixadas em pontuação, o Direito, e, em particular, o Direito Processual Penal, requer a palavra sintetizada em lei e em textos normativos. Que seja do Direito ou da música, a mensagem “é colocada na garrafa e lançada em mar aberto”,<sup>16</sup> “bonito ou feio, este é entregue à escritura e o autor é plenamente responsável”.<sup>17</sup> Sendo assim, a forma parece ser o *medium* necessário a várias finalidades: *in primis* a compreensão.

O autor, jurista ou compositor, sabe que o seu texto será compreendido “segundo uma complexa estratégia de interpretação”:<sup>18</sup> essa “misteriosa e fascinante passagem” nunca é imediata, mas sempre veiculada por uma subjetiva atividade hermenêutica que pode assumir características muito diferentes, embora permaneçam imprescindíveis, de qualquer forma.<sup>19</sup> Porém o percurso argumentativo do jurista, assim

---

<sup>15</sup> Porém, como é notório, o ideal do “governo das leis”, que constitui sem dúvidas uma das ideias-força da cultura ocidental, foi-se historicamente declinando em modo diferente à segunda das diversas tradições político-constitucionais. Nesse contexto, o Estado de direito é concebido como Estado legislativo, no qual o parlamento foi elevado ao centro do sistema político institucional, e o direito considerou-se inteiramente absorvido na legislação. À lei geral e abstrata emanada pelo poder legislativo foi atribuída a função de governar e proteger as liberdades, enquanto o poder judiciário teria que ter assumido uma posição subalterna, ou seja, uma posição de simples órgão aplicador do ditame legislativo, com conseqüente interdição do poder criativo em sede hermenêutica.

<sup>16</sup> PULITANÒ, Domenico. *Diritto penale*, Torino: Giappichelli, 2009, p. 155 (tradução livre).

<sup>17</sup> KÀROLYI, Ottó. *La grammatica della musica. La teoria, le forme e gli strumenti musicali*, Torino: Einaudi, 2000, p. 21 (tradução livre).

<sup>18</sup> ECO, Umberto. *I limiti dell’interpretazione*. Milano: Bompiani, 1990, p. 107 (tradução livre).

<sup>19</sup> PALAZZO, Francesco. *Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica*. In: VOGLIOTTI, Massimo (org.). *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino: Giappichelli, 2008, p. 252 (tradução livre).

como o compasso na música, “desconta os limites inerentes a qualquer comunicação mediante linguagem”,<sup>20</sup> que não é nada a não ser “a essência da perfeição: contém todas as interpretações possíveis e, portanto, não limita a interpretação do intérprete”,<sup>21</sup> porque o principal *medium* do direito vive de ambiguidade: combustível essencial de um processo evolutivo, sintoma claro de vitalidade do ordenamento jurídico e garantia de desenvolvimento.

Exatamente como um compositor, o jurista traduz o seu espírito criativo em sinais, dando a estes a força de sua própria autoridade. Todavia, “os sinais sobre o pentagrama são não mais do que uma ocasião”:<sup>22</sup> uma imprescindível âncora a ser conjugada em base ao contexto em que o intérprete se contorce. E se o mundo das interpretações fosse governado por uma rígida uniformidade,<sup>23</sup> o ordenamento jurídico seguiria certamente um percurso lento, completamente inadequado à mutabilidade social típica do mundo contemporâneo. Contudo, que tal mutabilidade possa ser seguida somente por meio da mutabilidade da lei, muitos consideram uma ilusão:<sup>24</sup> esse mecanismo, às vezes perverso, ao contrário, representa o coração pulsante de todo o sistema jurídico vigente<sup>25</sup> e, consciente desse intrigante jogo de contrapesos, com frequência é exatamente aquele legislador-compositor a limitar com precisão absoluta os confins da norma, deixando ao incessante trabalho da jurisprudência, coadjuvada pela doutrina, a especificação dos vários tipos de interpretação.<sup>26</sup> Dessa forma o sistema jurídico ad-

---

<sup>20</sup> CIONE, Edmondo. Problemi di estetica musicale, *Logos*, 1938, p. 25 (tradução livre).

<sup>21</sup> PULITANÒ, Domenico. *Op. cit.*, p. 155 (tradução livre).

<sup>22</sup> CIONE, Edmondo. *Op. cit.*, p. 25 (tradução livre).

<sup>23</sup> Sobre as “regras” da complexa atividade hermenêutica, abundantemente: DAMER, Hans Georg. *Verità e metodo*. Milano: Bompiani, 1983, p. 11 s.

<sup>24</sup> Assim também: HASSEMER, Winfried. Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale. *Ars interpretandi*, 1997, p. 176.

<sup>25</sup> MARCHESELLI, Alberto. Magistrati dietro le sbarre. Farsa e tragedia nella giustizia penale italiana, Milano: Melampo, 2009, p. 69 (tradução livre).

<sup>26</sup> Parafraçando Sócrates em *Cratilo*, Gustavo Zagrebelsky recorda uma fascinante discussão sobre a interpretação na qual o filósofo adverte de “não abusar das palavras, quase como que estas sejam somente o produto de nossas arbitrárias convenções” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Le note tra le leggi. In:*

quire flexibilidade. Os dogmas e os princípios se tornam limites da extensão, cuja função é impedir rompimentos sistemáticos com consequências nefastas.

Diante de tal panorama, discursos não menos complexos devem ser exigidos também para a comunicação científica digital.<sup>27</sup> Em particular, certamente deve-se ressaltar a necessidade de rigor no uso da linguagem nos textos informáticos, porque estes são iniludíveis, nos assaltam e nós os perseguimos. Às vezes desaparecem. Até mesmo nas áreas do Direito, como dito acima, esses espaços se expandem. Tendem a esconder a medida da qualidade, as proporções e as proveniências, porque, como é notório, a rede é um painel que pode conter qualquer dado, contribuindo a gerar relativismo, confusão, desorientação. Portanto, torna-se muito mais fundamental um controle rígido, com precisão linguística, porque aqueles que saberão desenvolver os próprios raciocínios com o máximo rigor e organizar de modo coerente seus pensamentos para torná-los claros e inteligíveis, se destacarão sempre como os mais persuasivos pela certeza e evidência de seu raciocínio.<sup>28</sup> E isso assegura força à questão e ao seu valor, lançando um ar-

---

BRUNELLO, Mario; ZAGREBELSKY, Gustavo (org.). *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*. Bologna: il Mulino, 2016, p. 38) (tradução livre).

<sup>27</sup> CADIOLI, Alberto. *Letterati editori*, Milano: il Saggiatore, 1995; BOURDIEU, Pierre. *Gli usi sociali della scienza. Per una clinica del campo scientifico*. Roma: Seam, 1999; BUCCHI, Massimiano. *La scienza in pubblico. Percorsi nella comunicazione*, Milano: McGraw-Hill, 2000, p. 12.

<sup>28</sup> Ver: WEBER, Max. *La scienza come professione*. In: WEBER, Max. *Il lavoro intellettuale come professione*. Torino: Einaudi, 1983, p. 16 s., segundo o qual “no campo científico tem uma própria ‘personalidade’ somente quem serve puramente seu objeto. E isso não se verifica somente no campo científico. Não se conhece algum grande artista que não seja inteiramente dedicado ao próprio objeto e que tenha servido outros fora deste [...]. Certamente não é uma ‘personalidade’ aquele que, como um empresário, leva si mesmo em destaque junto com o objeto ao qual deve-se dedicar, e gostaria de justificar a si mesmo com o ‘viver a própria experiência’, e pergunta: como demonstro ser algo mais de um simples ‘especialista’, como consigo dizer algo que não tenha sido já dito por ninguém na mesma forma ou com o mesmo conteúdo? Um fenômeno, este, que hoje se observa em larga escala e deixa em qualquer lugar uma marca de mesquinhos, desanimando aquele que faz tal questionamento, onde somente a dedicação à própria tarefa pode elevá-lo à altura e à dignidade do objeto que ele pretende servir. Nem diferentemente se verifica ao artista” (tradução livre).

gumento de discussão e atribuindo vida a seu conteúdo; caso contrário, o pensamento iria à falência e permaneceria mais uma ocasião perdida em relação à nossa responsabilidade com a transmissão do conhecimento<sup>29</sup> científico do Direito Processual.

## REFERÊNCIAS

ALPIRANDI, Simone. *Creative commons: manuale operativo*. Guida all'uso delle licenze e degli altri strumenti cc. Viterbo: Nuovi equilibri, 2008.

AZZARITI, Gaetano; BURGIO, Alberto; LUCARELLI, Alberto; MASTROPAOLO, Alfio (org.). *Manifesto per l'Università pubblica*. Roma: Derive Approdi, 2008.

BAZLEN, Roberto. Scritti. In: BAZLEN, Roberto (org.). *Lettere editoriali*. Milano: Adelphi, 1984.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *La realtà come costruzione sociale*. Bologna: il Mulino, 1969.

BERNARDELLI, Andrea; PELLERY, Roberto. *Il parlato e lo scritto*. Milano: Bompiani, 1999.

BERNARDINI, Sandro. *La logica della conoscenza scientifica*. Napoli: Liguori, 1980.

BERNARDINI, Carlo. *Il cervello del Paese*. Che cos'è o dovrebbe essere l'Università. Roma: Mondadori Università, 2008.

BLOOM, Harold. *La saggezza dei libri*. Milano: Rizzoli, 2004.

BLOOM, Harold. *Come si legge un libro (e perché)*. Milano: Rizzoli, 2000.

---

<sup>29</sup> Sobre a ideia de que a Universidade não incentive a reflexão sobre si mesma, sobre a qual os acadêmicos, que por profissão e, às vezes, por vocação, ensinam a problematizar a realidade envolvente, de fato, sejam os primeiros a conferir à academia uma áurea de sacralidade, impedindo qualquer desafio em relação à mudança, ver: MORCELLINI, Mario (org.). *Contro il declino dell'Università*. Appunti e idee per una comunità che cambia, Milano: il Sole 24 Ore, 2005; MORIN, Edgar. *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Milano: Raffaello Cortina, 2001, p. 43 s. e MOSCATI, Roberto. *Chi governa l'università? Il mondo accademico italiano tra conversazione e mutamento*. Napoli: Liguori, 1997, p. 77, os quais defendem a necessidade de uma mais acurada e profunda reflexão sobre a academia, por meio da relação entre pesquisa e ensino, vida e saber, capaz de responder às exigências de uma sociedade que está continuamente em evolução.

BOLTER, Jay. David. *Lo spazio dello scrivere*. Computer, ipertesti e storia della scrittura. Milano: Vita e Pensiero, 1993.

BOMPIANI, Valentino. *Il mestiere dell'editore*. Milano: Longanesi, 1998.

BOURDIEU, Pierre. *Gli usi sociali della scienza*. Per una clinica del campo scientifico. Roma: Seam, 1999.

BUCCHI, Massimiano. *La scienza in pubblico*. Percorsi nella comunicazione. Milano: McGraw-Hill, 2000.

CADIOLI, Alberto. *Letterati editori*. Milano: il Saggiatore, 1995.

CALVINO, Italo. *Lezioni americane*. Milano: Mondadori, 1993.

CAPANO, Giliberto. *La politica universitaria*. Bologna: il Mulino, 2000.

CAPANO, Giliberto. La professione accademica. Reclutamento, carriera e retribuzione in una università autonoma e responsabile. In: TOGON, Giuseppe (org.). *Una dote per il merito. Idee per la ricerca e l'università italiane*. Bologna: il Mulino, 2006.

CAPRIOLI, Francesco. Spunto introduttivo. In: FOFFANI, Luigi; ORLANDI, Renzo (org.). *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicata*. Bologna: BUP, 2016, p. 99 s.

CAVALLARO, Renato (org.). *Lexikòn. Lessico per l'analisi qualitativa nella ricerca sociale*. Roma: Edizioni Cierre, 2006.

CIONE, Edmondo. Problemi di estetica musicale, *Logos*, 1938, p. 25.

DE ROBBIO, Antonella. *Archivi aperti e comunicazione scientifica*. Napoli: Clio-Press, 2007.

ECO, Umberto. *I limiti dell'interpretazione*. Milano: Bompiani, 1990.

EDUFACTORY (org.). *Università globale*. Il nuovo mercato del sapere. Roma: Manifesto libri, 2008.

ELIAS, Norbert. *Coinvolgimento e distacco*. Saggi di sociologia della conoscenza. Bologna: il Mulino, 1988.

EPSTEIN, Jason. *Il futuro di un mestiere*. Libri reali e libri virtuali. Milano: Sylvestre Bonnard, 2001.

FERRAROTTI, Franco. *Leggere, leggersi*. Roma: Donzelli, 1998.

GADAMER, Hans Georg. *Verità e metodo*. Milano: Bompiani, 1983.

GOODY, Jack. *Il suono e i segni*. L'interfaccia tra scrittura e oralità. Milano: il Saggiatore, 1989.

GOODY, Jack. *La logica della scrittura e l'organizzazione della società*. Torino: Einaudi, 1981.

GOVONI, Paola. *Un pubblico per la scienza*. La divulgazione scientifica dell'Italia in formazione. Roma: Carocci, 2002.

LONGO, Brunella. *La nuova editoria*. Mercato, strumento e linguaggi del libro in internet. Milano: Editrice Bibliografica, 2001.

KÁROLYI, Ottó. *La grammatica della musica*. La teoria, le forme e gli strumenti musicali. Torino: Einaudi, 2000, p. 21.

MARCHESELLI, Alberto. *Magistrati dietro le sbarre*. Farsa e tragedia nella giustizia penale italiana. Milano: Melampo, 2009.

MARCHETTI TRICAMO, Giuseppe; MALORINO, Tarquinio. *La fabbrica delle emozioni*, Come si fa l'editore in Italia. Milano: Franco Angeli, 2005.

MASI, Mauro (org.). *L'autore nella rete*. Creatività e proprietà intellettuale nell'editoria multimediale. Milano: Guerini e associati, 2000.

MCLUHAN, Marshall. *Gli strumenti del comunicare*, Milano: il Saggiatore, 1997.

MIRANDOLA, Matilde; ATTANASIO, Pierfrancesco (org.). *La nuova economia del libro*. L'editoria elettronica e le professioni del libro. Milano: Istituto Poligrafico dello Stato, 1998.

MONDADORI, Alberto. *Lettere di una vita 1922-1975*. Milano: Mondadori, 1996.

MORCELLINI, Mario (org.). *Contro il declino dell'Università*. Appunti e idee per una comunità che cambia. Milano: il Sole 24 Ore, 2005.

MORIN, Edgar. *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*. Milano: Raffaello Cortina, 2001.

MOSCATI, Roberto. *Chi governa l'università? Il mondo accademico italiano tra conversazione e mutamento*. Napoli: Liguori, 1997.

NOBILI, Massimo. Il processo e il diritto. In: FOFFANI, Luigi; ORLANDI, Renzo (org.). *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicata*. Bologna: BUP, 2016, p. 57 s.

NOBILI, Massimo. Giustizia, parole, insegnamento. In: NOBILI, Massimo. *L'immoralità necessaria*. Ciazioni e percorsi nel mondo della giustizia. Bologna: il Mulino, 2009. p. 295.

PALAZZO, Francesco. Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica. In: VOGLIOTTI, Massimo (org.). *Il tramonto della modernità giuridica*. Un percorso interdisciplinare. Torino: Giappichelli, 2008, p. 252.

PROUST, Marcel. *Il piacere della lettura*. Milano: Net, 2002 (edizione fuori commercio).

PULITANÒ, Domenico. *Diritto penale*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 155.

UFFICIO studi dell'associazione italiana editori (org.). *Investire per crescere*. Materiali per una discussione. Milano: AIE, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Le note tra le leggi. In: BRUNELLO, Mario; ZAGREBELSKY, Gustavo (org.), *Interpretare*. Dialogo tra un musicista e un giurista. Bologna: il Mulino, 2016, 38 s.

WEBER, Max. La scienza come professione. In: WEBER, Max. *Il lavoro intellettuale come professione*. Torino: Einaudi, 1983, p. 16 s.

### COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

CAPPARELLI, Bruna. Editorial: O fascínio do conhecimento do Direito Processual Penal na era do “protagonismo jurisdicional” e da comunicação científica digital. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 459-470, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.79>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

*Dossiê:*  
*Investigação Preliminar,*  
*Meios Ocultos e Novas Tecnologias*

---



# Editorial dossiê “Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias”

*Editorial dossier “Preliminary inquiry, hidden mechanisms and new technology”*

**Manuel Monteiro Guedes Valente<sup>1</sup>**

Professor da Universidade Autónoma de Lisboa/Portugal  
Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa

Editor-associado deste dossiê da RBDPP  
manuelmonteirovalente@gmail.com

 [lattes.cnpq.br/4001544191185131](http://lattes.cnpq.br/4001544191185131)

 [orcid.org/0000-0002-4991-8707](http://orcid.org/0000-0002-4991-8707)

O Direito processual penal é por excelência o Direito dos inocentes. Esta nossa aceção encontra-se em conflito permanente com a ânsia e o clamor de um povo que reclama justiça imediata e ou “a justiça do já”. Esta dinâmica da sociedade internético-personocêntrica<sup>2</sup> derruba barreiras e limites, que se impuseram ao longo da história e que se devem impor como inultrapassáveis no campo da obtenção da prova penal, em especial no campo da investigação criminal *stricto sensu*, ou seja, aquela que se destina a recolher vestígios e indícios probatórios, elementos de prova reais e pessoais para o processo-crime para que, em sede de julgamento, se produza a prova fundante da decisão judicial.

A investigação criminal quer-se científica, metódica e integrante de um pensar de ser humano centro de toda a discussão produzida pela

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa. Professor da Universidade Autónoma de Lisboa/Portugal. Professor Convidado do ISCPSP, da PUC-RS e da ESP/ANP-PF. Editor-associado deste dossiê da RBDPP. *Of-Counsel* da Rogério Alves & Associados – Sociedade de Advogados.

<sup>2</sup> Conceito por nós construído e apresentado no III Seminário do IBADPP: Democracia e Processo Penal. Cf. o nosso *Os Desafios do Processo Penal do Estado Democrático de Direito: A Sociedade Internético-Personocêntrica*. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/category/artigosinternacionais>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

ciência de modo a que mais do que objeto seja sujeito ativo e transformador de um mundo do *tempo* em constante passado. A opção por meios de investigação ou meios de obtenção de prova com uma dinâmica tecnológica, digital ou intra-social, assentes numa lógica de celeridade incontrolável e de negação do *tempo da norma*, que é substituído pela *norma do tempo*, é uma característica da justiça dos nossos dias. A investigação criminal, nas últimas duas décadas, passou a centralizar e esgotar o processo penal, centralizando toda a dinâmica e detonando a segurança jurídica e a segurança dogmática exigida pela legiferação e pela doutrina jurídico-criminal garantista e humanista.

O desejo de uma justiça célere e veloz, que satisfaça o clamor dos cidadãos, que se encontram em estado *paneónico* – medo esquizofrénico – perante os fenómenos da criminalidade económico-financeira [v. g., crimes tributários (fiscais e previdenciários), manipulação de mercado, corrupção, branqueamento], do crime organizado transnacional [v. g., crime de tráfico de armas, de droga, de seres humanos e de órgãos humanos] e do terrorismo, conduziram os decisores políticos a implementar meios de obtenção de prova especializados, especiais e excepcionais: ampliação do âmbito das interceções telefónicas, registo de voz *off* e imagem, gravações ambientais, gravações e fotografias por meio de câmaras de videovigilância, agentes infiltrados física e digitalmente, rastreios e persecuções digitais, localizações celulares, controlo e monitoramento concreto de IP, IMEI e GPS, recurso a *IMSI-Carther* (IMEI), buscas e apreensões preventivas no sistema digital a nível nacional, regional e internacional sem qualquer conhecimento do visado, e a admissibilidade e utilização como meios de prova os relatórios elaborados pelos serviços secretos.

Mas a excepcionalidade, inata e inerente às tipologias criminais em causa que justificam no campo dos princípios políticos e, em parte, filosófico-jurídicos, o recurso a estes meios de obtenção de prova excepcionais, especializados e indispensáveis para a obtenção da prova e a descoberta da verdade processual, metamorfoseou-se em ‘vulgaridade’ de recurso, quer no âmbito material quer no âmbito processual. No âmbito material, o legislador e o intérprete têm ampliado os espaços de recurso quer de forma positiva em *lei* – aumentando o catálogo de crimes que admitem o recurso aos meios excepcionais de investigação ou

através do modelo causal ou modal de submissão do meio de obtenção de prova no campo das conexões operativas e pressupostos aferidos da própria norma [v. g., permitir o recurso a estes meios sempre que o crime base geral seja o de associação criminosa, o de organização criminosa ou o de grupo ou bando criminoso] – ou de forma *hermenêutica e exegetica* – deixando ao intérprete e ao aplicador da norma restritiva e legitimante do meio oculto ou do meio excecional de obtenção de prova a subsunção da mesma a critérios concretos de concordância prática ou de conexões do tipo objetivo ou subjetivo ou a critérios de defesa da segurança e repressão ou eliminação dos estados de perigosidade.

A consciência de um mundo em constante mudança e de desafios dinâmicos ao Direito e à defesa do Estado constitucional democrático exigem-nos clareza e clarividência quanto às dificuldades existentes na persecução criminal – em especial na recolha e conservação da prova adequada a que se realize a justiça segundo uma *verdade prática, processual, material e judicialmente válida no respeito pelos direitos e liberdades fundamentais* de todos os cidadãos de modo a que se alcance e restabeleça a paz jurídica e social<sup>3</sup> – e seriedade no tratamento dos temas objetivos e concretos da vida judiciário-criminal, que podem ou não promover uma sociedade *mais justa, mais livre, mais solidária e mais humana*<sup>4</sup>. Por essa razão, consideramos que o recurso a meios excecionais de investigação criminal ou a metodologias de obtenção de informação e prova criminal deve estar previsto e legislado, mas submetido desde logo ao princípio da excecionalidade. O que é excecional não é nem pode ser vulgar.

Esta aceção obriga-nos a avocar alguns dos *princípios* que devem reger o recurso aos meios excecionais de investigação ou de obtenção de prova: o princípio da *reserva de Constituição* na restrição e no recurso ao meio em concreto, assim como da *reserva de lei* que expressem de for-

---

<sup>3</sup> Cf.: VALENTE, Manuel M. G. *Processo penal* – Tomo I. 3.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina, 2010, p. 23-28; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Lições policopiadas por Maria João Antunes. Coimbra, 1988-9, p. 21-26; e ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Tradução do alemão *Strafverfahrensrecht* de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto s.r.l., 2000, p. 1-5.

<sup>4</sup> Cf. artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa e artigo 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil.

ma *praeclara* os fundamentos (pressupostos), fins e limites conformes à axiologia constitucional – materialidade axiológica e dimensão formal-procedimental e orgânica<sup>5</sup> –, não fosse o processo penal o “sismógrafo da Constituição do Estado”<sup>6</sup>; o princípio do *catálogo fechado* dos crimes e dos meios ocultos de investigação [sem que se olvide a admissibilidade restritiva do modelo *aberto*, *causal* e *modal* se deles resultar a garantia mais efetiva dos direitos e liberdades fundamentais pessoais dos visados e dos intervenientes no processo produtivo de prova], de modo a retirar do *espaço* e *tempo* do intérprete e aplicador da lei [*norma*] amplitudes e admissibilidades incongruentes e inaceitável jus constitucionalmente; o princípio da *reserva judicial* ou de juiz, cuja decisão de autorização, por serem meios de elevada colisão com os direitos e liberdades e garantias fundamentais pessoais, é constitucionalmente da exclusiva competência do juiz; o princípio da *proporcionalidade em sentido lato* ou da *proibição do excesso* que se subdivide em três corolários diretos [*adequação*, *necessidade* e *exigibilidade*, e *proporcionalidade em sentido estrito*] e em dois indiretos [*subsidiariedade* e *indispensabilidade*], sem que se olvidem os pressupostos da irretroatividade e da proibição da negação do conteúdo nuclear do direito, da liberdade ou da garantia a restringir]; o princípio da *fundamentação* da decisão de autorização de recurso ao meio excepcional de obtenção de prova, devendo a mesma ser epistemológica, teleológica e axiológica a decorrer em tempos e em espaços distintos: a *montante* [tempo e espaço da investigação criminal pela polícia, pelo Ministério Público e pelo Juiz das liberdades] e a *jusante* [tempo e espaço de controlo do meio pelo Juiz das liberdades e tempo e espaço da fase solene do devido processo legal que é o julgamento]<sup>7</sup>; o princípio da

<sup>5</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. “*Bruscamente no Verão Passado*”, a *Reforma do Código de processo penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 112-199.

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Procesal* ..., p. 10. Como escrevera Tiedemann, o processo penal é o sismógrafo do tecido constitucional legítimo, válido, vigente e efetivo, encontrando-se nesse tecido um “limite extremo”. Cf. TIEDEMANN, Klaus. O Direito Processual Penal – Terceira Parte. In: ROXIN, Claus; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Tradução do alemão *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht* de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 155.

<sup>7</sup> A *fundamentação* das decisões *judiciais* funciona [deve funcionar] como crivo de transparência e manifestação de publicidade, e de fiscalização

*vinculação ao fim* expresso no requerimento inicial e na solicitação do Ministério Público ao juiz competente de modo a que se evitem os pedidos de admissibilidade e valoração discricionária de conhecimentos fortuitos ou se utilizem meios de elevada *danosidade social* para investigar crimes que não os admitem *ab initio* como meios de obtenção de prova e/ou de investigação criminal.

Estes princípios regem ou devem reger a atuação da polícia criminal no âmbito das suas atribuições originárias ou delegadas na persecução das tipologias criminais que admitem o recurso a meios ocultos de investigação criminal, assim como devem reger a regulação do acesso e do uso das novas tecnologias para a persecução criminal tendo sempre em conta as dinâmicas opostas: a dinâmica da vítima, cuja ação de tutela se pode aferir de um princípio geral do Direito – *v. g.*, princípio do estado de necessidade de intervenção do Estado – e dinâmica do agente do crime, cuja restrição anormal ou qualificada de direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais exigem uma maior conformidade positiva constitucional.

Os autores que escreveram para o dossiê abordam as questões supra identificadas e essenciais no âmbito do recurso aos meios excecionais ou ocultos de investigação criminal, trazendo-nos os problemas mais prementes e atuais de alguns dos meios de obtenção de prova intrusivos na reserva da vida privada e familiar: como a infiltração policial na ordem jurídica espanhola, o cavalo de Troia instalado em sistemas informáticos [*v. g.*, computador, iPhone, smartphone], a recolha de elementos de prova e futura admissibilidade através de processos especiais para-processuais, as interceções de comunicações e respetiva cadeia de custódia de prova, a localização celular, a função do/a Delegado/a de

---

pela sociedade e pelos intervenientes no processo-crime *ab initio ad finem* para que haja uma “dupla filtragem: constitucional e convencional, em uma compreensão inserida na complexidade dos fatos, regras e princípios” [cf. GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo legal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e ao Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 214] e, assim, se promova um processo penal democrático assente na *legalidade em igualdade* – esta como direito e princípio do Direito de um Estado democrático [cf. VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de Armas no Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, pp. 22-39] – e se realize a justiça como manifestação ético-jurídica da dignidade da pessoa humana.

Polícia segundo um discurso do garantismo e o recurso a redes ou grupos sociais como os constituídos pelo *WhatsApp*.

O recurso ao agente infiltrado é uma técnica excepcional e de *ultima et extrema ratio* para a repressão criminal no sentido de permitir uma adequada, necessária e razoável descoberta e recolha da prova real e identificação e determinação da prova pessoal de específicos tipos legais de crime. Adán Carrizo González-Castell aborda o *agente infiltrado policial* na ordem jurídica espanhola no quadro da repressão da corrupção, sendo de destacar o pressuposto político-sociológico da complexidade e das especificidades da corrupção a nível nacional e supranacional que não só legitima o recurso à infiltração policial como impõe uma cooperação judiciária e policial europeia e internacional em matéria penal, que deve respeitar o carácter excepcional da restrição de direitos fundamentais e os pressupostos constitucionais de proporcionalidade, de subsidiariedade, de indispensabilidade e de impossibilidade objetiva na obtenção de prova por meio menos gravoso, da autonomia da vontade e integridade pessoal do policial a infiltrar ou infiltrado, quando se opta pela restrição e admissibilidade deste meio oculto de obtenção de prova.

Próximo desta discussão jurídica encontra-se o texto de Francesco Caprioli sobre o *captatore informático*, conhecido como o cavalo de Troia que se instala no *software* de vários aparelhos eletrónicos com a finalidade de monitorizar e recolher dados e elementos probatórios, em especial as mensagens e dados de tráfego. Não obstante o *Codice di Procedura Penale* italiano não prever qualquer dispositivo sobre este meio oculto de obtenção de prova, o texto apresenta-nos um visão da doutrina e da jurisprudência italianas quanto ao âmbito da admissibilidade de meios atípicos de prova – *prove non disciplinate dalla legge* [art. 189.º CPP italiano] –, e considera que, em determinadas condições e atos de investigação, é admissível o recurso ao *captatore informático* desde que não esteja em causa ou envolvido um direito fundamental pessoal. Mas deve ser inadmissível se o «cavalo de Troia» envolver ou lesar um concreto direito fundamental pessoal. Francesco Caprioli faz uma análise crítica uma vez que, na linha da teoria alemã, existe um atentado à privacidade da pessoa investigada e um *deficit* de determinação do paradigma intercetivo, cuja restrição exige uma intervenção

do legislador de modo a positivar a admissibilidade e os pressupostos materiais e processuais em conformidade com a Constituição italiana.

O perigo da vulgarização do recurso aos meios ocultos de investigação ou de obtenção de prova, em especial das interceções e gravações de conversações, está bem presente no texto que António Santoro, Natália Tavares e Jefferson Gomes nos trazem sobre *interceção telefónica* e a respetiva *cadeia de custódia da prova*. Os números apresentados pelos autores demonstram que Ziegler tinha razão quando prognosticava que os polícias de futuro seriam polícias de rato de computador por submissão aos meios tecnológicos. Esta real gravidade investigatória aprofunda-se quando aquelas estão sob o jugo de autorizações judiciais sem uma razoável e mínima fundamentação para interceptar, monitorar e gravar as conversações entre pessoas, colocando em causa princípios estruturantes do processo penal, como o do contraditório, por a informação ser “produzida e submetida à valoração judicial sem influência da defesa que, no máximo, exerce um contraditório diferido ou a *posteriori*”. Discordando dos autores quando consideram que a interceção das comunicações é “um meio de investigação de prova atípico”, uma vez que é um dos meios ocultos de investigação que há muito se encontra tipificado nos códigos processuais penais ou nas legislações avulsas processuais penais. Mas deve realçar-se a preocupação dos autores no sentido de submeter o recurso a este meio oculto de investigação a uma metódica científica e jurídica para efetiva tutela dos direitos e liberdades fundamentais de cada cidadão. Metodologia essa que não se deve prender apenas quanto aos pressupostos materiais e processuais de recurso, mas a um controlo quanto à necessidade e finalidade concreta do meio de modo a evitar a “vulgaridade” a que se chegou e a “disciplinar e uniformizar as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceção telefónica”, sem que se olvide o sistema de receção e armazenamento de dados e a respetiva cadeia de custódia da prova.

A *localização celular de agentes de crimes e de vítimas* é outro dos meios ocultos de investigação criminal que deve obediência ao quadro constitucional democrático de cada Estado. Cleopas Santos e Samyr Vale apresentam um texto que trata da importância de um meio tecnológico de investigação de suma relevância para a deteção de *vítimas* de tráfico de seres humanos, sem que se olvide a necessidade de preservar a reserva da

privacidade da vida privada e familiar. Nesse sentido, a lei, ao admitir que a polícia criminal recorra a este meio tecnológico sem prévia autorização judicial, parece padecer de inconstitucionalidade material. Os autores discordam das teses de inconstitucionalidade e contrariam-na com base na discussão dos quesitos positivos e operativos da norma, sem que entrem na pura discussão dogmática do princípio do *estado de necessidade de intervenção do Estado* ou do *estado de necessidade justificante* que neutraliza a ilegalidade ou a inconstitucionalidade material, uma vez que a vida e a integridade pessoal e a liberdade de uma pessoa [vítima] são valores superiores e merecem tutela efetiva e imediata. Mas, no caso de a pessoa ser o agente de um crime, parece-nos que existe um meio oculto de obtenção de prova pessoal sem prévio controlo judicial, ou seja, sem respeito pelo princípio de *reserva de juiz* e, por essa razão, ferido de inconstitucionalidade. Estamos perante duas dimensões dinâmicas de intervenção: uma é para salvaguarda da vítima de tráfico de seres humanos, cujo princípio *estado de necessidade justificante* afasta a desconformidade constitucional, outra é a perseguição do agente do crime, cuja conformidade constitucional passará pela prévia autorização judicial.

A função das autoridades policiais criminais – como a função de *Delegado de Polícia* – é de extrema importância no quadro da prevenção e repressão da criminalidade organizada nacional, regional e transnacional. Mas essa função deve subsumir-se ao garantismo constitucional persecutório de modo a que a dignidade da pessoa humana se assuma como *metaprincípio* de cada ser humano individualmente considerado e de todos os seres humanos viventes numa comunidade. O texto de Soraia Mendes e de Patrícia Burin tratam deste tema face à liberdade de expressão e da respetiva conflitualidade com as notícias da aplicação de medidas criminais coercitivas da liberdade do cidadão visado com as ações da polícia criminal, e recolocam, de forma subtil, a discussão sobre a dimensão material concreta do estado da presunção de inocência – *presunção de não culpabilidade* – perante a aplicação de medidas restritivas da liberdade, em especial face à atuação do Delegado ou Delegada de Polícia como responsáveis pelo inquérito policial [*investigação preliminar*] no Brasil. Acrescentamos que essa dialética exige uma Polícia ao serviço do povo e da democracia, uma Polícia de um *Estado de direitos humanos*, que não se deixe embrenhar em palmarés de negação dos di-

reitos e liberdades fundamentais na defesa de meios ocultos de investigação criminal tão-só por serem eficazes no imediato.

A relação entre os meios de que dispõe a ação persecutória perante os meios utilizados pelos grupos organizados criminosos é, sempre, um debate atual e recorrente. A discussão do acesso às redes sociais ou grupos comunicacionais – fontes abertas e fontes fechadas – para deteção, recolha, aquisição e tratamento de provas a serem utilizadas em sede de processo-crime é um debate que se impõe, mas com a respetiva moderação, sob pena de a análise crítica da prova e os métodos de análise informativa da prova se esgotarem no conteúdo das redes ou de plataforma de comunicação. Priscilla Placha Sá aborda a questão do acesso ao conteúdo do *WhatsApp* trocado e comunicado entre os vários agentes de crimes, em especial os que se encontram nos presídios. Fala-nos de que o planeamento e a ordem das chacinas nos presídios brasileiros foram desenvolvidos com ajuda do *WhatsApp* instalado nos celulares dos presos, cujas plataformas e redes sociais substituíram os recados e os bilhetes do passado. Mais do que discutir o acesso ao conteúdo exposto nessas redes – *fotografias e vídeos compartilhados pela internet*, assim como comunicações ordinatórias e diretivas, em pleno presídio –, a Autora coloca a questão da entrada dos celulares e da falta de controlo e monitoramento do uso delituoso das tecnologias da informação no seio das prisões do Brasil. Mas do texto podemos retirar uma questão: o acesso pelas agências de inteligência policial e de Estado a essas redes fechadas de comunicação evitaria as chacinas e a proliferação da criminalidade organizada no interior dos presídios brasileiros ou de outros países do mundo?

Os textos assentam numa tónica central que devemos ter sempre no nosso pensamento jurídico-científico: as investigações preliminares, os meios ocultos de obtenção de prova e as novas tecnologias de comunicação representam uma restrição aos direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais, mas que se impõe como necessária e excecional na persecução de uma criminalidade organizada e estruturada nacional, regional e internacionalmente, e, por essa razão, as restrições inatas e inerentes a tais ações e meios devem, a par de uma rigorosa legislação, ser conformes ao quadro jurídico-constitucional legítimo, válido, vigente e efetivo sob pena de negarmos o Estado constitucional democrático.

Pinhal Novo/Lisboa, 20 a 22 de maio de 2017.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. “*Bruscamente no Verão Passado*”, a Reforma do Código de processo penal. *Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Lições policopiadas por Maria João Antunes. Coimbra, 1988-9.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo legal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e ao Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Tradução do alemão *Strafverfahrensrecht* de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto s.r.l., 2000.

ROXIN, Claus; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Tradução do alemão *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht* de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VALENTE, Manuel M. G. *Processo penal – Tomo I*. 3.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina, 2010.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Paridade de Armas no Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

### COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

VALENTE, Manuel M. G. Editorial dossiê “Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 473-482, mai./ago. 2017.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.82>



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional.

# Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia

*“Trojan horse” malware as a mean for obtaining evidence in Italy*

*O “captador informático” como instrumento de busca da prova na Itália*

**Francesco Caprioli**

Professore Ordinario di Diritto processuale penale

Università degli Studi di Torino/Itália

francesco.caprioli@unito.it

 [orcid.org/0000-0003-4038-809X](https://orcid.org/0000-0003-4038-809X)

---

**ABSTRACT:** Il codice italiano di procedura penale non contiene alcuna disciplina delle indagini effettuate con l'ausilio di *malwares* del tipo “cavallo di Troia” installati in un dispositivo elettronico come uno *smartphone* o un *tablet*. Questo articolo spiega in quali casi, e a quali condizioni, atti investigativi di questo genere possono essere ugualmente considerati ammissibili secondo la legge processuale italiana, e illustra i contenuti dei principali progetti di riforma concernenti questa materia che sono attualmente in discussione nel Parlamento italiano.

**PAROLE CHIAVE:** prova; indagini preliminari; perquisizioni *online*; sorveglianza *online*; intercettazione di conversazioni o comunicazioni.

**ABSTRACT:** *The Italian code of criminal procedure doesn't regulate investigations realized with “Trojan horse” malwares located in an electronic device like a smartphone or a tablet. This study explains in which cases, and under what conditions, investigations like these can be nevertheless considered as admissible according to the Italian procedural law, and reports the contents of the main legislative proposals concerning this matter that are currently being discussed in the Italian Parliament.*

**KEYWORDS:** *evidence; preliminary investigations; online searches; online surveillances; interception of conversations or communications.*

**RESUMO:** O Código de Processo Penal italiano não contém qualquer disciplina sobre a investigação efetuada com o auxílio de malwares de tipo “cavalo de Troia” instalados em um dispositivo eletrônico como um *smartphone* ou um *tablet*. Este artigo explica em quais casos, e sob quais condições, atos investigativos desse tipo podem ser, contudo, considerados admissíveis, segundo a lei processual italiana, e analisa o conteúdo dos principais projetos de reforma legislativa relacionados a tal matéria que estão atualmente em discussão no Parlamento italiano.

**PALAVRAS-CHAVE:** *prova; investigação preliminar; busca e apreensão on line; vigilância on line; interceptação de conversas e comunicações.*

**SUMÁRIO:** 1. Un nuovo formidabile strumento investigativo. 2. Prove atipiche e diritti fondamentali. 3. Le attività di *online search* e le nuove frontiere dell'intimità domiciliare. 4. Il captatore informatico come strumento di intercettazione. 5. L'intercettazione "itinerante" e le comunicazioni domiciliari. 6. Prospettive di riforma. Bibliografia

---

1. Una tecnica investigativa penale sempre più diffusa in Italia è quella che consiste nell'installare occultamente su un dispositivo elettronico (*smartphone, tablet, personal computer*) un *malicious software* in grado di svolgere attività di ricerca e sorveglianza online.

Inoculato nel dispositivo-*target* tramite accesso fisico o, più frequentemente, da remoto (ad esempio attraverso l'allegato di una email, un sms o un'applicazione di aggiornamento), il *virus* captatore permette agli inquirenti sia di acquisire dati già salvati e precostituiti nel sistema informatico (*online search*), sia di carpire il flusso informativo che intercorre tra il microprocessore del dispositivo sorvegliato e le sue periferiche (video, tastiera, microfono, *webcam*, ecc.), accedendo in tempo reale non solo a ciò che viene visualizzato sullo schermo o digitato sulla tastiera, ma anche ai suoni e alle immagini che entrano nell'orbita percettiva del microfono o della *webcam* (*online surveillance*). Queste, più nel dettaglio, le sue funzioni, così come recentemente descritte in una sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione: «1) captare tutto il traffico dati in arrivo o in partenza dal dispositivo “infettato” (navi-

gazione e posta elettronica, sia *web mail*, che *out look*); 2) attivare il microfono e, dunque, apprendere per tale via i colloqui che si svolgono nello spazio che circonda il soggetto che ha la disponibilità materiale del dispositivo, ovunque egli si trovi; 3) mettere in funzione la *web camera*, permettendo di carpire le immagini; 4) perquisire l'*hard disk* e fare copia, totale o parziale, delle unità di memoria del sistema informatico preso di mira; 5) decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema (*keylogger*) e visualizzare ciò che appare sullo schermo del dispositivo bersaglio (*screenshot*)»<sup>1</sup>.

Naturalmente si tratta di funzioni che possono essere calibrate alle esigenze del caso specifico con opportuni accorgimenti tecnici (ad esempio, inibendo *a priori* taluni utilizzi del *malware*<sup>2</sup>, oppure attivandolo da remoto solo in determinate circostanze). Ciò non toglie che si tratti di uno strumento probatorio dalle formidabili capacità di penetrazione nella sfera privata dell'individuo, che impone, come giustamente osserva la Corte di legittimità, «un delicato bilanciamento delle esigenze investigative con la garanzia dei diritti individuali, che possono subire gravi lesioni»<sup>3</sup>.

2. Nel codice di procedura penale italiano manca una specifica regolamentazione della materia. Va tuttavia immediatamente precisato

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 4 luglio 2016, p. 8. Ultimo accesso: 8 aprile 2017. Una descrizione analoga è contenuta nella Relazione alla proposta di legge C. 4260 (primo firmatario l'on. Quintarelli) depositata alla Camera dei deputati in data 31 gennaio 2017 (*Modifiche al codice di procedura penale e altre disposizioni concernenti la disciplina dell'intercettazione di comunicazioni telematiche e dell'acquisizione di dati ad esse relativi*): «attualmente, i software disponibili consentono al loro utilizzatore il pieno controllo del dispositivo e, quindi, di fare telefonate, mandare SMS e leggerne l'archivio, accedere e inviare posta elettronica, tracciare la posizione GPS, attivare il microfono per ascoltare, attivare la telecamera per vedere e scattare foto, inserire, modificare e copiare (documenti, mail, foto, registrazioni, ecc.), nonché tracciare consultazioni web. Inoltre, attraverso i dispositivi, si potrebbe accedere anche ad archivi personali ed aziendali posti al di fuori del dispositivo (*server, cloud, ecc.*), ove viene archiviata – di fatto – tutta la vita di una persona».

<sup>2</sup> Cfr. Procura Generale presso la Corte di Cassazione, *Memoria per la camera di consiglio delle Sezioni unite del 28 aprile 2016*, <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 4 luglio 2016, p. 5. Ultimo accesso: 2 aprile 2017.

<sup>3</sup> Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit., p. 9.

che ciò non significa che le attività investigative di cui si discute debbano ritenersi vietate, e, come tali, insuscettibili di fornire materiali probatori utilizzabili in giudizio (art. 191 c.p.p.). Ciò per due ragioni. In primo luogo, perché alcune di tali attività, come vedremo, sono riconducibili a strumenti di ricerca della prova già disciplinati dalla legge (segnatamente, l'intercettazione di comunicazioni). In secondo luogo, e comunque, perché nel sistema processuale penale italiano non esiste un principio di tassatività della prova, essendo il giudice espressamente autorizzato ad assumere anche «prove non disciplinate dalla legge» (art. 189 c.p.p.)<sup>4</sup>. Al cospetto di una prova «atipica», la legge processuale vuole soltanto che siano rispettate tre condizioni: 1) deve trattarsi di una prova «idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti»; 2) la sua assunzione non deve «pregiudica[re] la libertà morale della persona» interessata; 3) prima di procedere all'ammissione, il giudice deve «sentire le parti sulle modalità di assunzione della prova».

Nel caso dei *trojan horses*, è fuori discussione che si tratti di prove idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti. L'utilizzo del *virus* informatico non sembra inoltre in grado di «pregiudicare la libertà morale» (*id est*, di condizionare i comportamenti) delle persone coinvolte nell'indagine. Quanto alla necessità di «sentire le parti sulle modalità di assunzione della prova», è pur vero che un interpello preventivo dell'indagato non è in questo caso ipotizzabile, trattandosi di attività investigative occulte, ma è opinione diffusa in dottrina che l'art. 189 c.p.p. possa dirsi rispettato anche se il contraddittorio sulle modalità acquisitive della prova avviene a posteriori, al momento dell'utilizzo dibattimentale dei materiali probatori ottenuti per mezzo dello strumento atipico di ricerca della prova<sup>5</sup>. Dunque, in linea di principio, le indagini svolte per mezzo dei captatori informatici possono ritenersi ammissibili anche se non regolate dalla legge.

<sup>4</sup> Nel senso che l'art. 189 c.p.p. andrebbe inteso «in senso ampio, come comprensivo [anche] dei mezzi di ricerca della prova e dei mezzi di indagine non previsti dalla legge», cfr., per tutte, Cass., Sez. IV, 16 marzo 2000, Viskovic, *Diritto processuale penale*, 2001, p. 89.

<sup>5</sup> Sul punto, per maggiori approfondimenti, cfr. CAPRIOLI, Francesco. Riprese visive nel domicilio e intercettazione «per immagini», *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2187 s.

Esiste, tuttavia, uno specifico ambito nel quale la legge italiana non ammette prove e investigazioni “atipiche”. Si tratta delle prove e delle investigazioni che incidono sui tre diritti che il titolo primo della parte prima della Costituzione italiana definisce “inviolabili”: il diritto alla libertà personale (art. 13 Cost.), il diritto all’intimità domiciliare (art. 14 Cost.) e il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.). Tutte le attività probatorie che comportano una violazione di questi tre fondamentali diritti dell’individuo devono essere previste tassativamente dalla legge. Gli artt. 13, 14 e 15 della Costituzione italiana stabiliscono infatti che non è consentita alcuna limitazione di tali diritti – neppure nel corso di un’indagine o di un processo penale – se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria (*riserva di giurisdizione*) e «nei casi e modi previsti dalla legge», ovvero «con le garanzie stabilite dalla legge» (*riserva di legge*). In altre parole, occorre che sia la legge ordinaria a stabilire con precisione in quali casi, con quali modalità e con quali garanzie i diritti di cui si tratta possono essere violati (e tra le garanzie previste dalla legge deve figurare anche il provvedimento motivato dell’autorità giudiziaria). Analogamente, l’art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo impone che sia «prevista dalla legge» ogni intrusione dell’autorità pubblica non solo nell’intimità della corrispondenza e del domicilio, ma in genere nella “vita privata” dell’individuo<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> «Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può aversi interferenza di una autorità pubblica nell’esercizio di questo diritto a meno che questa ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la sicurezza pubblica, per il benessere economico del paese, per la difesa dell’ordine e la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà degli altri». Secondo la Corte Europea dei diritti dell’uomo, la nozione di vita privata «è ampia e non suscettibile di una definizione esaustiva», e la base legale dell’atto intrusivo può essere di qualunque tipo (dai principi generali del diritto alle circolari amministrative fino al diritto non scritto, di matrice giurisprudenziale). L’importante è che l’ingerenza sia «ragionevolmente prevenibile» dal cittadino, e che questi, di conseguenza, sia «in grado di regolare la sua condotta» in proposito. Inoltre, la qualità delle fattispecie limitative, la loro chiarezza e precisione, il livello di dettaglio possono variare in relazione al grado di intrusività della misura stessa. Sul punto IOVENE, Federica. Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale, *Rivista trimestrale Diritto penale contemporaneo*, 2014, 3-4, p. 336 s.

Secondo un'autorevole opinione dottrinale, ciò significa che l'art. 189 c.p.p. andrebbe ritenuto costituzionalmente illegittimo nella parte in cui consente l'assunzione di prove atipiche che siano lesive del diritto alla libertà personale, del diritto all'intimità del domicilio o del diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni. Tali prove, tuttavia, andrebbero considerate ammissibili fino a che l'art. 189 c.p.p. non verrà dichiarato parzialmente illegittimo dalla Corte costituzionale<sup>7</sup>. L'indirizzo prevalente in dottrina – nonché nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione – è invece di segno contrario: in assenza di una predeterminazione normativa dei “casi” e dei “modi” di aggressione ai diritti fondamentali dell'individuo, la prova non regolata dalla legge che comporti una limitazione di tali diritti sarebbe da considerare *tout court* inammissibile. Ciò in quanto – hanno ribadito le Sezioni unite della Corte di cassazione in una importante sentenza del 2006 – l'art. 189 c.p.p. «presuppone logicamente la formazione lecita della prova, e soltanto in questo caso la rende ammissibile»<sup>8</sup>.

Accolta questa premessa, occorre dunque chiedersi se le investigazioni penali effettuate con l'ausilio dei *virus trojan* siano o meno lesive dei diritti individuali protetti dagli artt. 13-15 Cost. (segnatamente, dell'intimità domiciliare e della segretezza delle comunicazioni, poiché non sembra potersi ipotizzare una violazione della libertà personale) e dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Se la risposta è negativa, nulla vieta, in linea di principio, di ritenere ammissibili le investigazioni di cui si tratta, anche in difetto di una specifica base legale. Se la risposta è positiva, invece, delle due l'una: o si ritiene che siano attività di indagine inquadrabili in fattispecie investigative e probatorie già positivamente regolate dalla legge processuale, e in questo caso la loro ammissibilità dipenderà dal rispetto delle condizioni dettate per l'attività tipica; o si ritiene che manchi una regolamentazione normativa, e allora, in accordo con le premesse accolte dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione, la diagnosi di ammissibilità non potrà che essere sfavorevole.

<sup>7</sup> CORDERO, Franco. *Procedura penale*, Milano: Giuffrè, 2003, p. 848.

<sup>8</sup> Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, *Cassazione penale*, 2006, p. 3943.

3. All'interno di queste coordinate concettuali si iscrive un primo problema che deve essere affrontato, concernente l'ammissibilità degli atti di *online search* compiuti con l'ausilio dell'agente intrusore informatico. Il riferimento è alle attività, già menzionate in precedenza, che consistono nel «perquisire l'*hard disk* e fare copia, totale o parziale, delle unità di memoria del sistema informatico preso di mira»<sup>9</sup>.

Simili attività non sono inquadrabili nello schema tipico della perquisizione: né in quello della perquisizione “ordinaria” regolata dagli artt. 247-252 c.p.p., né in quello della c.d. perquisizione “informatica” di cui all'art. 247 comma 1-*bis* c.p.p. Ciò per molteplici ragioni, puntualmente individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In primo luogo, perché, a differenza delle perquisizioni regolate dalla legge, sono attività investigative occulte, svolte all'insaputa della persona che ha la disponibilità dell'oggetto da perquisire. In secondo luogo, perché sono attività investigative permanenti, destinate a protrarsi nel tempo. In terzo luogo, perché sono attività investigative funzionali all'acquisizione indiscriminata di dati (notizie di reato comprese) anziché alla ricerca selettiva di prove in ordine a un addebito preesistente<sup>10</sup>. Si tratta dunque di investigazioni atipiche: ammissibili, come detto, se non si ritengono coinvolti diritti fondamentali dell'individuo; inammissibili nel caso contrario, almeno secondo la prevalente opinione dottrinale e giurisprudenziale.

La giurisprudenza italiana si è finora espressa nel senso dell'ammissibilità, ritenendo che l'acquisizione di dati a carattere non comunicativo per mezzo del captatore informatico non incida su alcun diritto costituzionale coperto dalla doppia riserva di legge e di giurisdizione<sup>11</sup>. Non tutti, però, condividono questa premessa: secondo una diffusa opi-

---

<sup>9</sup> Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit., p. 8.

<sup>10</sup> Cfr. TESTAGUZZA, Alessandra. I sistemi di controllo remoto: fra normativa e prassi, *Diritto penale e processo*, 2014, p. 759; TROGU, Mauro. Sorveglianza e “perquisizioni” online su materiale informatico, In: SCALFATI, Adolfo (a cura di). *Le indagini atipiche*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 444. In giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 17 aprile 2012, Ryanair, *Cassazione penale*, 2013, p. 1523 s.

<sup>11</sup> La perquisizione *online* potrebbe dunque essere disposta con provvedimento motivato del pubblico ministero, senza coinvolgimento del giudice per le indagini preliminari: Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso, <[www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it)>, Massime penali Corte Cassazione, n. 246954. Ultimo accesso: 8 aprile 2017.

nione, atti intrusivi come quelli di cui si discute rappresenterebbero una nuova e peculiare forma di violazione del domicilio, riconducibile a pieno titolo nell'orbita precettiva dell'art. 14 Cost.

Che la tutela costituzionale del domicilio possa estendersi anche al c.d. "domicilio informatico" – ossia allo spazio virtuale che ciascun individuo occupa nell'universo digitale – non è, in verità, un'idea nuova: quando il legislatore italiano, molti anni fa, ha introdotto nel codice penale il reato di accesso abusivo a un sistema informatico o telematico<sup>12</sup>, non ha esitato a inserire questa e altre analoghe fattispecie di reato nella sezione quarta del libro secondo del codice, dedicata proprio ai delitti contro l'inviolabilità del domicilio<sup>13</sup>. La stessa logica ispira una recente proposta di legge in materia di captatori informatici<sup>14</sup>, nella cui relazione si trova scritto a chiare lettere che «le captazioni da remoto incidono sull'inviolabilità del domicilio», con la precisazione che «non si tratta, ovviamente, del domicilio fisico, ma del domicilio informatico, ossia quello spazio immateriale, delimitato da informazioni, nel quale una persona esplica attività legate alla vita privata o di relazione, e dall'accesso al quale il titolare ha diritto di escludere terzi».

Questo modo di ragionare corrisponde a un'esigenza di tutela dei diritti individuali di *privacy* della quale l'ordinamento deve sicuramente farsi carico. Secondo due celebri definizioni dottrinali, gli artt. 14 e 15 della Costituzione italiana offrirebbero protezione al domicilio fisico e alle comunicazioni riservate in quanto, rispettivamente, «proiezione spaziale»<sup>15</sup> e «proiezione spirituale»<sup>16</sup> della persona. Se questo è vero, si può

<sup>12</sup> Art. 615-ter c.p., introdotto dall'art. 4 della legge 23 dicembre 1993, n. 547.

<sup>13</sup> Nel senso che i sistemi informatici rappresentano «un'espansione ideale dell'area di rispetto pertinente al soggetto interessato, garantita dall'art. 14 Cost. e penalmente tutelata nei suoi aspetti più essenziali e tradizionali dagli artt. 614 e 615», cfr. Cass., Sez. V, 28 ottobre 2015, Bastoni, <www.italgiure.giustizia.it>, Massime penali Corte Cassazione, n. 266182. Ultimo accesso: 8 aprile 2017 (riferita a un'ipotesi di accesso abusivo a una casella di posta elettronica privata), che cita, al riguardo, la Relazione al disegno di legge n. 2773, sfociato nella legge n. 547 del 1993.

<sup>14</sup> Il riferimento è alla proposta di legge C. 4260 (primo firmatario l'on. Quintarelli) depositata alla Camera dei deputati in data 31 gennaio 2017 (v. *supra*, nota 1).

<sup>15</sup> AMORTH, Antonio. *La costituzione italiana*, Milano: Giuffrè, 1948, p. 62.

<sup>16</sup> BRICOLA, Franco. Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza, *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1967, p. 1120.

ben dire che esista ormai anche una proiezione *informatica* dell'individuo, destinata ad allargare i confini del diritto all'intimità della vita privata e al rispetto della dignità personale: un nuovo ed ulteriore spazio virtuale al cui interno – esattamente come nel domicilio e nei circuiti comunicativi riservati – ciascuno deve essere in grado di manifestare e sviluppare liberamente la propria personalità, al riparo da occhi e orecchi indiscreti.

Che una simile esigenza di tutela possa essere soddisfatta facendo leva sulle norme straordinarie dettate a salvaguardia dell'intimità domiciliare, non è, tuttavia, altrettanto pacifico nella dottrina italiana ed europea. In una nota decisione del 2008, la Corte costituzionale tedesca ha negato che l'art. 13 della Legge fondamentale (*Inviolabilità del domicilio*) possa venire invocato per difendere i cittadini anche dalle perquisizioni *online*. Secondo i giudici tedeschi, esisterebbe, piuttosto, un autonomo diritto dell'individuo «*all'uso riservato e confidenziale delle tecnologie informatiche*», implicito nella tutela che l'art. 1 della *Grundgesetz* assicura alla dignità dell'uomo<sup>17</sup>. Una parte della dottrina italiana ritiene che sia questa la strada da seguire anche nell'ordinamento nazionale: la Corte costituzionale dovrebbe estrapolare dall'art. 2 della Costituzione – inteso come catalogo “aperto” di diritti inviolabili dell'individuo<sup>18</sup> – un nuovo diritto fondamentale alla “riservatezza informatica”<sup>19</sup>. L'obiezione è che in questo modo rimarrebbero interamente da definire i contorni della tutela straordinaria: in particolare, non si tratterebbe di un diritto esplicitamente presidiato dalla doppia riserva di legge e giurisdizione<sup>20</sup>. Tra gli studiosi che propendono per

---

<sup>17</sup> Cfr. Bundesverfassungsgericht, 27 febbraio 2008, *Rivista trimestrale diritto penale economia*, 2009, p. 679. V. anche, più di recente, Bundesverfassungsgericht, 20 aprile 2016, <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 8 maggio 2016, con nota di VENEGONI, Andrea; GIORDANO, Luigi. La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici.

<sup>18</sup> Secondo l'art. 2 della Costituzione italiana, «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità».

<sup>19</sup> ORLANDI, Renzo. Osservazioni sul documento redatto dai docenti torinesi di Procedura penale sul problema dei captatori informatici, *Archivio penale* (bollettino web), 25 luglio 2016. Ultimo accesso: 5 aprile 2017.

<sup>20</sup> «Il richiamo al solo art. 2 Cost. mostra i suoi limiti: tale norma, infatti, contrariamente agli artt. 13, 14 e 15 Cost., non individua i presupposti di una

questa ipotesi ricostruttiva v'è dunque chi suggerisce di ricercare il fondamento del diritto alla "riservatezza informatica" non soltanto nell'art. 2 Cost., ma anche nell'art. 8 della Convenzione europea<sup>21</sup> – da intendere, in questo specifico ambito, in senso particolarmente rigoroso quanto a livello qualitativo della base legale<sup>22</sup> –, per desumerne che anche il diritto di cui trattasi potrebbe essere limitato, nel nostro ordinamento, «solo nel rispetto della riserva di legge e di giurisdizione, alla luce del principio di proporzionalità»<sup>23</sup>.

4. Tra le molteplici attività investigative che possono essere svolte per il tramite del dispositivo elettronico infettato dal *virus trojan*, una particolare attenzione va riservata a quelle che consistono nella trasformazione del suddetto dispositivo in strumento di percezione occulta di suoni e immagini<sup>24</sup>: ossia nell'attivare il microfono e la *webcam*, per sentire e vedere ciò che "sente" e "vede" il dispositivo.

Quando i suoni e le immagini captate documentano comportamenti comunicativi, l'atto investigativo sembrerebbe ricadere a pieno

---

limitazione da parte della pubblica autorità dei diritti inviolabili ivi sanciti»: così IOVENE, Federica. Le c.d. perquisizioni online, cit., p. 336.

<sup>21</sup> Nonché negli artt. 7 e 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), che dopo il Trattato di Lisbona ha efficacia giuridica vincolante per gli Stati membri dell'UE, sia pure nelle sole materie di competenza dell'Unione. Cfr. IOVENE, Federica. Le c.d. perquisizioni online, cit., p. 337.

<sup>22</sup> V. *supra*, nota 6.

<sup>23</sup> IOVENE, Federica. Le c.d. perquisizioni online, cit., p. 338. Su posizioni analoghe FELICIONI, Paola. L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma, *Processo penale e giustizia*, 2016, p. 125 s., e LASAGNI, Giulia. L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni "fra presenti", <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 7 ottobre 2016, p. 15 s. Ultimo accesso: 1 aprile 2017.

<sup>24</sup> Non saranno qui analizzati gli altri possibili impieghi del captatore informatico in funzione investigativa. Per un quadro più ampio cfr. CAJANI, Francesco. Odissea del captatore informatico, *Cassazione penale*, 2016, p. 4140; FILIPPI, Leonardo. L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia, *Archivio penale*, 2016, n. 2, p. 1 s.; GIORDANO, Luigi. Dopo le Sezioni Unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo, <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 20 marzo 2017, p. 9 s. Ultimo accesso: 1 aprile 2017.

titolo nella fattispecie dell'intercettazione di comunicazioni (artt. 266-271 c.p.p.), ossia presentarsi come una particolare modalità di espletamento di un'attività tipica di ricerca della prova. Occorre precisare che il *virus trojan* consente di intercettare sia comunicazioni effettuate per mezzo dello stesso dispositivo sorvegliato (ivi comprese le comunicazioni vocali VOIP, destinate a transitare sulla rete Internet)<sup>25</sup>, sia normali comunicazioni tra presenti, effettuate senza l'ausilio di strumenti di trasmissione a distanza del suono o dell'immagine.

In realtà la legge processuale italiana regola le attività di intercettazione senza mai spiegare esattamente in che cosa esse consistano. A ritagliare i contorni del *genus* hanno dovuto provvedere gli interpreti: secondo una definizione comunemente accolta, costituisce intercettazione «la captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l'intenzione di escludere gli altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da un soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato»<sup>26</sup>.

Non c'è dubbio che in questa generica fattispecie possa oggi farsi rientrare anche la captazione effettuata per il tramite del dispositivo elettronico informaticamente modificato. Con specifico riferimento alle intercettazioni di colloqui tra persone presenti, non bisogna però dimenticare che la materia è stata regolata in un momento storico nel quale gli inquirenti disponevano di strumenti di intercettazione (microspie, microfoni direzionali ecc.) dalle potenzialità intrusive infinitamente

---

<sup>25</sup> L'utilizzo del captatore informatico permette, in questi casi, di superare in radice i problemi legati alla protezione del sistema VOIP con tecniche di crittografia del tipo *end-to-end*, dal momento che il *trojan* «consente di intercettare la voce dell'utente prima che il segnale audio venga codificato dal protocollo di comunicazione criptato» (così CAJANI, Francesco, *Odissea del captatore informatico*, cit., p. 4143 s.). Sulla discussa applicabilità dell'art. 266 c.p.p. (intercettazioni di comunicazioni telefoniche o di altre forme di telecomunicazioni) o dell'art. 266-bis c.p.p. (intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche) alle intercettazioni di comunicazioni vocali in transito sui circuiti VOIP cfr., anche per ulteriori riferimenti, lo stesso CAJANI, Francesco, *ivi*, p. 4143 s.

<sup>26</sup> Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, *Cassazione penale*, 2004, p. 2094.

minori di quelle che possono oggi vantare uno *smartphone* o un *tablet* controllati a distanza. Certamente i codificatori del 1988 non potevano immaginare che a veicolare le comunicazioni e le immagini riservate sarebbe stato un oggetto in possesso della stessa persona intercettata, destinato ad accompagnare quest'ultima pressoché in ogni momento – e in ogni luogo<sup>27</sup> – della sua vita quotidiana. Nè potevano immaginare che gli inquirenti, alle condizioni tutt'altro che rigorose stabilite dagli artt. 266-271 c.p.p., avrebbero potuto agevolmente monitorare l'intera vita di relazione di una persona.

Ne derivano due considerazioni alquanto ovvie. La prima è che la vigente disciplina delle intercettazioni (e segnatamente, dell'intercettazione di comunicazioni tra presenti) nasce da una ponderazione degli interessi in gioco che non è più attuale. Nel delineare i “casi” e le “garanzie” dell'intercettazione, e nel bilanciare le esigenze di investigazione penale con la salvaguardia del diritto alla segretezza delle comunicazioni e del diritto all'intimità domiciliare, il legislatore del 1988 non poteva mettere nel conto i gravi attentati alla *privacy* che si sarebbero consumati nell'epoca della *smartphone addiction* e dei cavalli di Troia informatici<sup>28</sup>. Ciò rende necessaria un'attenta rivalutazione normativa dei sacrifici imposti ai diritti individuali coinvolti, nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>29</sup> e del parametro della «necessità in una

<sup>27</sup> Basti pensare, come rileva Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit., p. 20, che «il soggetto intercettato può recarsi, portando con sé l'apparecchio elettronico nel quale è stato installato il “captatore”, nei luoghi di privata dimora di altre persone, così dando luogo ad una pluralità di intercettazioni domiciliari».

<sup>28</sup> Lo riconosce, in fondo, la stessa Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit., pp. 20, 22. Nel consentire l'uso dei captatori informatici come strumento di intercettazione – sia pure, ad avviso della Corte, nei soli procedimenti per delitti di criminalità organizzata (v. *infra*, § 5) –, il legislatore avrebbe operato «un accurato contemperamento di valori ed interessi», calibrando la notevole «compressione dei diritti fondamentali delle persone [che deriva dall'uso di tali strumenti di indagine] con l'efficace tutela delle esigenze dei singoli e della collettività in relazione a reati di particolare gravità». Ma questo «accurato contemperamento» degli interessi in gioco è avvenuto, ammettono le Sezioni unite, «in un contesto temporale in cui la tecnologia non aveva ancora raggiunto l'attuale livello di efficacia e di capacità intrusiva».

<sup>29</sup> Sul principio di proporzionalità come «fondamentale condizione di legittimità», specie in ambito eurounitario, «dei mezzi prescelti per ogni inter-

società democratica» richiesto dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per qualunque attentato alla vita privata e familiare dell'individuo.

La seconda considerazione è che il *deficit* di determinatezza del paradigma intercettivo – e in particolare, il fatto che manchi nella disciplina codicistica qualunque riferimento alla tipologia degli strumenti di captazione – appare sempre meno tollerabile in una materia coperta da riserva di legge circa i “modi” e le “garanzie” dell'atto di indiscrezione visiva e acustica<sup>30</sup>. Il legislatore poteva dare per scontato che cosa fosse e come potesse venire effettuata un'intercettazione di comunicazioni tra presenti quando lo strumentario a disposizione degli inquirenti si riduceva alla microspia o al registratore da posizionare nel luogo in cui si ipotizzava che si sarebbe svolto il colloquio da intercettare. Ma è difficile ammettere che possa ancora farlo oggi, in presenza di modalità

---

vento pubblico nella sfera della libertà personale, intercettazioni incluse», cfr. LASAGNI, Giulia. L'uso di captatori informatici, cit., p. 20 s. Significative indicazioni si traggono, al riguardo, dalla già citata sentenza costituzionale tedesca del 20 aprile 2016 (v. *supra*, nota 17), concernente proprio indagini condotte con l'ausilio del *virus trojan*: poiché «il bilanciamento dei contrapposti valori costituzionali va condotto in forza del principio di proporzionalità», non solo «i poteri investigativi che incidono in maniera profonda sulla vita privata [vanno] limitati dalla legge alla tutela di interessi sufficientemente rilevanti nei casi in cui sia prevedibile un pericolo sufficientemente specifico a detti interessi», ma il «nucleo profondo della vita privata [deve essere] rigorosamente preservato per mezzo di norme particolari che innalzino il livello di garanzie», e il coinvolgimento di terzi estranei nell'attività investigativa può ritenersi consentito solo in «condizioni particolari».

<sup>30</sup> Anche i requisiti qualitativi che la Corte europea dei diritti dell'uomo pretende siano rispettati nelle legislazioni nazionali nel disciplinare l'intercettazione di comunicazioni – il contenuto «sufficientemente chiaro e dettagliato» della disciplina, in grado di «offrire ai cittadini un'indicazione adeguata in ordine alle circostanze nelle quali l'autorità pubblica ha il potere di ricorrere a tali misure», anche con riferimento ai «potenziali destinatari delle intercettazioni» e ai luoghi da sorvegliare elettronicamente (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 2009, Iordachi e altri c. Moldavia, e Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 dicembre 2015, Zacharov c. Russia) – si direbbero ormai fare difetto. Per due diverse opinioni, al riguardo, cfr. FILIPPI, Leonardo. L'ispe-perqui-intercettazione “itinerante”, cit., p. 4 s., e Procura Generale presso la Corte di Cassazione, *Memoria per la camera di consiglio delle Sezioni unite*, cit., p. 16 s.

diversificate – e assai diversamente aggressive – di attacco alla sfera comunicativa riservata<sup>31</sup>.

In sintesi, una presa di posizione normativa non appare più procrastinabile. Lacunosa e tecnicamente obsoleta, l'attuale disciplina delle intercettazioni si presta a letture evolutive che la rendono inconciliabile con il dettato costituzionale<sup>32</sup>.

5. Non previsto e non prevedibile dal legislatore del 1988, l'uso dei dispositivi elettronici privati come strumento di intercettazione ha

---

<sup>31</sup> *Contra* LASAGNI, Giulia. L'uso di captatori informatici, cit., p. 11 s. («il rispetto della doppia riserva di legge e di giurisdizione richiesta dalla Costituzione per ogni tipo di intrusione nelle libertà fondamentali poste a tutela del domicilio privato e delle comunicazioni non si estende – nel quadro normativo vigente – anche alla necessità di avere una specifica previsione legislativa per ogni tipologia di strumento captativo utilizzabile»), sul presupposto che la disciplina delle intrusioni tecnologiche nella sfera privata sarebbe tendenzialmente indifferente al tipo di tecnologia utilizzata, come dimostrato anche dai principi ispiratori della nuova normativa europea in materia di protezione dei dati personali (Direttiva UE 2016/280 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, *Protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati*). Secondo l'Autrice, «sarebbe quindi auspicabile un intervento legislativo che identificasse chiaramente non tanto tutte le singole tecnologie utilizzabili nel campo delle intercettazioni (che prima erano microspie, oggi sono *virus* informatici, ma potrebbero ovviamente a breve avere anche forma ben diversa), quanto piuttosto *le garanzie fondamentali* che devono essere sempre riconosciute all'indagato e ai terzi potenzialmente coinvolti, *a prescindere dallo strumento utilizzato*» (ivi, 13, corsivo aggiunto). Il problema è che al variare delle tecniche intrusive si accompagna (come in definitiva riconosce la stessa Autrice, *ivi*, 20 ss.) la necessaria previsione di *specifiche* garanzie. Si pensi, per fare un solo esempio, alla necessità di evitare che il *malware* determini un abbassamento del livello di sicurezza del dispositivo su cui viene usato, o alla necessità di garantirne la disinstallazione a intercettazione conclusa (v. *infra*, § 6). Ciò rende comunque necessario l'aggiornamento legislativo della disciplina dell'intercettazione, con buona pace del principio di “neutralità tecnica” di tale disciplina.

<sup>32</sup> Per analoghe considerazioni si veda il documento redatto nel luglio 2016 da un gruppo di studiosi di Diritto processuale penale dell'Università di Torino, successivamente sottoscritto da più di settanta docenti universitari di Diritto, reperibile in <<http://www.dg.unito.it/do/forms.pl/FillOut?id=goux>>. Ultimo accesso: 2 aprile 2017.

fatto sorgere inoltre uno specifico problema, del quale hanno dovuto occuparsi recentemente le Sezioni unite della Corte di cassazione.

L'art. 267 del codice italiano di procedura penale assoggetta le intercettazioni di comunicazioni tra presenti a condizioni diverse a seconda del luogo in cui la comunicazione si svolge. Per le comunicazioni effettuate al di fuori del domicilio occorrono i medesimi presupposti formali e sostanziali necessari per procedere alle intercettazioni telefoniche: devono sussistere "gravi indizi" di uno dei reati elencati nell'art. 266 c.p.p.; l'intercettazione deve risultare "assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini"; occorre l'autorizzazione preventiva del giudice (salvi i casi di urgenza, nei quali l'intercettazione può essere disposta dal pubblico ministero con apposito decreto, che va tuttavia convalidato dal giudice nelle quarantotto ore successive). Per le comunicazioni tra presenti che si svolgono nei contesti domiciliari indicati dall'art. 614 c.p. – ossia «nell'abitazione, in un altro luogo di privata dimora o nelle appartenenze di essi» – è invece richiesta una rigorosa condizione supplementare: l'intercettazione «è consentita solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa» (art. 266 comma 2 c.p.p.). In altre parole, perché gli inquirenti possano installare una microspia all'interno di un'abitazione privata occorre che all'interno di quell'abitazione si stia presumibilmente commettendo il reato: non basta che vi sia fondato motivo di ritenere che vi si terranno conversazioni concernenti un reato già commesso.

L'applicazione di questa regola diventa tuttavia problematica quando lo strumento di intercettazione, anziché fisso come una tradizionale microspia, diventa mobile: ossia quando gli operatori – come accade inevitabilmente nell'ipotesi del dispositivo privato portatile – non sono in grado di conoscere in anticipo gli spostamenti dello strumento di captazione. Anche ad ammettere, infatti, che il microfono e la *webcam* del dispositivo bersaglio possano essere attivati e disattivati in qualunque momento nel corso delle operazioni investigative, rimane elevato il rischio che nella rete degli inquirenti finiscano comunicazioni non legittimamente intercettabili perché svolgentisi in un contesto domiciliare nel quale non si stanno commettendo reati.

L'esistenza di un simile rischio ha indotto le Sezioni unite della Corte di cassazione a ritenere che l'intercettazione di comunicazioni

tra persone presenti *non possa venire effettuata mediante l'impiego di captatori informatici*: o meglio, che ciò sia consentito solo nei casi eccezionali in cui la legge autorizza l'intercettazione domiciliare anche in assenza dello svolgimento attuale di un'attività criminosa, ossia nei casi in cui si proceda per delitti di "criminalità organizzata" (art. 13 comma 1 del d.l. n. 152 del 1991)<sup>33</sup>. La disciplina dell'intercettazione di colloqui *inter praesentes*, hanno stabilito le Sezioni unite, non è fisiologicamente incompatibile con il ricorso a dispositivi mobili<sup>34</sup>: ma poiché «all'atto

<sup>33</sup> Questo il principio di diritto enunciato da Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit., p. 23: «l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti – mediante l'installazione di un "captatore informatico" in dispositivi elettronici portatili (ad es., *personal computer*, *tablet*, *smartphone*, ecc.) – [...] è consentita [...] anche nei luoghi di privata dimora ex art. 614 cod. pen., pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa [...] limitatamente ai procedimenti per delitti di criminalità organizzata».

<sup>34</sup> Di avviso contrario Cass., Sez. VI, 26 maggio 2015, Musumeci, <[www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it)>, Massime penali Corte Cassazione, n. 265654. Ultimo accesso: 8 aprile 2017, secondo cui, nell'autorizzare l'intercettazione di colloqui tra persone presenti (ovvero, come si usa dire, nel disporre intercettazioni "ambientali"), il giudice dovrebbe necessariamente indicare anche lo specifico luogo (l'"ambiente") in cui si svolgerà l'attività investigativa: indicazione che sarebbe impossibile da fornire quando lo strumento captativo sia "itinerante". Nello stesso senso, in dottrina, FILIPPI, Leonardo. L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante", cit., p. 3, e LORENZETTO, Elisa. Il perimetro delle intercettazioni ambientali eseguite mediante "captatore informatico", <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 24 marzo 2016, p. 2. Ultimo accesso: 6 aprile 2017. A giudizio delle Sezioni unite, invece, «il riferimento al luogo non integra un presupposto dell'autorizzazione», dal momento che la legge processuale allude all'intercettazione di comunicazioni tra persone presenti e non al monitoraggio di "ambienti" di alcun tipo; «non è dato rinvenire nelle vigenti disposizioni alcun accenno ad "intercettazioni ambientali", locuzione, questa, utilizzata generalmente nella giurisprudenza e in dottrina, [ed] entrata a far parte del linguaggio giuridico in un momento storico nel quale le possibilità di intercettazione in luoghi chiusi – in base alle tecniche di captazione disponibili – erano per lo più riconducibili alla installazione di microspie in uno o più "ambienti" predeterminati»; «per tale motivo – ed a maggior ragione perché una siffatta dizione non trova riscontro nel dato testuale delle norme di interesse – sarebbe errato giungere al punto da ritenere illegittima qualunque intercettazione tra presenti non strettamente collegata a un predeterminato "ambiente"». Di regola, pertanto, «deve ritenersi sufficiente che il decreto autorizzativo indichi il destinatario della captazione e la tipologia di ambienti dove essa va eseguita», ma «l'intercettazione resta utilizzabile anche qualora venga effettuata in un

di autorizzare un'intercettazione da effettuarsi a mezzo di captatore informatico installato su un apparecchio portatile, il giudice non può prevedere e predeterminare i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico verrà introdotto», non può nemmeno «effettuare un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto della normativa che legittima, circoscrivendole, le intercettazioni domiciliari di tipo tradizionale»; dunque, «si correrebbe il concreto rischio di dar vita ad una pluralità di intercettazioni tra presenti in luoghi di privata dimora del tutto al di fuori dei cogenti limiti previsti dalla vigente normativa codicistica». E «anche se fosse tecnicamente possibile seguire gli spostamenti dell'utilizzatore del dispositivo elettronico e sospendere la captazione nel caso di ingresso in un luogo di privata dimora, sarebbe comunque impedito il controllo del giudice nel momento dell'autorizzazione, che verrebbe disposta “al buio”»<sup>35</sup>, rimanendo affidato agli inquirenti il compito di stabilire, volta per volta, se un determinato luogo rientri o meno nel paradigma evocato dall'art. 614 c.p.<sup>36</sup>.

---

altro luogo rientrante nella medesima categoria» (Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit., pp. 14, 17, 19).

<sup>35</sup> Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit., p. 14 s.

<sup>36</sup> E' stato rilevato che il ragionamento della Corte sembra trascurare l'ipotesi in cui il giudice, in un procedimento per reati diversi da quelli di criminalità organizzata, abbia diligentemente indicato nel decreto autorizzativo il luogo di privata dimora da monitorare o la tipologia degli ambienti extradomiciliari nei quali potrà svolgersi l'intercettazione (v. *supra*, nota 34: ad esempio, “i bar frequentati dall'indagato”), prescrivendo espressamente che il microfono o la *webcam* siano attivati solo quando il dispositivo infettato viene introdotto in tali luoghi. In simili evenienze, il giudice non autorizzerebbe affatto “al buio” l'intercettazione, che dovrebbe ritenersi, pertanto, «pienamente legittima» (CAJANI, Francesco. *Odissea del captatore informatico*, cit., p. 4149 s.). Questa lettura della sentenza ha il merito di tracciare le coordinate all'interno delle quali dovrà muoversi – e si sta effettivamente muovendo (v. *infra*, § 6) – il legislatore nel regolare la materia: a) rendere più stringenti gli obblighi motivazionali del giudice, tipizzando le prescrizioni che dovranno essere contenute nel decreto autorizzativo; b) vietare espressamente l'utilizzo dei captatori informatici in grado di attivare il microfono e la *webcam* per effetto del solo inserimento nel dispositivo anziché di un apposito comando a distanza; c) garantire il rispetto delle condizioni poste dal giudice con adeguati accorgimenti tecnici, che rendano smascherabili a posteriori gli eventuali impieghi non autorizzati dello strumento di captazione.

All'enunciazione di questi principi, di indubbia portata garantistica, la Corte di cassazione affianca un'importante ulteriore precisazione.

Ritenere precluso *tout court* il ricorso al captatore informatico come strumento di intercettazione di comunicazioni tra presenti (salvo, come detto, che si proceda per delitti di criminalità organizzata) significa rinunciare a priori anche a possibili acquisizioni probatorie – le intercettazioni di colloqui extradomiciliari – che sarebbero del tutto legittime. Le Sezioni unite avrebbero dunque potuto optare per una diversa soluzione: consentire l'impiego del captatore informatico, invitando il giudice a distinguere, a posteriori, le intercettazioni effettuate fuori del domicilio, utilizzabili come prova, e quelle effettuate nel domicilio, vietate dalla legge e dunque inutilizzabili<sup>37</sup>.

Si tratta dell'impostazione che la Corte di cassazione ha finora seguito in una fattispecie affine a quella in esame. Nel silenzio della legge processuale, ci si era chiesti se fosse consentito intercettare comunicazioni domiciliari tra presenti, nei casi previsti dall'art. 266 comma 2 c.p.p., *anche per mezzo di strumenti di ripresa visiva* (ossia di telecamere) anziché dei tradizionali strumenti di ripresa sonora. Il dubbio era nato perché in questo modo le telecamere finiscono inevitabilmente per riprendere anche comportamenti domiciliari di tipo non comunicativo, ossia per realizzare una violazione sensoriale del domicilio non regolata dalla legge, in contrasto con l'art. 14 Cost. Ciò nonostante, la Corte ha risposto affermativamente al quesito: ma precisando che il giudice, a posteriori, avrebbe dovuto accuratamente distinguere le riprese visive di comportamenti domiciliari comunicativi (consentite nel rispetto dei presupposti di cui agli artt. 266 comma 2 e 267 c.p.p., perché riconducibili al paradigma dell'intercettazione) e le riprese visive di comportamenti domiciliari non comunicativi (non regolate dalla legge, e, come tali, destinate a consegnare materiali cognitivi non utilizzabili in giudizio, in virtù di una regola di esclusione probatoria desumibile dallo

<sup>37</sup> Era questa la soluzione prospettata dalla Sesta Sezione nell'ordinanza di remissione alle Sezioni unite (cfr. Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit., p. 14 s.: «il controllo non potrà che essere successivo e riguardare il regime dell'inutilizzabilità delle conversazioni captate in uno dei luoghi indicati dall'art. 614 c.p.»).

stesso art. 14 Cost.)<sup>38</sup>. La replica della dottrina era stata immediata: l'*home-watching* abusivo non avrebbe potuto certamente ritenersi scriminato per il solo fatto di produrre materiali audiovisivi non spendibili in giudizio (tanto più ove il titolare del diritto violato fosse un soggetto del tutto disinteressato alle sorti dell'inchiesta penale). Di fatto, la Corte autorizzava gli inquirenti a perpetrare gravi violazioni del diritto all'intimità domiciliare non previste dalla legge<sup>39</sup>.

La verità è che il rischio di incidere su diritti fondamentali dell'individuo al di fuori dei confini tracciati dalla legge (costituzionale e ordinaria) è motivo sufficiente perché debbano ritenersi banditi dal processo penale gli strumenti investigativi le cui potenzialità intrusive non siano determinabili a priori<sup>40</sup>, benché questo significhi privarsi anche delle legittime risultanze probatorie che simili strumenti potrebbero offrire<sup>41</sup>.

Su queste posizioni più rigorose sembrerebbe essersi assestata la decisione delle Sezioni unite in materia di *virus* informatici. «Nel caso di captazioni eventualmente avvenute in luoghi di privata dimora al di fuori dei presupposti di cui all'art. 266 comma 2 c.p.p.», osservano i giudici della Cassazione, «*non potrebbe nemmeno invocarsi la sanzione della inutilizzabilità*»: sia perché si tratta di una sanzione processuale

---

<sup>38</sup> Per tutte Cass., Sez. IV, Besnik, <[www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it)>, Massime penali Corte Cassazione, n. 231047. Ultimo accesso: 8 aprile 2017.

<sup>39</sup> Cfr., volendo, CAPRIOLI, Francesco. Riprese visive nel domicilio, cit., p. 2203 s., e Id., Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva, *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 1839 s. Più di recente, nel senso che «resta insuperabile il dato oggettivo della tardività del rimedio rispetto alla tutela effettiva del diritto alla inviolabilità del domicilio», in quanto «la sanzione processuale dell'inutilizzabilità delle immagini non comunicative può logicamente intervenire soltanto a posteriori, e cioè a lesione della libertà ormai avvenuta», cfr. DEL COCO, Rosita. In: SCALFATI, Adolfo (a cura di). RegISTRAZIONI audio-video su impulso dell'investigatore. *Le indagini atipiche*, cit., p. 27.

<sup>40</sup> Come un dispositivo portatile infettato da un *malware*, i cui movimenti nello spazio non sono preventivabili: ma anche come una videocamera installata in un domicilio, che non si può sapere a priori se riprenderà solo comportamenti comunicativi o anche comportamenti non comunicativi.

<sup>41</sup> Vale a dire, nel caso dei *trojans*, le intercettazioni di colloqui extradomiciliari, e, nel caso delle riprese video domiciliari, le captazioni riconducibili al *genus* dell'intercettazione perché aventi ad oggetto comportamenti comunicativi.

«riservata a gravi patologie degli atti del procedimento e del processo, e non ad ipotesi di adozione di provvedimenti *contra legem* e non preventivamente controllabili quanto alla loro conformità alla legge», sia, soprattutto, perché si tratta di una sanzione che opererebbe tardivamente, quando gravi lesioni non autorizzate dei diritti di *privacy* si sono già interamente consumate (essendo, in particolare, «concreto il rischio della possibile divulgazione, ben prima di ogni declaratoria di inutilizzabilità, dei contenuti di intercettazioni destinate ad essere successivamente dichiarate inutilizzabili»)<sup>42</sup>.

E' un'impostazione certamente condivisibile<sup>43</sup>: l'auspicio è che questa nuova consapevolezza induca i giudici di legittimità a rivedere anche le opinioni espresse in materia di videoriprese domiciliari<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit., p. 15, in linea con le considerazioni svolte dalla Procura Generale presso la Corte di cassazione nella memoria per la camera di consiglio (cit., p. 21). Definisce questa, giustamente, «la scelta profonda della sentenza Scurato», GIORDANO, Luigi. Dopo le Sezioni Unite sul «captatore informatico», cit., p. 9 s.

<sup>43</sup> In un passaggio della motivazione (Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit., p. 21), le Sezioni unite sembrerebbero in verità ricadere nell'impostazione precedentemente ripudiata. «Per quel che riguarda l'eventualità che lo strumento captativo in argomento possa produrre, in casi estremi, esiti lesivi della dignità umana» – rileva la Corte, riferendosi al possibile impiego dei *virus* informatici nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata – «va osservato, come opportunamente prospettato dai rappresentanti della Procura generale nella memoria in atti, che si tratta di un pericolo che ben può essere neutralizzato con gli strumenti di cui dispone l'ordinamento; ad esempio, “facendo discendere dal principio personalistico enunciato dall'art. 2 della Costituzione, e dalla tutela della dignità della persona che ne deriva, la sanzione di inutilizzabilità delle risultanze di ‘specifiche’ intercettazioni che nelle loro modalità di attuazione e/o nei loro esiti abbiano acquisito ‘in concreto’ connotati direttamente lesivi della persona e della sua dignità”» (Procura Generale presso la Corte di Cassazione, *Memoria per la camera di consiglio delle Sezioni unite*, cit., p. 18). Come se, ancora una volta, l'inutilizzabilità processuale bastasse a rendere innocua – e costituzionalmente tollerabile – un'attività investigativa atipica lesiva della dignità umana.

<sup>44</sup> Come già accennato, anche una videoripresa (domiciliare o extradomiciliare) può oggi essere effettuata per mezzo di un *virus trojan* installato su un dispositivo elettronico. Nel caso esaminato dalla sentenza delle Sezioni unite, tuttavia, il giudice per le indagini preliminari aveva espressamente negato l'autorizzazione all'utilizzo del captatore per l'effettuazione di videoriprese (Procura Generale presso la Corte di Cassazione, *Memoria per la camera di consiglio delle Sezioni unite*, cit., p. 10).

6. Qualche cenno conclusivo va riservato ai progetti di riforma concernenti la materia in esame. Due, fra le altre<sup>45</sup>, le iniziative da menzionare.

La prima è la proposta di legge C. 4260 (primo firmatario l'on. Quintarelli), depositata alla Camera dei deputati il 31 gennaio 2017<sup>46</sup>, che contiene una dettagliata disciplina di tre diverse attività investigative realizzabili per mezzo del «captatore informatico»: 1) la «osservazione e acquisizione da remoto» (più specificamente, la «osservazione dei dispositivi» e la «acquisizione da remoto dei dati contenuti in un sistema informatico o telematico, diversi da quelli relativi al traffico telefonico o telematico»); 2) la «intercettazione di conversazioni e comunicazioni, anche tra presenti»<sup>47</sup>; 3) la «acquisizione della posizione geografica della persona sottoposta alle indagini».

L'uso del *trojan horse* informatico viene consentito nei soli procedimenti per reati di criminalità organizzata di stampo mafioso o con finalità di terrorismo (artt. 254-ter comma 1, 266-bis comma 1-bis, 266-ter comma 1 c.p.p.)<sup>48</sup>. Si stabilisce, inoltre, che le indagini del primo e del se-

---

<sup>45</sup> Nel corso dei lavori parlamentari per la conversione del decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7 (*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale*), convertito con modificazioni dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, si era ipotizzato di modificare l'art. 266-bis c.p.p. (che regola l'intercettazione «del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi») inserendo nella disposizione le parole «anche attraverso l'impiego di strumenti o di programmi informatici per l'acquisizione da remoto delle comunicazioni e dei dati presenti in un sistema informatico». In seguito, si era proposto di limitare l'utilizzo del nuovo strumento investigativo alle sole indagini per i delitti di cui agli artt. 270-bis, 270-ter, 270-quater e 270-quinquies c.p., commessi con le finalità di terrorismo di cui all'art. 270-sexies c.p. Una proposta analoga era contenuta nella proposta di legge C. 3470 depositata in data 2 dicembre 2015 alla Camera dei Deputati (*Modifica all'articolo 266-bis del codice di procedura penale, in materia di intercettazione e di comunicazioni informatiche o telematiche*).

<sup>46</sup> V. *supra*, nota 1.

<sup>47</sup> Ivi compresi «i flussi di comunicazioni [che] risultino cifrati, in tutto o in parte» (art. 266-bis comma 1-ter c.p.p.).

<sup>48</sup> Come si legge nella Relazione alla proposta, «è evidente che vi sono altre tipologie di reati molto gravi, che destano ribrezzo e sdegno sociale, per contrastare i quali l'utilizzo del captatore può offrire grandi possibilità, primo tra tutti la pedopornografia. Tuttavia si tratta di un punto di equilibrio con i diritti costituzionali di assai difficile individuazione; la definizione del perimetro

condo tipo possano venire effettuate solo quando non sia «possibile distinguere un ambito di attività o di vita personale estraneo all'associazione criminale» (art. 254-ter comma 1 c.p.p.), ovvero quando «l'effettiva natura dell'organizzazione criminale [...] presenti connotati di pervasività tali da [...] ostacolare una separazione tra attività illecita e ordinaria vita privata» (artt. 254-ter comma 2, 266-bis comma 1-*quater* c.p.p.). L'osservazione e l'acquisizione da remoto potranno essere disposte<sup>49</sup> alle stesse condizioni già previste dalla legge italiana per l'intercettazione di comunicazioni: vale a dire, solo «dal giudice su richiesta del pubblico ministero»<sup>50</sup>, e solo «quando vi [sia]no gravi indizi di reato» e l'atto investigativo risulti «assolutamente indispensabile per la prosecuzione delle indagini» (art. 254-ter comma 1 c.p.p.). Nel decreto autorizzativo del giudice andranno «indicati i dispositivi sui quali può essere effettuata l'installazione» dei programmi o strumenti informatici utilizzati, con l'esposizione dettagliata dei motivi per i quali si è resa eventualmente «necessaria l'installazione su dispositivi di soggetti non indagati» (art. 268-bis comma 4 c.p.p.). Il pubblico ministero potrà delegare le attività investigative svolte a mezzo di captatori informatici «soltanto alla polizia giudiziaria», che non potrà «avvalersi di ausiliari» (art. 268-bis comma 6 c.p.p.)<sup>51</sup>. Tali attività andranno comunque effettuate «sempre nel rispet-

---

di applicabilità è quindi un tema estremamente delicato. In questa proposta di legge, oltre a definire con cura le garanzie delle parti e del procedimento, i proponenti hanno ritenuto opportuno limitare il perimetro dell'utilizzabilità ai soli reati che attentano all'integrità dello Stato. Sarà un'approfondita riflessione nel Parlamento, sede del processo democratico, a stabilire il perimetro di utilizzabilità più appropriato». Con specifico riferimento all'intercettazione di comunicazioni tra presenti, si fa notare, in ogni caso, come la previsione di questo limite si ponga «in continuità con quanto stabilito dalla Corte di cassazione» nella sentenza Scurato.

<sup>49</sup> Per quaranta giorni, prorogabili più volte, fino a un massimo di dodici mesi, nel caso in cui l'interruzione delle operazioni (seguita dalla notifica del decreto autorizzativo all'interessato) provocherebbe un «grave pregiudizio alle indagini»: art. 254-ter comma 3 c.p.p.

<sup>50</sup> Come già sappiamo (*supra*, § 3), per i firmatari della proposta le perquisizioni *online* violano il domicilio informatico: di qui il necessario coinvolgimento dell'organo giurisdizionale nella procedura autorizzativa.

<sup>51</sup> «Tale previsione è fondamentale per circoscrivere l'ambito di utilizzo dello strumento investigativo e dei relativi atti di indagine, anche in considerazione dell'impossibilità per le forze di polizia e per la magistratura di verificare

to della dignità umana e personale e, nei limiti del possibile, nel rispetto del pudore e della riservatezza della sfera privata di chi vi è sottoposto» (artt. 254-ter comma 2, 266-bis comma 1-*quinquies* c.p.p.)<sup>52</sup>.

Gli strumenti e i programmi informatici utilizzati dovranno infine possedere «i requisiti stabiliti con regolamento adottato mediante decreto del Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dell'Interno e su parere conforme del Garante per la Protezione dei dati personali» (art. 268-bis comma 8 c.p.p.)<sup>53</sup>: al termine dell'attività investigati-

---

l'operato di un tale soggetto (non ufficiale di polizia giudiziaria ma mero tecnico informatico) che opera distante dai loro occhi e dai loro uffici e spesso per mezzo di apparati telematici non verificabili e in *cloud*» (così la Relazione alla proposta di legge).

<sup>52</sup> «Con questa previsione si intende ribadire che la captazione da remoto di conversazioni, un potente e talvolta insostituibile strumento di indagine, non può svolgersi con modalità tali da sacrificare il principio personalista, pietra angolare del nostro ordinamento costituzionale, il cui rispetto deve prevalere sullo stesso interesse pubblico alla repressione dei reati» (così ancora la Relazione alla proposta di legge).

<sup>53</sup> Di grande interesse, a questo riguardo, i contenuti del progettato art. 89-bis delle norme di attuazione, coordinamento e transitorie del codice di procedura penale (art. 6 della proposta): «il regolamento del Ministro della giustizia di cui all'art. 268-bis comma 8 del codice, da aggiornare almeno ogni tre anni, stabilisce i requisiti tecnici che gli strumenti o programmi informatici devono possedere per garantire che la loro installazione e attivazione per l'osservazione e l'acquisizione di dati da remoto non alterino i dati stessi né le restanti funzioni del dispositivo ospite; disciplina altresì le modalità con le quali deve essere assicurata la conformità del programma o strumento informatico utilizzato ai predetti requisiti nonché le relative procedure di utilizzo e aggiornamento e reca le specifiche di dettaglio relative all'utilizzo e all'aggiornamento del programma o strumento, sulla base dei seguenti criteri direttivi: (a) istituzione di un sistema di omologazione, affidato all'Istituto Superiore delle comunicazioni e delle tecnologie dell'informazione, dei programmi e strumenti informatici utilizzabili ai sensi degli artt. 266-bis, 266-ter e 254-ter del codice. L'omologazione deve essere ripetuta almeno ogni dodici mesi per garantire la validità di tutte le edizioni dei captatori intermedie rilasciate come aggiornamento dell'edizione già omologata; (b) introduzione di un obbligo di deposito dei codici sorgenti, presso un ente da determinare, con una procedura tale da garantire a posteriori la ripetibilità indipendente del processo di omologazione di una specifica edizione del programma o strumento informatico, riproducendo l'esatta copia del programma o strumento utilizzato in fase di indagine a partire dai suoi codici sorgenti e di tutte le sue edizioni intermedie istanziate o installate, qualora l'impronta identificativa sia differente. Il deposito dei codici sorgenti deve essere effettuato per

ogni singola edizione di *software* rilasciato dai produttori almeno ogni dodici mesi; (c) introduzione di una garanzia di rintracciabilità del programma o strumento informatico utilizzato, tale da consentire alle parti di validarne la legittimità a posteriori, istituendo una base di dati apposita, il Registro nazionale dei captatori informatici, che raccoglie in tempo reale e con garanzia di integrità dei dati nonché validità temporale tutte le impronte digitali di tutte le edizioni di captatori informatici omologati rilasciati dai produttori e installate sui dispositivi obiettivo di indagine. Il Registro è gestito dall'ente di omologazione che lo mette a disposizione delle Forze di pubblica sicurezza, dei servizi di informazione e dei difensori delle parti direttamente interessate dall'intrusione informatica. Le richieste di informazioni, possibili solo da parte degli avvocati difensori di indagati che sono stato oggetto di verifica tramite captatore, non hanno carattere di onerosità per i richiedenti e devono essere espletate entro trenta giorni dalla richiesta; (d) previsione di un obbligo di registrazione di tutte le operazioni svolte dal programma o strumento informatico, dalla sua installazione fino alla sua rimozione, messe integralmente a disposizione delle parti come allegato del fascicolo, in modo da garantire l'autenticità e l'integrità dei dati; (e) previsione del divieto, per il programma o strumento informatico, di determinare un abbassamento del livello di sicurezza del sistema o del dispositivo su cui viene usato. E' fatta eccezione esclusivamente per le eventuali fasi di installazione che richiedano un temporaneo abbassamento del livello di sicurezza del sistema o del dispositivo, che deve comunque essere riportato alla condizione originaria al termine della procedura di installazione, sia essa andata a buon fine o no; (f) previsione dell'obbligo, al termine dell'uso dei programmi o strumenti informatici, di provvedere alla loro disinstallazione e, qualora la rimozione non sia stata possibile, previsione della fornitura all'utente delle informazioni tecniche necessarie affinché egli vi possa provvedere autonomamente; (g) introduzione di un obbligo di messa a disposizione da parte dei produttori, pubblicamente e gratuitamente, degli strumenti *software*, necessari per l'analisi dell'allegato al fascicolo di cui alla lettera d), inclusivi delle relative documentazione tecnica e specificazione del formato dati. Tali strumenti devono abilitare le parti a verificare in modo indipendente il rispetto dei requisiti di integrità nonché della completezza dell'allegato al fascicolo di cui alla citata lettera d), ovvero validare che questo includa la registrazione di tutte le fasi di operatività del captatore, dalla generazione dell'istanza specifica, a tutte le azioni effettuate sino alla sua disinstallazione; (h) introduzione di un sistema che consenta alle parti di richiedere ed eseguire in modo indipendente la verifica del processo di omologazione. La procedura di verifica fornita dal produttore deve garantire a posteriori la ripetibilità del processo di omologazione di una specifica edizione del programma o strumento informatico, riproducendo l'esatta copia del programma o strumento utilizzato in fase di indagine a partire dai suoi codici sorgenti e di tutte le sue edizioni intermedie istanziate o installate. Il produttore deve fornire come prestazione obbligatoria remunerata, su richiesta delle parti coinvolte in un caso che veda l'utilizzo di un captatore da questi certificato, la messa a disposizione di personale

va, tali strumenti andranno obbligatoriamente «rimossi dal dispositivo in cui erano stati installati», operazione della quale dovrà essere «redatto verbale» (art. 268-*bis* comma 7 c.p.p.).

La seconda iniziativa di riforma che va ricordata è il disegno di legge n. 2067 (*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*), approvato con voto di fiducia in Senato il 15 marzo 2017 e attualmente all'esame della Camera dei Deputati.

L'art. 1 comma 82 del testo approvato in Senato attribuisce al Governo la delega ad adottare decreti legislativi per la riforma della disciplina delle intercettazioni, secondo i principi e criteri direttivi previsti dal comma 84. Con specifico riferimento alle «intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili», è prescritto che l'attivazione del dispositivo dovrà essere sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.; negli altri casi, l'intercettazione domiciliare mediante il *trojan* è consentita solo se nel domicilio si sta svolgendo l'attività criminosa. Per evitare ingressi sensoriali non autorizzati nel domicilio, è stabilito che l'attivazione del microfono potrà avvenire «solo in conseguenza di apposito comando inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico, nel rispetto dei limiti stabiliti nel decreto autorizzativo del giudice». In ogni caso, tale decreto dovrà indicare le ragioni che rendono necessario per lo svolgimento delle indagini il ricorso al captatore informatico come strumento di intercettazione. Inoltre, i risultati dell'intercettazione potranno essere «utilizzati a fini di prova soltanto dei reati oggetto del provvedimento autorizzativo»<sup>54</sup>, e non potranno essere «in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili [quando] abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede»<sup>55</sup>.

---

tecnico o la documentazione atta a spiegare il funzionamento del sistema. La tariffa che il produttore può stabilire non può essere superiore alla tariffa media praticata dai consulenti tecnici d'ufficio nei confronti delle procure della Repubblica per consulenze inerenti l'informatica forense».

<sup>54</sup> Sui rischi «di strumentalizzazione dell'addebito associativo» che la norma intende prevenire cfr. GIORDANO, Luigi. Dopo le Sezioni Unite sul «captatore informatico», cit., p. 7 s.

<sup>55</sup> Più nel dettaglio, i decreti legislativi dovranno prevedere che: «1) l'attivazione del microfono avvenga solo in conseguenza di apposito comando inviato da

## BIBLIOGRAFIA

AMORTH, Antonio. *La costituzione italiana*. Milano: Giuffrè, 1948.

BRICOLA, Franco. Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza. *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1967, p. 1120 s.

CAJANI, Francesco. Odissea del captatore informatico. *Cassazione penale*, 2016, p. 4140 s.

---

remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico, nel rispetto dei limiti stabiliti nel decreto autorizzativo del giudice; 2) la registrazione audio venga avviata dalla polizia giudiziaria o dal personale incaricato ai sensi dell'articolo 348 comma 4 c.p.p., su indicazione della polizia giudiziaria operante che è tenuta a indicare l'ora di inizio e fine della registrazione, secondo circostanze da attestare nel verbale descrittivo delle modalità di effettuazione delle operazioni di cui all'art. 268 del medesimo codice; 3) l'attivazione del dispositivo sia sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p. e, fuori da tali casi, nei luoghi di cui all'articolo 614 del codice penale soltanto qualora ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, nel rispetto dei requisiti di cui all'articolo 266 comma 1 c.p.p.; in ogni caso il decreto autorizzativo del giudice deve indicare le ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini; 4) il trasferimento delle registrazioni sia effettuato soltanto verso il server della procura, così da garantire originalità e integrità delle registrazioni; al termine della registrazione il captatore informatico venga disattivato e reso definitivamente inutilizzabile su indicazione del personale di polizia giudiziaria operante; 5) siano utilizzati soltanto programmi informatici conformi a requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al presente comma, che tenga costantemente conto dell'evoluzione tecnica al fine di garantire che tali programmi si limitino ad effettuare le operazioni espressamente disposte secondo standard idonei di affidabilità tecnica, di sicurezza e di efficacia; 6) fermi restando i poteri del giudice nei casi ordinari, ove ricorrano concreti casi di urgenza, il pubblico ministero possa disporre le intercettazioni di cui alla presente lettera, limitatamente ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p., con successiva convalida del giudice entro il termine massimo di quarantotto ore, sempre che il decreto d'urgenza dia conto delle specifiche situazioni di fatto che rendono impossibile la richiesta al giudice e delle ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini; 7) i risultati intercettativi così ottenuti possano essere utilizzati a fini di prova soltanto dei reati oggetto del provvedimento autorizzativo e possano essere utilizzati in procedimenti diversi a condizione che siano indispensabili per l'accertamento dei delitti di cui all'articolo 380 c.p.p.; 8) non possano essere in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili i risultati di intercettazioni che abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede» (art. 1 comma 84 lett. e).

CAPRIOLI, Francesco. Riprese visive nel domicilio e intercettazione “per immagini”. *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2176 s.

CAPRIOLI, Francesco. Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva. *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 1832 s.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2003.

DEL COCO, Rosita. RegISTRAZIONI audio-video su impulso dell'investigatore. In: SCALFATI, Adolfo (a cura di), *Le indagini atipiche*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 27 s.

DOCUMENTO REDATTO DAI DOCENTI TORINESI DI PROCEDURA PENALE SUL PROBLEMA DEI CAPTATORI INFORMATICI. Reperibile in: <[http://www.dg.unito.it/do/forms.pl/FillOut?\\_id=goux](http://www.dg.unito.it/do/forms.pl/FillOut?_id=goux)>. Ultimo accesso: 2 aprile 2017.

FELICIONI, Paola. L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma. *Processo penale e giustizia*, 2016, p. 118 s.

FILIPPI, Leonardo. L'ispe-perqui-intercettazione “itinerante”: le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia. *Archivio penale (web)*, 2016, n. 2, p. 1 s.

GIORDANO, Luigi. Dopo le Sezioni Unite sul “cattatore informatico”: avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo. Reperibile in: <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>. Ultimo accesso: 1 aprile 2017.

IOVENE, Federica. Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale. *Rivista trimestrale Diritto penale contemporaneo*, 2014, 3-4, p. 329 s.

LASAGNI, Giulia. L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni “fra presenti”. Reperibile in: <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>. Ultimo accesso: 1 aprile 2017.

LORENZETTO, Elisa. Il perimetro delle intercettazioni ambientali eseguite mediante “cattatore informatico”. Reperibile in: <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>. Ultimo accesso: 1 aprile 2017.

ORLANDI, Renzo. Osservazioni sul documento redatto dai docenti torinesi di Procedura penale sul problema dei captatori informatici. *Archivio penale (bollettino web)*, 25 luglio 2016.

PROCURA Generale presso la Corte di Cassazione, *Memoria per la camera di consiglio delle Sezioni unite del 28 aprile 2016*. Reperibile in: <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>. Ultimo accesso: 2 aprile 2017.

TESTAGUZZA, Alessandra. I sistemi di controllo remoto: fra normativa e prassi. *Diritto penale e processo*, 2014, p. 759 s.

TROGU, Mauro. Sorveglianza e “perquisizioni” online su materiale informatico. In: SCALFATI, Adolfo (a cura di). *Le indagini atipiche*. Torino: Giappichelli, 2014, 444.

VENEGONI, Andrea; GIORDANO, Luigi. La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici. Reperibile in: <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>. Ultimo accesso: 1 aprile 2017.

#### DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- |   |                              |
|---|------------------------------|
| ▪ Recebido em: 31/03/2017                                 | Equipe editorial envolvida   |
| ▪ Controle preliminar e verificação de plágio: 01/04/2017 | ▪ Editor-chefe: 1 (VGV)      |
| ▪ Retorno rodada de correções: 02/04/2017                 | ▪ Editor-associado: 1 (MMGV) |
| ▪ Avaliação 1: 02/04/2017                                 | ▪ Editora-assistente: 1 (BC) |
| ▪ Avaliação 2: 14/04/2017                                 | ▪ Revisores: 2               |
| ▪ Decisão editorial final: 15/04/2017                     |                              |

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CAPRIOLI, Francesco. Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 483-510, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.71>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

# La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción

*Police infiltration in Spain as an investigative measure for fighting corruption*

**Adán Carrizo González-Castell**

Profesor Contratado Doctor de Universidad de Salamanca/ESP  
adancgc@usal.es

 [orcid.org/0000-0002-6134-8874](https://orcid.org/0000-0002-6134-8874)

---

**RESUMEN:** El presente artículo aborda la figura de la infiltración policial y la necesidad de su utilización en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado analizando no solo la normativa española sino también la contenida en los instrumentos internacionales vigentes en la Unión Europea, destacando la importancia de la cooperación internacional en este ámbito.

**PALABRAS CLAVE:** Infiltración policial; agente encubierto; diligencias de investigación; cooperación penal internacional.

**ABSTRACT:** *The present paper addresses the concept of police infiltration, as well as the necessity of its use for fighting corruption and organized crime. In doing so, we analyze not only Spanish law, but also existing international legislation in the European Union, with particular emphasis on international cooperation in this field.*

**KEYWORDS:** *Police infiltration; undercover agent; investigation diligences; international criminal cooperation.*

**SUMARIO:** Introducción; 1. La infiltración policial como técnica de investigación en la lucha contra la corrupción; 2. La infiltración policial en España; 2.1. Concepto y normativa reguladora; 2.2. Ámbito de aplicación; 2.3. Requisitos para la utilización de la figura del agente encubierto; 2.4. Identidad supuesta y protección del agente encubierto; 2.5. Responsabilidad del agente encubierto; 3. Infiltración policial y recuperación de activos; Consideraciones finales; Bibliografía.

---

## INTRODUCCIÓN

Desgraciadamente para los ciudadanos de ambos países, tanto Brasil como España comparten una preocupación importante en relación con la lucha contra la corrupción, como demuestra el enorme interés despertado por la operación Lava Jato, considerada como la mayor investigación de corrupción en la historia de Brasil, o que, una vez más, y según los datos del último barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas de España, que hemos conocido en la fecha de cierre de este trabajo, la corrupción y el fraude, vuelvan a situarse como uno de los principales problemas para los españoles, ocupando el segundo lugar, tan solo superado por el desempleo<sup>1</sup>.

Esta corrupción, cada vez más desarrollada y, en muchos casos de carácter transnacional, hace que el recurso a la técnica del agente infiltrado, pese a tratarse de una medida claramente restrictiva de derechos fundamentales, se encuentre regulada en multitud de instrumentos normativos de carácter internacional y haya terminado siendo algo naturalmente admitido por la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos en la lucha contra este tipo de delitos.

Habida cuenta de la remisión a la normativa nacional que realizan los instrumentos internacionales sobre la materia, pretendemos a lo largo del presente trabajo realizar un estudio de la legislación española que nos permita llegar a una serie de conclusiones críticas sobre la idoneidad de esta figura para luchar contra la corrupción y el crimen organizado, y sobre si la utilización de la misma resulta o no compatible con los derechos fundamentales y con los principios y garantías que inspiran nuestro sistema procesal.

### 1. LA INFILTRACIÓN POLICIAL COMO TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Como hemos tenido ocasión de señalar, el carácter cada vez más complejo y generalmente transnacional de la corrupción ha hecho que el re-

---

<sup>1</sup> *Barómetro de octubre de 2016*. Estudio número 3156 del Centro de Investigaciones Sociológicas disponible en [http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3160\\_3179/3168/es3168mar.pdf](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3160_3179/3168/es3168mar.pdf) Fecha de última consulta: 7 de abril de 2017.

curso a la infiltración policial aparezca regulado en multitud de instrumentos normativos de carácter internacional, concretamente lo encontramos, bajo el nombre de operaciones encubiertas, entre las técnicas especiales de investigación previstas en el artículo 50 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, también llamada Convención de Mérida así como en el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional o Convención de Palermo<sup>2</sup>.

Sin embargo, esta previsión internacional, no la encontramos solo en las Convenciones mencionadas, adoptadas en el ámbito de las Naciones Unidas, sino que en cumplimiento precisamente de lo que las mismas señalan, al alentar a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas en el contexto de la cooperación en el plano internacional, debemos destacar que dicha figura ha sido igualmente prevista en otros instrumentos internacionales de carácter regional, como los firmados en el marco de la Unión Europea o del Consejo de Europa.

En este sentido, el artículo 14 del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, que tiene como finalidad complementar el firmado en el marco del Convenio de Europa en 1959, define lo que ha de entenderse por investigación encubierta al señalar que el Estado miembro requerente y el Estado miembro requerido podrán convenir en colaborar para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Ambas Convenciones, tanto la de Palermo como la de Mérida, insisten en la penalización de la corrupción entendiendo como tal la promesa, el ofrecimiento o la concesión hecha a un funcionario público (o la solicitud o aceptación por parte del mismo) directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales. En este sentido se insta a los diferentes Estados a que adopten, en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de los funcionarios públicos.

<sup>3</sup> Convenio de asistencia judicial en materia penal entre Estados miembros de la Unión Europea (establecido mediante Acto del Consejo de 29 de mayo del 2000, *DOCE* C 197 de 12.07.2000).

Una regulación similar, a salvo de las diferencias que a continuación trataremos, la encontramos en el artículo 29 de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, que debería ser transpuesta, conforme a lo señalado en el artículo 36 de la misma, antes del 22 de mayo de 2017, fecha en la que deberá sustituir a la regulación prevista en el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal del año 2000 al que hemos hecho referencia<sup>4</sup>.

Esta orden europea de investigación nace como fruto de la necesidad detectada de crear una especie de derecho probatorio en el marco de la Unión Europea que facilite la obtención de pruebas en casos de delitos de carácter supranacional, principalmente de dimensión transfronteriza como los que nos ocupan<sup>5</sup>.

En relación con las investigaciones encubiertas, el artículo 29 de la Directiva 2014/41/CE señala que podrá emitirse una orden europea de investigación con el fin de solicitar al Estado de ejecución que colabore con el Estado de emisión para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa. Esta nueva regulación, aunque muy similar a la anterior, supera ampliamente a la del Convenio del año 2000 al hablar de Estado de emisión y de Estado de ejecución, obviando la referencia

---

<sup>4</sup> Sobre el contenido de esta Directiva puede consultarse, entre otros, MARTINEZ GARCÍA, E., (2016) La orden europea de investigación, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia y DIAZ PITA, M. P., (2015) “La orden europea de investigación en materia penal (OEI) y la lucha contra la criminalidad organizada transnacional en la Unión Europea”, *Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional*, Mayo de 2015, disponible en <http://crimtrans.usal.es/?q=node/138>.

<sup>5</sup> Esta aspiración ya había sido recogida en el Libro Verde sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad, publicado por la Comisión el 11 de noviembre de 2009 y se reproduce igualmente en el Programa de Estocolmo de 11 de diciembre de 2009 relativo a un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, que proponía sustituir los instrumentos existentes por un régimen general de obtención de elementos de pruebas que cubriera, en la medida de lo posible, todos los tipos de medidas de investigación, y al que denomina “mandato europeo de obtención de pruebas” germen de lo que luego sería la orden europea de investigación. Sobre la situación actual en este ámbito puede verse MARTIN GARCÍA, A. L. y BUJOSA VADELL, L.M., (2016).

clásica al Estado requirente y Estado requerido propia de los tratados y de los convenios internacionales.

Y es que la orden europea de investigación nace como un instrumento más dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, fundamentado sobre la base del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones; principio que ha dado lugar a la aprobación en España de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que lamentablemente quedará en breve obsoleta al no recoger aún este nuevo instrumento de reconocimiento mutuo y que deberá ser necesariamente modificada para incluirlo<sup>6</sup>.

Establece también la Directiva que estamos analizando que, en cada caso particular, la decisión relativa al reconocimiento y ejecución de una orden europea de investigación será adoptada por las autoridades competentes del Estado de ejecución ateniéndose a su Derecho interno y a sus procedimientos nacionales, lo que supone una clara remisión a la legislación de dicho Estado en cuanto a la autoridad competente para autorizar dicha medida y sobre la forma en la que se realizará la investigación encubierta, señalándose que se realizarán de conformidad con el Derecho y los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen.

Sin embargo, y pese a estar generalmente admitida por la mayoría de los Estados de nuestro entorno y ser reconocida en un instrumento normativo de carácter vinculante para los Estados miembros de la Unión Europea como es la mencionada Directiva, lo cierto es que no encontramos un concepto unitario que nos sirva para definir que podemos entender por agente infiltrado, siendo múltiples, diversas y variadas las regulaciones que sobre esta figura existen<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> BOE de 21 de noviembre de 2014. Para una aproximación teórico-práctica a esta ley puede consultarse VV.AA., *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, (ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., coordinadoras), (2015).

<sup>7</sup> Para un análisis más detallado de estas diferentes regulaciones que van desde las que se realizan con cierta amplitud hasta aquellos supuestos en los que no existiendo norma legal la infiltración policial ha sido admitida por la Jurisprudencia pueden verse los trabajos de GASCÓN INCHAUSTI, F., (2001) y de DELGADO GARCÍA, M. D., (1996).

## 2. LA INFILTRACIÓN POLICIAL EN ESPAÑA

### 2.1. CONCEPTO Y NORMATIVA REGULADORA

Como primera aproximación a esta figura, diremos que la característica fundamental de la infiltración consiste en la ocultación de la verdadera identidad del sujeto, que adopta una nueva identidad ficticia con el objetivo fundamental de establecer una relación de confianza e intimidad con los presuntos delincuentes que le permita obtener información que sirva para la persecución penal de los mismos<sup>8</sup>.

La regulación legal del agente infiltrado la encontramos en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, recientemente modificado para incorporar la figura del agente encubierto a través de internet, y que supone una muestra más de la necesaria sustitución de la misma por una Ley o Código más moderno y actualizado que responda a los nuevos retos de una sociedad cada vez más compleja y avanzada<sup>9</sup>.

La redacción original de dicho artículo fue llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/1999 de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, cuya Exposición de Motivos señalaba que las reformas que se incorporaban respondían a la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra el crimen organizado.

---

<sup>8</sup> Se trata como afirma GOMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., (2004) de una figura de grandes complejidades no sólo técnicas, sino también prácticas, de la que resulta conveniente acotar sus líneas características para diferenciarla de otras figuras afines. Sobre la figura del agente encubierto en España pueden consultarse, entre otros, los trabajos de ALONSO PÉREZ, F., (2002); CARMONA SALGADO, C., (2003); DELGADO MARTÍN, J., (2000); DELGADO MARTÍN, J., (2001); GASCÓN INCHAUSTI, F., (2001); RIFÁ SOLER, J. M., (1999) y más recientemente VV.AA. (2016) *Conclusiones de las Jornadas sobre el Marco Jurídico de Actuación del Agente Encubierto* así como Para una aproximación a esta regulación en legislación brasileña puede consultarse CARDOSO PEREIRA, F., (2016) quien realiza un magnífico análisis desde el punto de vista del garantismo procesal.

<sup>9</sup> Sobre el agente encubierto a través de Internet puede consultarse BUENO DE MATA, F. (2012); LAFONT NICUESA, L. (2015) o VALIÑO CES, A. (2016).

De esta forma, se reconocía de forma expresa la necesidad de introducir en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitieran a los miembros de la Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas incriminatorias y proceder a la detención de los autores, respetando el fin del proceso penal que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y la aplicación de la ley penal al caso concreto y teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo investigado, ya que por más terribles que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justificaría la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales.

Lo cierto es que, al margen de estas razones, la regulación de esta figura también daba solución a la obligación impuesta por el artículo 14 del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, al que ya hemos hecho referencia que, por su remisión al derecho interno, hacía conveniente establecer las autoridades competentes para tomar la decisión sobre si procede o no autorizar dicha forma de asistencia acordando, en todo caso, la duración de la investigación encubierta, las condiciones concretas, el régimen jurídico de los agentes de que se trate o los supuestos delictivos respecto de los cuales puede solicitarse una investigación encubierta<sup>10</sup>.

Volviendo al análisis de la regulación nacional, y dejando para más tarde el ámbito de aplicación y la autoridad competente para autorizar el recurso a esta figura, que analizaremos en los siguientes apartados, debemos señalar que, en lo que se refiere al sujeto activo de la infiltración, es decir: a la determinación de quién puede ser autorizado para actuar como agente encubierto en España, esta posición solo puede ser ocupada por un funcionario de policía, con las consideraciones que seguidamente expondremos, a diferencia de otros países en los que estaría permitida la autorización de un tercero.

---

<sup>10</sup> En este sentido se pronuncia el Informe explicativo 2000/C 379/02 del Convenio, de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000, DOCE C 379 de 29.12.2000.

En este sentido, en España, solo podrá ser agente encubierto conforme al artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un miembro de la Policía Judicial; si bien en este aspecto se plantea un problema derivado de la antigüedad de la ley procesal española, que data de finales del siglo XIX y en la que se entiende por Policía Judicial a un elenco demasiado grande de personas y grupos. Este motivo hace que nos parezca más acertado optar por la definición contenida en el artículo 1 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio sobre regulación de la Policía Judicial, que dispone que las funciones generales de Policía Judicial corresponden a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, antes que por la contenida en el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que debería ser fruto de una profunda reforma, ya que conforme a una interpretación literal de la misma, cualquiera de los contenidos en dicho precepto podría actuar como agente encubierto. Este hecho, aparte del evidente riesgo adicional que puede conllevar la actuación como agente infiltrado pensamos que es la razón por la que la legislación establece la imposibilidad de que una persona pueda ser obligada a actuar como agente infiltrado<sup>11</sup>.

Evidentemente, y en consonancia con la crítica hecha a la regulación española que por antigua y obsoleta podría permitir que alguna persona que no esté lo suficientemente preparada actuara como agente infiltrado, no nos parecería aceptable, conforme a lo señalado anteriormente, que terceros no vinculado con ningún cuerpo policial, puedan desarrollar esta actividad, mucho menos cuando las personas utilizadas para este fin pueden ser incluso otros delincuentes o personas que tengan algún tipo de deuda con la justicia.

En este sentido compartimos la opinión de aquellos autores que insisten en la necesidad de que la persona que desarrolle estas funciones sea un profesional lo suficientemente preparado y que reúna una serie de cualidades excepcionales tanto en el plano operativo como

---

<sup>11</sup> Así deberán actuar como agentes encubiertos aquellos que voluntariamente quieran prestar dichos servicios y que, a su vez, reúnan una serie de cualidades, tales como una formación adecuada, con conocimientos jurídicos, técnicos o psicológicos, que permita velar por los aspectos de seguridad del agente. A dicha Conclusión se llegó durante el *Seminario Internacional sobre Agentes Encubiertos* organizado por el Consejo General del Poder Judicial en octubre de 1999.

en el plano ético, ya que si la ética de la utilización de este medio de investigación puede estar en algún momento en entredicho lo estará mucho más si quienes actúan como agente infiltrado proceden del mundo de la delincuencia y del crimen<sup>12</sup>.

## 2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, aparte de proporcionarse habilitación legal a la figura del agente encubierto en el marco de una investigación, posibilitándose el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, se delimita el concepto de delincuencia organizada, la única para cuya investigación se prevé la infiltración policial, y se determinan, en el apartado 4 del mismo, las figuras delictivas en las que podrá utilizarse esta técnica en el marco de la misma<sup>13</sup>.

En este sentido, y para centrar el ámbito de aplicación de esta figura, debemos señalar que, conforme a la regulación española se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos mencionados en dicho artículo, lo que supone una restricción importante del ámbito

---

<sup>12</sup> En este sentido GUEDES VALENTE, M. M., (2008) quien señala que si el agente infiltrado es una técnica excepcional, no tiene sentido que el legislador deje abierta la posibilidad de que la Policía Judicial pueda infiltrar un tercero sin que tenga limitada la cualidad de ese tercero, debiendo, por ejemplo, prohibir que sean infiltrados individuos que estén cumpliendo pena de prisión, o que estén bajo investigación criminal y como atenuante de la pena.

<sup>13</sup> Sobre el listado de delitos en España se muestran críticos RIFÁ SOLER, J. M., (2001) quien considera que esta técnica se concilia muy mal con la constante evolución del crimen organizado y DARIO CERINA, G., (2008) quien, aunque aprecia el hecho de que la técnica utilizada no deja dudas del ámbito de aplicación del agente encubierto, entiende sin embargo que se trata de una solución cercana a la que adoptaban los Códigos decimonónicos. Tampoco, desde nuestro punto de vista, debería valer el criterio de la cuantía de la pena para determinar la gravedad o no de la criminalidad organizada ya que como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su STEDH *Malone c. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984, “ligar el crimen organizado a la entidad cuantitativa de la infracción supone observar el fenómeno con límites muy estrechos”.

de utilización de esta figura ya que cuando el tipo penal sea cometido solo por una o dos personas no podría recurrirse a esta técnica.

Esta limitación nos parece acertada, por cuanto, normalmente, son los delitos cometidos en el seno de una organización criminal los que suelen plantear mayor complejidad y los que requieren el recurso a medidas de investigación tan restrictivas de derechos fundamentales como el agente infiltrado, debiendo recurrirse a esta figura solo cuando sea absolutamente necesario<sup>14</sup>.

Del mismo modo nos parece correcto que, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones de nuestro entorno, como la portuguesa, por ejemplo, la infiltración policial en España solo pueda ser utilizada para la investigación de delitos ya cometidos y, en ningún caso, con fines preventivos ya que consideramos que en estos supuestos no se dan las características de excepcionalidad, necesidad y subsidiariedad exigidas debiendo buscarse otros medios mucho menos restrictivos de derechos fundamentales<sup>15</sup>.

### 2.3. REQUISITOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO

Si partimos de la base, como efectivamente lo hacemos, de que la utilización del agente encubierto es un medio excepcional de investigación restrictivo de derechos fundamentales, debemos también partir de la base de que ésta debe cumplir los requisitos exigidos por la jurisprudencia Constitucional a la hora de permitir estas medidas, es decir debe someterse a los requisitos de necesidad, idoneidad, adecuación y, por supuesto,

---

<sup>14</sup> Compartimos la opinión de GUEDES VALENTE, M. M., (2008) al señalar que como técnica excepcional, el agente infiltrado, ya sea por razones de orden moral o ético, ya sea por razones de seguridad del propio agente infiltrado, solamente debe ser usada cuando todos los demás medios de obtención de prueba no fueran suficientemente capaces y eficaces para la averiguación de la verdad. Existen autores que van más allá criticando su utilización incluso en la investigación de delitos como SEQUEROS SAZATORNIL, F., (2000) cuando indica que “es contrario a la dignidad de la persona que se utilicen precisamente las buenas cualidades que puedan restarle a un presunto delincuente, como pudieran ser la apertura al otro, el culto a la amistad, la solidaridad o, tal vez, el deseo de ayudar, como medios para el descubrimiento del delito”.

<sup>15</sup> Sobre la función preventiva y represiva que permite la Ley 101/2001 de 25 de agosto portuguesa se pronuncia de manera crítica COSTA ANDRADE, M., (1992).

autorización judicial que deberá contener una contundente justificación y motivación en la que se demuestre la idoneidad de la medida y que ésta responde a una necesidad dentro de los fines de la investigación<sup>16</sup>.

En este sentido el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española nos indica, y a la vez nos plantea nuevos interrogantes, cuál debe ser la autoridad competente para autorizar el recurso al agente infiltrado, al señalar que, cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, la facultad para autorizar una investigación encubierta corresponde al Juez de Instrucción competente, o al Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez.

Dicha regulación nos parece absolutamente desafortunada en el sentido de que, como hemos anticipado, al tratarse de una medida restrictiva de derechos fundamentales no podemos admitir ni tolerar que dicha medida pueda ser autorizada por el Ministerio Fiscal, ni siquiera dando cuenta de forma inmediata al Juez de Instrucción, motivo por el cual entendemos que la autoridad competente para autorizar la actuación de un agente infiltrado deberá ser el Juez al que le corresponda la instrucción del caso que aconseje la realización de una investigación encubierta, convirtiéndose precisamente la posibilidad de que lo haga el Ministerio Fiscal en uno de los aspectos más espinosos de la regulación de esta figura, es decir, en los límites de la competencia que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal española atribuye al Ministerio Fiscal para que autorice por sí mismo la adopción de la medida, ya que para algunos autores esta atribución de competencia se apartaría de lo que podríamos denominar un efectivo control judicial, proponiendo una interpretación más acorde con dicho control y que consideramos mucho más acertada, según la cual la competencia del Fiscal se limitaría a proponer la adopción de esta medida, pero no a adoptarla directamente por sí mismo<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Como ejemplos pueden mencionarse la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 207/1996, que indica que la medida debe ser idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella sirviendo objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal, así como la STC 116/1998, de 2 de junio, en relación con la necesaria motivación de la medida.

<sup>17</sup> Se muestra de esta opinión RIFÁ SOLER, J. M., (1999) para quien el Fiscal debería elevar esta solicitud al Juez competente para que este decida sobre si corresponde abrir diligencias previas o sumario o denegar la medida,

Consideramos que el legislador español no fue consciente de que la mera autorización para la intervención de un agente encubierto ya supone una diligencia sumarial restrictiva de derechos fundamentales, motivo por el cual debemos mostrarnos especialmente críticos con que la autorización de esta figura pudiera corresponder en algún caso al Ministerio Fiscal, puesto que la ocultación de la condición del agente determina por sí sola una restricción del derecho a la intimidad de los miembros de la organización investigada ya que, de otra manera el agente no habría tenido acceso a datos, situaciones y confidencias que desde nuestro punto de vista forman parte del derecho a la intimidad de las personas, entendido en un sentido amplio como el poder de control sobre las informaciones que son relevantes para cada sujeto<sup>18</sup>.

Sin embargo, el hecho de que el recurso a la figura del agente encubierto pueda suponer una intromisión en el derecho fundamental a la intimidad no nos puede servir para desechar el uso de la misma por cuanto el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto sino que se encuentra delimitado por los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicamente protegidos, pudiendo ser objeto de intromisiones legítimas siempre que se den los presupuestos oportunos, entre los cuales se encuentra, no solo la proporcionalidad de la medida sino también y por supuesto la autorización judicial<sup>19</sup>.

---

señalando además que el único receptor de los resultados obtenidos por el agente será el órgano judicial autorizante. En el mismo sentido se pronuncian GUARIGLIA, F. (1994) quien aclara las diferentes funciones atribuidas al Juez de Instrucción y al Ministerio Fiscal en otras regulaciones de nuestro entorno y GASCON INCHAUSTI, F. (2001) quien considera que pese a esta regulación, en la práctica será imprescindible desde el principio contar con la preceptiva autorización judicial, por la necesidad de permitir al infiltrado la entrada en domicilios privados, sin la cual su labor sería papel mojado.

<sup>18</sup> En este sentido compartimos las opiniones de DELGADO MARTÍN, J., (2001) y GASCÓN INCHAUSTI, F., (2001); MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M., (1993) y LOPEZ ORTEGA, J. J., (1996) a pesar de que existan sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la de 15 de junio de 1992 (caso *Ludí*) que consideran que el recurso a un agente encubierto no afecta por sí, ni en combinación con las escuchas telefónicas, a la esfera privada de los investigados puesto que desde el momento en que estos están cometiendo un hecho delictivo deben saber que corren el riesgo de encontrar a un funcionario de policía infiltrado encargado de desenmascararlo.

<sup>19</sup> Sobre la posible quiebra del monopolio judicial puede verse DARIO CERINA, G., (2008) cuya opinión no compartimos para el caso de la utilización del

Aclarado por tanto que la autoridad que puede autorizar el recurso al agente infiltrado debería ser única y exclusivamente sólo la autoridad judicial nos detendremos ahora en los requisitos que debe contener dicha autorización que, para empezar, deberá revestir la forma de auto y contener, no solo el juicio de proporcionalidad sobre la necesidad de la medida al que antes hemos hecho referencia, es decir, la motivación de que resulta estrictamente necesaria para la finalidad de la investigación, ya que de otra forma no sería aceptable en el marco del respeto del debido proceso; sino también los hechos que justifican la concurrencia de las circunstancias que aconsejan su adopción, tales como la existencia de indicios racionales de la comisión, en forma organizada, de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 282 bis 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que no exista ninguna otra vía menos restrictiva de derechos para conseguir el esclarecimiento de los hechos, es decir que se garantice su carácter subsidiario con respecto a las demás técnicas de investigación de delitos<sup>20</sup>.

Esta resolución también deberá contener, desde nuestro punto de vista, los delitos cuya comisión se sospecha y que pueden ser objeto de investigación entre los que destacaríamos, en la línea ya anticipada durante todo este trabajo, aquellos relacionados con la corrupción pues esta resulta especialmente dolorosa para el Estado de Derecho, en la medida de que, cuando existe corrupción, a pesar de tratarse de un fenómeno opaco y difícil de cuantificar, se considera que se está privando

---

agente encubierto al considerar que aunque el Tribunal Constitucional español, en STC de 24 de marzo de 2003, entre otras, haya podido admitir en materia de derecho a la intimidad, que de forma excepcional, en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal sea posible que la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas, este no es el caso del agente encubierto donde la injerencia no puede calibrarse en ningún caso de leve y donde el Estado está acudiendo al engaño para producir esa injerencia.

<sup>20</sup> De esta opinión se muestran DELGADO MARTÍN, J., (2000); GASCÓN INCHAUSTI, F., (2001), GUARIGLIA, F., (1994) y GUEDES VALENTE, M. M.,(2008) para quien solo se recurrirá a este medio o técnica excepcional de investigación cuando el resto de medios o técnicas menos gravosas para el ciudadano se demuestren inadecuadas o incapaces de producir prueba real y personal o cuando la complejidad o la alta y especialísima gravedad del crimen, como en el caso de la criminalidad organizada, hagan imposible obtener las pruebas de otra manera.

a ese Estado de un correcto desarrollo efectivo, por cuanto en muchas ocasiones las decisiones políticas son adulteradas por los intereses privados de unos pocos que, mediante sobornos, bloquean las oportunidades de desarrollo que deberían tener las personas<sup>21</sup>.

Del mismo modo dicha autorización deberá contener el nombre del investigado o investigados que son objeto de la investigación y las actividades que el agente está facultado para realizar y que consistirán, como norma general, en actuar bajo identidad supuesta, adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos, ya que debemos tener en cuenta que cualquier actuación que quebrante las garantías fundamentales, no podrá ser utilizada en el proceso penal, pudiendo incluso generar responsabilidades, disciplinarias o penales para el agente, lo que nos lleva a la conclusión de que la intervención de agentes encubiertos debe estar circunscrita y rodeada de una serie de garantías que aseguren que no sacrifiquemos las mismas por conveniencia<sup>22</sup>.

Otra disposición, referente al control judicial de la actividad del agente encubierto, vendría determinada por el apartado 3 del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en ese marcado respeto de las garantías procesales que debe mantenerse durante toda la infiltración, señala que cuando las actuaciones de investigación pudieran afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables, previsión que es tan solo la aplicación ge-

---

<sup>21</sup> De este parecer se muestran HERNAIZ, PHELAN y CAMACHO (2014:131-177) al señalar que “cuando en una sociedad hay corrupción, las oportunidades no se ofrecen sobre la libertad de elegir (basadas en normas claras y transparentes), sino desde la discrecionalidad del funcionario o de la persona encargada de aportar el servicio o el bien. Esto se observa desde de lo micro hasta lo macro; desde obtener un pasaporte hasta adquirir un crédito para importar alimentos”.

<sup>22</sup> En este sentido ver ASENCIO MELLADO, J. M., (1989) y las Sentencias del Tribunal Supremo español de 22 de enero, de 4 y de 24 de abril de 2003, donde se afirma que todo lo que el agente haya podido conocer o descubrir, directa o indirectamente, en virtud de dicha actividad ilícita e ilegal, no podrá utilizarse en el proceso.

neral del principio que exige autorización judicial para la adopción de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, sin plantear ninguna especificidad especial el hecho de que esta solicitud la realice un agente encubierto<sup>23</sup>.

Igualmente se establece que la información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación, dejando también abierta la posibilidad legal, que criticamos, de que dicha autorización la haya llevado a cabo el Ministerio Fiscal. De nuevo aquí nos mostramos contrarios a la autorización de la figura del agente encubierto por parte del Ministerio Fiscal ya que, si es este el que autorizó la intervención del mismo, a él será a quien se deba comunicar la información obtenida, que escaparía, en este caso del control judicial al que estamos haciendo referencia mostrándonos más partidarios de que dicha información se dirija a quien tenga a su cargo la instrucción, es decir, a la autoridad judicial<sup>24</sup>.

Sobre los cauces a través de los cuales se cumpliría con este deber de información parece que resultaría mucho más operativo que el agente infiltrado no se comunique directamente con el órgano jurisdiccional por lo que de riesgo para su propia integridad podría conllevar, motivo por el cual abogamos por el cumplimiento de este deber a través de persona interpuesta siendo especialmente cuidadosos en la elección de esta persona cuando se trata de investigación de delitos de corrupción pues nunca se puede llegar a saber con absoluta certeza quien podría estar afectado por dicha trama de corrupción, pudiendo ponerse en peligro no solo el éxito de la operación, sino incluso también la propia vida del agente encubierto.

En relación con el destino que debe darse a este relato de hechos por parte del agente infiltrado, la regulación española señala que

---

<sup>23</sup> En este sentido ver ORTELLS RAMOS, M. (1996).

<sup>24</sup> En este sentido, GASCON INCHAUSTI, F., (2001) considera que el Fiscal no puede ser beneficiario válido de la información que aporte el agente encubierto, puesto que dicha información ha de dirigirse a quien tenga a su cargo la instrucción, puesto que puede servir como base para la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, siendo absurdo que toda la información, en caso de que se remitiera al Fiscal, solo pudiera servir para que este pidiera a su vez, otras diligencias, siendo rebajada esta medida de verdadera diligencia de investigación propia de la fase de instrucción a mera actividad de comprobación previa a la apertura de un sumario o de unas diligencias previas.

deberá aportarse al proceso en su integridad, valorándose en conciencia por el órgano judicial competente, lo que garantiza que no solo se adjuntaran al proceso aquellos testimonios o hechos que sirvieran para conseguir la incriminación del imputado sino también aquellos que pudieran servir para fundamentar su inocencia.

#### 2.4. IDENTIDAD SUPUESTA Y PROTECCIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

Sobre la forma en que se va a conceder esa identidad ficticia o supuesta debemos señalar que la misma será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando los agentes legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto, debiendo ser dicha resolución reservada, manteniéndose fuera de las actuaciones con la debida seguridad, concepto criticable por lo indeterminado que resulta y motivo por el cual hubiéramos considerado mucho más acertado que se estableciera para la misma la necesidad de decretar el secreto de sumario del artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>25</sup>.

Precisamente sobre esta identidad supuesta y, más concretamente, sobre la posibilidad de mantener dicha identidad cuando el agente encubierto testifique en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubiera intervenido, es sobre la que planea una de las mayores interrogantes sobre los riesgos que la actuación de los agentes encubiertos pueden conllevar para las garantías procesales de un Estado de Derecho, ya que desde el punto de vista procesal, la actividad de un agente encubierto podría llegar a afectar gravemente a distintos derechos fundamentales de las personas investigadas, no solo por la intromisión continuada en la vida privada de estas, atentando, como vimos, contra su derecho a la intimidad, sino también contra su derecho de

---

<sup>25</sup> Sobre estos aspectos ver TOME GARCIA, J. A., (1999) y MORAL GARCIA, A., (2000).

defensa, tanto durante la instrucción como durante la fase de juicio oral, encontrándonos en este momento con una doble posible interpretación de que es lo que debe mantenerse oculta durante la fase de juicio oral para poder salvaguardar ese derecho de defensa: la identidad real del agente encubierto o la misma existencia de una infiltración policial.

De una lectura atenta de la normativa que estamos analizando parece deducirse que la identidad real del agente encubierto deberá quedar oculta hasta, al menos, la finalización del proceso, siendo denominado en todo momento por la identidad supuesta que le hubiera sido otorgada, exigiéndose la existencia de una resolución motivada en la que se acuerde dicho extremo y siéndole de aplicación, como no podía ser de otra manera, la legislación referente a la protección de testigos que se encuentra recogida en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, todo ello con el objetivo, no ya solo de asegurar el éxito de la investigación, sino de proteger personalmente al agente encubierto, a las personas de su familia y de su entorno<sup>26</sup>.

En el sentido de colaborar en garantizar la seguridad de los agentes que actúen de manera encubierta o con identidad falsa, resultan interesantes, por afectar a todos los Estados miembros, las Resoluciones del Consejo de la Unión Europea de fechas de 23 de noviembre de 1995, relativas a la protección de testigos en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada internacional<sup>27</sup>, y de 20 de diciembre de 1996,

---

<sup>26</sup> Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, *BOE* de 24 de diciembre de 1994, cuyo contenido responde al propósito protector, admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y cuyo principio general se hacía patente en la Resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, concerniente a la antigua Yugoslavia. Esta regulación es considerada por REUS MARTINEZ, N., (2002) como manifiestamente insuficiente, opinión que comparte en los mismos términos GARZÓN REAL, B., (2000).

<sup>27</sup> Resolución del Consejo, de 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada internacional, *DOCE* C 327 de 7.12.1995, que se encarga de exigir a los Estados miembros la protección eficaz de la seguridad de tales testigos entendiendo por testigo a toda persona, cualquiera que sea su situación jurídica, que posea informaciones consideradas por la autoridad competente como importantes en un proceso penal, y susceptibles de poner a la persona en peligro si éstas

relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada<sup>28</sup>.

Sin embargo, este hecho no puede conllevar que se oculte la propia existencia de la labor del agente encubierto, ya que no resulta admisible en un Estado de Derecho que pueda mantenerse en secreto para el encausado la circunstancia de que ha sido objeto de una investigación encubierta, puesto que ello atentaría contra las más elementales bases del derecho de defensa y del principio de contradicción, ya que tan solo conociendo el origen y la forma de acceso a las fuentes de prueba podrá el sujeto pasivo del proceso penal defenderse frente a su posible ilicitud y someterlas a plena contradicción<sup>29</sup>.

---

son divulgadas, contra cualquier forma de amenaza, presión o intimidación directa o indirecta, antes, durante y después del proceso, protección que habrá de garantizarse también a los familiares del testigo, potenciándose la posibilidad de que los programas de protección de testigos puedan ser aplicados más allá de las fronteras de cada Estado.

<sup>28</sup> Resolución 97/C 10/01 del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada, *DOCE* C 10 de 11.01.97, se refiere al fomento de la colaboración con el proceso judicial, entendiéndose por tal, conforme a lo dispuesto en el articulado de dicha Resolución, al hecho de facilitar información útil a las autoridades competentes para fines de investigación y obtención de pruebas acerca de la composición, estructura o actividades de las organizaciones delictivas, sus vinculaciones, incluidas las internacionales, con otros grupos delictivos y los delitos cometidos o que pudiesen cometer dichos grupos, brindando una ayuda eficaz y práctica que contribuya a luchar contra los mismos, mediante el ofrecimiento de beneficios específicos por parte de las autoridades de los Estados miembros, de las personas que participan o hayan participado en cualquier tipo de organización delictiva, y que rompan su vinculación con la misma, esforzándose en evitar la continuación de las actividades delictivas y ayudando a las autoridades en su investigación para la reconstrucción de los hechos o la identificación y detención de los autores.

<sup>29</sup> De esta opinión se muestra la práctica totalidad de la Doctrina, llegando a afirmar GASCÓN INCHAUSTI, F., (2001) que lo ideal sería que, a efectos prácticos, la resolución por la que se acordara la infiltración solo expresara la identidad de cobertura del agente encubierto, consignándose la expresión de su identidad real en un anexo que se guardaría fuera de las actuaciones con la debida seguridad, teniendo un carácter secreto *ex lege* y de duración indefinida, opinión que compartimos en contra de la de MORENO CATENA, V., (1999) que estima procedente la existencia igualmente de dos resoluciones, la primera que tan solo autorizara la infiltración policial y la segunda

## 2.5. RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO

Por último señalar que el apartado 5 del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula el régimen de responsabilidad penal, o mejor dicho de exención de responsabilidad penal, al que están sometidos aquellos sujetos que actúen como agentes infiltrados y en este sentido se establece que el agente infiltrado estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito, figura que se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.

Del mismo modo, también se señala el cauce para poder proceder penalmente contra un agente encubierto, estableciéndose que el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, configurándose la petición de este informe como un auténtico requisito de procedibilidad, sin el cual no podría continuarse ningún proceso penal contra un agente encubierto debidamente autorizado para operar como tal, ya que sobre la base del mismo el Juez competente podrá decidir, según su criterio, el archivo de la causa por concurrir los requisitos de exención exigidos o, por el contrario, en caso de que estos no concurren, ordenar la continuación del procedimiento.

## 3. INFILTRACIÓN POLICIAL Y RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

En España, en los últimos tiempos, el Estado se ha impuesto la necesidad de dirigir sus esfuerzos no sólo a la investigación de los delitos de corrupción, en orden a poder imponer una determinada pena a los responsables de los mismos, una vez declarada su participación en los hechos

---

que recogiera ambas identidades, la supuesta y la oculta, siendo esta última la que tendría carácter reservado, pues consideramos que el imputado tendría derecho no solo a saber que ha existido una infiltración policial, sino también a saber quien ha sido la persona que ha actuado como agente encubierto.

delictivos, labor en la que juega un importante papel la infiltración, sino también a lograr la recuperación de los activos procedentes del delito.

Esto es así porque tan importante es para los ciudadanos, el cumplimiento certero de la pena como la recuperación de esos activos que hagan que no compense el delinquir, es decir, que no merezca la pena pasar, en el peor de los casos unos años privado de libertad, sabiendo que a la salida te espera el disfrute de esos activos, ya sean bienes o dinero, que no llego a ser recuperado.

Así, uno de los principales instrumentos adoptados para conseguir ese propósito, ha sido la puesta en marcha de la denominada Oficina para la Recuperación y Gestión de Activos que, mediante su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se configura como un órgano al que corresponden las competencias de localización, recuperación, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal y de cualesquiera otras que se le atribuyan en la ley<sup>30</sup>.

Aunque durante cinco años esa previsión no llegó a ser desarrollada reglamentariamente lo cierto es que el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado, dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, con el apoyo operativo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, vino desempeñando funciones de localización de activos procedentes de delitos, lo que nos da una idea de la importancia de la actuación policial en el éxito de la nueva Oficina, actuación policial que, en ocasiones, se desarrollaba a través de la infiltración de agentes encubiertos en el seno

---

<sup>30</sup> Si bien la redacción de dicho artículo procede de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, lo cierto es que dicha institución se introdujo mucho antes, concretamente cinco años antes, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, también de modificación del Código Penal, que en su disposición final primera ya contemplaba la creación de una Oficina de Recuperación de Activos, a la que la nueva regulación atribuye, no solo la función de localizar y recuperar los bienes, sino también la función de administrarlos y gestionarlos, motivo por el cual se modifica su nombre pasando a llamarse Oficina para la Recuperación y Gestión de Activos.

de las organizaciones criminales para llevar a cabo entre otras, funciones de investigación patrimonial<sup>31</sup>.

No obstante, y pese a la excelente labor realizada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al no existir órganos especializados en su gestión, una vez decomisados, esos activos quedaban a disposición de los órganos jurisdiccionales que, por lo general, ordenaban su realización mediante los sistemas tradicionales de venta por persona especializada o subasta pública, mecanismos cuya ineficacia en los procedimientos de mayor complejidad condujo a reafirmar la necesidad de poner en funcionamiento un órgano que no solo sirviera para localizar y recuperar los bienes si no que además los administrara y los gestionara.

En este contexto nace la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, quedando afectados esos bienes, entre otros fines: al abono de las indemnizaciones de las víctimas, a la realización de proyectos sociales o al impulso de la cooperación internacional en la lucha contra las formas graves de criminalidad, haciendo de la creación de esta oficina, una relevante medida de regeneración democrática y justicia social<sup>32</sup>.

Para incrementar la eficacia en la lucha frente al crimen organizado, con la finalidad de privar a las organizaciones criminales del producto obtenido de sus actividades delictivas, se han establecido una serie de pautas que permitan, por ejemplo, la posible adjudicación provisional de los bienes embargados, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, o la gestión de aquellos bienes custodiados por el Ministerio del Interior y que, por su naturaleza, sufran una importante depreciación, como es el caso de los vehículos incautados y embargados<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> En este sentido compartimos la opinión ya apuntada por RODRÍGUEZ GARCÍA (2008).

<sup>32</sup> Los fines, estructura y funcionamiento de la ORGA los encontramos regulados en el Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Boletín Oficial del Estado núm. 255 de 24 de octubre de 2015.

<sup>33</sup> Acuerdo de colaboración a efecto de regular la interrelación del personal del Ministerio del Interior con la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos y de coordinación y apoyo para el desarrollo de sus funciones, de 20 de junio de 2016, firmado entre la Secretaría de Estado de Seguridad y la Secretaría de Estado de Justicia. Disponible en <https://ssweb.seap.minhap.es/docconvenios/rest/descargaFicheros/19461>

## CONSIDERACIONES FINALES

Llegado este momento corresponde realizar unas breves reflexiones sobre los aspectos que hemos tratado en nuestro trabajo, y así, en primer lugar, debemos concluir que la infiltración policial pese a tratarse de una figura muy controvertida y en muchos casos cuestionada, se ha revelado como necesaria para luchar eficazmente contra la corrupción y el crimen organizado no solo desde el punto de vista interno sino también en el plano internacional, lo que se deduce de su inclusión en numerosos instrumentos normativos tales como el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 2000 como la recientemente aprobada Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

En segundo lugar, debemos señalar que, pese a ello, debemos ser muy cuidadosos a la hora de recurrir a esta figura exigiendo el pleno respeto de las garantías procesales y siendo como hemos criticado, totalmente inaceptable que el Ministerio Fiscal pueda autorizar una infiltración policial, ya que, en nuestra opinión, tan solo la autorización judicial garantiza las exigencias de excepcionalidad, proporcionalidad y necesidad que deben exigirse para la adopción de una medida tan restrictiva de derechos fundamentales como la que nos ocupa.

Debemos, en tercer lugar, alabar la precisión con la que se delimita el ámbito de aplicación de esta figura en la regulación española, limitándose tan solo a aquellos casos de delincuencia organizada y para una serie determinada de delitos, así como por los evidentes esfuerzos por garantizar la seguridad de los agentes, si bien reclamaríamos un mayor rigor en la forma en que se debe tratar la concesión de la identidad supuesta, pronunciándonos de forma decidida a favor de la adopción del secreto de sumario para dichas actuaciones así como por una mejora del régimen de responsabilidad al que están sometidos los agentes encubiertos en orden a dotar su actuación de una mayor seguridad jurídica.

En cuarto lugar, debemos felicitarnos por el hecho de que esté prohibida la figura del agente provocador o de la provocación al delito, tan cercanas en ocasiones a la del agente infiltrado, pues compartimos la idea de que esta situación no es admisible en un Estado de Derecho, que no puede

recurrir a convertirse él mismo en un delincuente para conseguir atrapar a otros delincuentes, opinión que basamos no solo en los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que hemos recogido en nuestro trabajo sino también en las opiniones doctrinales que, de la misma forma, compartimos.

Del mismo modo, y en quinto y último lugar, consideramos muy adecuada la creación de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado por cuanto permite, por un lado, optimizar la gestión de los recursos incautados procedentes de la actividad ilícita mientras que, por otro, reconcilia a la sociedad con la idea de que se está luchando eficazmente contra la corrupción, siendo destinataria además de parte de lo obtenido de la realización de dichos bienes.

Por todas estos motivos, valoramos de forma positiva, aunque con las cautelas expresadas en nuestro trabajo, la regulación de la figura del agente encubierto en nuestro derecho interno, teniendo siempre en consideración el respeto al principio de proporcionalidad y al resto de garantías procesales exigibles ya que en nuestra opinión, la eficacia y la eficiencia de una medida jamás debería ser alcanzada con el sacrificio de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, ya que este es un precio demasiado alto que el Estado de Derecho no puede permitirse pagar.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, F., (2002) “La figura del agente encubierto”, *Revista de Documentación del Ministerio del Interior*, núm. 9, octubre-diciembre 2002.

ASENCIO MELLADO, J. M., (1989) *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid.

BACHMAIER WINTER, L., (2012) “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación”, *Diario La Ley*, núm. 7992.

BUENO DE MATA, F. (2012), “El agente encubierto en Internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia”, en PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. y FERREIRO BAAMONDE, X. (Dirs.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada*, Universidad de A Coruña

CARDOSO PEREIRA, F., (2016), *El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015*, de 5 de Octubre. Editorial Juruá Internacional.

CARMONA SALGADO, C., (2003) La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico, en *Estudios jurídico-penales y políticos-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines* (Lorenzo Morillas Cueva, coordinador), Dykinson, Madrid.

COSTA ANDRADE, M., (1992) *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

DARIO CERINA, G., (2008) “La lucha contra la delincuencia organizada: Notas desde el Derecho Penal sustantivo y referencias al agente encubierto como medio de investigación extraordinario en una perspectiva interna y supranacional”, en *Dos Décadas de Reformas Penales* (coord.: SANZ MULAS, N.), Ed. Comares, Granada.

DELGADO GARCÍA, M. D., (1996) “El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada”, en *La criminalidad organizada ante la Justicia* (GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI, F., coord.), Universidad de Sevilla, Sevilla.

DELGADO MARTÍN, J., (2000) “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto”, *Actualidad Penal*, núm. 2.

DELGADO MARTÍN, J., (2001) “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto”, en *Problemas actuales de la Justicia Penal*, (Pico i Junoy, Director), José Mª Bosch Editor.

DIAZ PITA, M. P., (2015) “La orden europea de investigación en materia penal (OEI) y la lucha contra la criminalidad organizada transnacional en la Unión Europea”, *Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional*, Mayo de 2015, disponible en <http://crimtrans.usal.es/?q=node/138>.

DUEÑAS JIMÉNEZ, V., (2000) “Instrumentos y mecanismos de cooperación judicial”, *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior, Madrid.

GARZÓN REAL, B., (2000) “Cooperación jurídica internacional en el ámbito del blanqueo de dinero y espacio de Seguridad, Libertad y Justicia en la Unión Europea”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, 28-2000, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

GASCÓN INCHAUSTI, F., (2001) *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada.

GOMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., (2004) *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid.

GUARIGLIA, F., (1994) “El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 23.

GUEDES VALENTE, M. M., (2008) “La investigación del crimen organizado, entrada y registro en domicilios por la noche, el agente infiltrado y las intervenciones de las comunicaciones” en *Dos décadas de reformas penales*

(coord.: SANZ MULAS, N.), Editorial Comares, Granada (traducido del original portugués por CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A.).

IRURZUN MONTORO, F., (2002) “Últimos avances y propuestas de la Unión Europea en la cooperación judicial penal”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 10.

LAFONT NICUESA, L. (2015) “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” *Diario La Ley*, número 8580.

LOPEZ ORTEGA, J. J., (1996) “La intimidación como bien jurídico, Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial.

MARTIN GARCÍA, A. L. y BUJOSA VADELL, L.M., (2016) *La obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea*, Editorial Atelier, Barcelona.

MARTINEZ GARCÍA, E., (2016) *La orden europea de investigación*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

MORAL GARCIA, A., (2002) “El secreto de las actuaciones en el proceso penal”, *Jornadas sobre garantías del imputado en el proceso penal, Estudios Jurídicos: Ministerio Fiscal.*, núm. I.

MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M., (1993) “El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial.

MORENO CATENA, V., (1999) “Los agentes encubiertos en España”, *Otrosí del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 10.

ORTELLS RAMOS, M., (1996) “Exclusividad para la restricción de los derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional”, en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

REUS MARTINEZ, N., (2002) “La Justicia Penal y la Unión Europea. Convenios existentes. Especial consideración del Espacio Schengen”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, número 12, enero-abril de 2002.

RIFÁ SOLER, J. M., (1999) “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Poder Judicial*, núm. 55, 1999, pp. 157-188, en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*.

RIFÁ SOLER, J. M., (2001) “La figura del infiltrado como sujeto de protección”, en *La protección de testigos y peritos en causas criminales*. Jornadas Internacionales de Derecho Procesal, Ponencias y comunicaciones, CEDMA, Málaga.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2008), “Asistencia judicial penal para luchar contra la corrupción, el blanqueo de capitales y la delincuencia organizada: algunos apuntes sobre el Convenio Europeo de 2000”, *Corrupción y delincuencia económica*, Ediciones Gustavo Ibáñez, Bogotá.

SEQUEROS SAZATORNIL, F., (2000) El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, La Ley, Madrid.

TOME GARCIA, J. A., (1999) “Imputación, derecho de defensa y secreto del sumario”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1.

VALIÑO CES, A. (2016) “Una lectura crítica en relación con el agente encubierto informático tras la Ley Orgánica 13/2015”, *Diario La Ley*, núm. 8731. Sección Tribuna, 30 de marzo de 2016. Ref. D-132.

VV.AA., (2015) *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, (ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., coordinadoras), Editorial THOMSON REUTERS-ARAZADI, Cizur Menor.

VV.AA. (2016) *Conclusiones de las Jornadas sobre el Marco Jurídico de Actuación del Agente Encubierto : Madrid, 29 de mayo de 2015* (CONDE-PUMPIDO GARCÍA, P., DELGADO MARTÍN, J., GÓMEZ RODRÍGUEZ, C. y ROLDÁN LÓPEZ, E.,) Editorial: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

---

## DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 20/03/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 23/03/2017
- Avaliação 1: 25/03/2017
- Avaliação 2: 30/03/2017
- Avaliação 3: 05/04/2017
- Decisão editorial preliminar: 06/04/2017
- Retorno rodada de correções 1: 13/04/2017
- Decisão editorial preliminar 2: 15/04/2017
- Retorno rodada de correções 2: 19/04/2017
- Decisão editorial final: 23/04/2017

## Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (MMGV)
- Revisores: 3

---

## COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán. La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 511-536, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.64>



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional.

# Na contramão do discurso midiático: uma perspectiva garantista da atuação do delegado ou da delegada de polícia

*Against mediatic speech: a garantistic  
perspective of the police chief's role*

**Soraia da Rosa Mendes<sup>1</sup>**

Pós-Doutoranda Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ  
Doutora UnB. Professora IDP e UniCeub – Brasília/DF  
professorasoraiaadarosamendes@gmail.com

 [lattes.cnpq.br/6101794465780378](http://lattes.cnpq.br/6101794465780378)

 [orcid.org/0000-0002-6188-9216](http://orcid.org/0000-0002-6188-9216)

**Patrícia Tiraboschi Burin<sup>2</sup>**

Mestranda no Instituto Brasiliense de Direito Público - Brasília/DF  
patriciaburin@hotmail.com

 [lattes.cnpq.br/9586074659716337](http://lattes.cnpq.br/9586074659716337)

 [orcid.org/0000-0002-4171-1568](http://orcid.org/0000-0002-4171-1568)

---

**RESUMO:** Observado o interesse geral pelas ações policiais, em especial pelas prisões realizadas, parece natural que o jornalismo investigativo, se valendo da liberdade constitucional de imprensa, pretenda divulgar os resultados das suas operações. Partindo

---

<sup>1</sup> Pós-doutoranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Doutora em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direitos Humanos pelo CESUSC/IFIBE. Professora do PPG Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Professora de Direito Penal Centro Universitário de Brasília - UniCeub. Pesquisadora líder dos Grupos de Pesquisa Sistema Penal e Garantias Fundamentais (CNPq-IDP). Membro da Associação Internacional de Direito Penal - AIDP.

<sup>2</sup> Mestranda pelo IDP – Brasília/DF, pesquisadora do Grupos de Pesquisa Sistema Penal e Garantias Fundamentais (CNPq-IDP), assessora jurídica no STJ.

da constatação da prática policial de expor à mídia o desviante detido logo após a sua captura, transformando este momento processual num espetáculo nem sempre admissível, e considerando os seus direitos e garantias constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência e os direitos de imagem (que não lhe são restringidos nem mesmo com a condenação definitiva), este artigo pretende, com base em pesquisa doutrinária, refletir a respeito da postura a ser adotada pela autoridade policial nessa situação. Questiona-se se há alguma circunstância em que a exposição do desviante detido é justificável. A hipótese é que cabe à autoridade policial resguardar a imagem daquele desviante detido, a menos que sua exposição seja necessária à investigação criminal.

**PALAVRAS-CHAVE:** ações policiais; prisões; espetacularização; liberdade de imprensa; garantias fundamentais; dignidade da pessoa humana; autoridade policial.

**ABSTRACT:** *Regarded the general interest for the police actions, specially the arrests, it seems natural that the media, acknowledging its freedom, intends to broadcast the operation's results. Considering the police's praxis of exposing the arrested soon after the capture, transforming this procedure into a not always admissible spectacle, and considering the constitutional rights of the person arrested, specially his/her dignity, the presumption of innocence and his/her privacy rights (which are not restricted not even when condemned definitely), this article aims to discuss, based upon doctrinaire studies, how should the police authority act in such cases. It questions if there is any circumstance in which it is admissible to expose the arrested's image to the media. The hypothesis is that the police must protect the privacy of the arrested person, unless its exposure is necessary for the success of the investigation.*

**KEY-WORDS:** *police actions; arrests; spectacles; freedom of press; fundamental guaranties; human dignity; police authority.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Garantias Relacionadas à Persecução Penal no Estado Democrático de Direito. 2. A Liberdade de Informação Jornalística e o Discurso Midiático. 3. O Papel da Autoridade Policial. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

A sensação de risco constante e de insegurança é algo arraigado no inconsciente coletivo. Vivemos um estado de pânico moral instaurado, reivindicador da assunção de uma postura cada vez mais defensiva que, como sói acontecer, menos se reveste de reclamos genuínos por justiça, do que se assemelha ao desejo de vingança contra “aqueles que nos tiram a paz”. Como certa vez dito pelo Ministro Marco Aurélio Mello, em entrevista ao programa Roda Viva da TV Cultura<sup>3</sup>, a população quer “vísceras e sangue”, e, no embalo de discursos punitivistas, questiona a todo tempo o porquê de “os bandidos terem tantos direitos” e “a polícia não fazer nada”<sup>4</sup>.

O combate à criminalidade é, então, tema discutido diuturnamente, não só em conversas corriqueiras ou de especialistas, assim como também toma espaço privilegiado nos programas de televisão e rádio. Como pondera Benoni Belli o “tema da criminalidade desperta tanto interesse que foi alçado à condição de fonte inesgotável de inspiração para a indústria cinematográfica e seriados de TV de grande popularidade, além, é claro, dos programas policiais”<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> O programa foi veiculado aos 19 de outubro de 2015. O Ministro se referia à operação Lava Jato quando pontuou: “Dá-se uma ênfase muito grande ao anseio popular, mas a população, de início consideradas as imputações e desvios de conduta, ela quer vísceras, ela quer sangue e o Judiciário não pode atender a esse anseio da população”. O texto foi retirado da notícia a respeito do programa, veiculada online pelo Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-populacao-quer-visceras-quer-sangue-diz-marco-aurelio-sobre-a-lava-jato/>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

<sup>4</sup> Infelizmente, como já advertiu Loïc Wacquant tratando especificamente do Brasil, as duas décadas de ditadura militar continuam a pesar bastante tanto sobre o funcionamento do Estado como sobre as mentalidades coletivas, o que faz com que o conjunto das classes sociais tendam a identificar a defesa dos direitos do homem com a tolerância à ‘bandagem’: WACQUANT, Loïc. *As prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 10.

<sup>5</sup> BELLI, Benoni. *Tolerância Zero e Democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90*. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. xi.

A mídia<sup>6</sup>, a quem a Constituição Federal de 1988 garantiu a liberdade de informação jornalística<sup>7</sup>, decorrente da liberdade de expressão, arvora-se representar os anseios de uma população que vive amedrontada, tendo no discurso do medo um de seus produtos mais lucrativos<sup>8</sup>. E, ao explorar um certo anseio popular punitivista/vingativo, em última instância o incentiva.

Basta que liguemos a televisão em horários improváveis, como o do almoço, para termos acesso a detalhes chocantes dos crimes do dia.

---

<sup>6</sup> Não desconhecemos que as discussões acerca da objetividade e subjetividade no jornalismo, tal como nos lembra Felipe Pena (*Teoria do jornalismo*. São Paulo: Contexto, 2005, p. 50-51.), ao afirmar que quando o público e os jornalistas percebem que os textos são influenciados pela subjetividade e podem distorcer a realidade - até mesmo por força do inconsciente, como demonstrou Freud - o mundo está em plena crise do sistema democrático. Tampouco que “a cupidéz induziu a mídia desregulamentada a concentrar-se em apenas duas de suas funções: entretenimento e publicidade”, como ensina Claud-Jean Bertrand (*O arsenal da democracia: sistemas de responsabilização da mídia*. Bauru: EDUSC, 2002, p. 18). Neste estudo, todavia, no qual o objeto não é especificamente a discussão acerca das definições conceituais de jornalismo, liberdade de expressão ou liberdade de imprensa, o termo “mídia” será utilizado como sinônimo de jornalismo investigativo, cujo trabalho é divulgado nos jornais, na internet, mas sobretudo na televisão. Partimos, pois, do pressuposto de que a civilização do espetáculo, com sua intensa valorização do entretenimento, as imagens prevalecem sobre as ideias, privilegiando esses meios de comunicação embasados no audiovisual (LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo*. Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 29 e 41).

<sup>7</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

<sup>8</sup> Rubens R. R. Casara pondera que o fascínio pelo crime, em um jogo de repulsa e identificação, a fé na penas, apresentadas como remédio para os mais variados problemas sociais (por mais que todas as pesquisas sérias sobre o tema apontem para a ineficácia da “pena” na prevenção de delitos e na ressocialização de criminosos), somados a um certo sadismo (na medida em aplicar uma “pena” é, em apertada síntese, impor um sofrimento) fazem do julgamento penal um objeto privilegiado de entretenimento (CASARA, Rubens. *Processo Penal do Espetáculo*. Ensaios sobre o Poder Penal, a Dogmática e o Autoritarismo na Sociedade Brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 11).

Sendo o sensacionalismo o principal combustível da mídia mercantilista<sup>9</sup>, o que nos é apresentado são os “sangue-shows”, na feliz expressão de Alexandre Morais da Rosa<sup>10</sup>. Não raro, ouve-se o apresentador, do estúdio, solicitar ao repórter que se encontra na delegacia que “mostre a cara do vagabundo”. Deixa de lado que o “vagabundo” (que aqui trataremos por desviante<sup>11</sup>) é alguém que, apesar de ter tido sua liberdade cercada seja pelo estado de flagrância, seja pela presença de algum outro elemento que justifique seu isolamento (alguma espécie de prisão cautelar), não pode ser alijado de seus direitos e garantias fundamentais. Longe da dignidade da pessoa humana, meta-princípio que rege nosso ordenamento jurídico, e fundamento expresso da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III, e art. 5º, LVII), nas telas da TV todos são presumidamente culpados, e não o contrário.

As mídias de informação, e aqui destacamos primordialmente a televisiva, não se contentam em relatar as falas que circulam no espaço público. Nas palavras de Patrick Charaudeau:

(...) elas contribuem de maneira muito mais ativa para a realização do debate social, dispondo num lugar particular – que é o delas, e que elas dominam – dispositivos que proporcionam o surgimento e o confronto de falas diversas. Esse surgimento e esse confronto não são espontâneos ou ao sabor do debate so-

---

<sup>9</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. *Mídia e Sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 59.

<sup>10</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal*. 2ª Ed. Lisboa: Rei Livros., 2015. p. 108.

<sup>11</sup> Em nossa perspectiva não há como compreender a “criminalidade” sem entender a ação do sistema penal como criadora de um *status* de “delinquente” ou “criminoso,” como decorrente dos efeitos estigmatizantes do próprio sistema. Dentro, pois, de uma perspectiva crítica da construção das identidades criminosas, e circunscrevendo-nos aos limites de análise dentro do objeto deste artigo, optamos por utilizar aqui o termo “desviante” tomando aquele que supostamente cometeu algum crime e que foi ou preso em flagrante ou mediante o cumprimento de mandado de prisão de natureza cautelar como alguém rotulado em um processo de reação social profundamente vinculado a uma visão política de regulação das relações de poder sobre as classes criminalizadas. Neste sentido ver, essencialmente, entre outros: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

cial que se instaura no espaço público. Trata-se, ao contrário, de uma encenação organizada de tal maneira que os confrontos de falas tornam-se, por si, um acontecimento notável (saliente). O acontecimento é proveniente, aqui, de um dizer que não é um simples recurso para descrever o mundo (a fala do apresentador, do jornalista ou da testemunha), mas uma construção com fins de revelação de uma determinada verdade sobre o mundo. Essa construção é, então, exibida (na imprensa, no rádio, na televisão), e para tanto ela é objeto, como no teatro, de uma *mise-en-scène* nos dispositivos instalados pela mídia.<sup>12</sup>

No palco deste teatro descrito por Charaudeau, tem-se, pois, um embate entre os interesses da sociedade, supostamente representada “na” e “pela” mídia e seu discurso, e os direitos fundamentais do desviante, cabendo à Autoridade Policial a função de ser o primeiro árbitro estatal desse conflito. Neste contexto, para além da competência para a lavratura do auto de prisão em flagrante e o cumprimento dos mandados nas hipóteses de prisão preventiva e provisória decretadas, cabe à Autoridade Policial, como pontua Guilherme de Souza Nucci, ser “o primeiro juiz do fato”<sup>13</sup>, em nosso sentir, também no que concerne às garantias e direitos fundamentais da pessoa que lhe é apresentada como desviante.

É certo que, muitas vezes, a proximidade da Autoridade Policial com o fato delituoso e com a população configura uma zona de pressão e questionamentos de anseios da sociedade e da mídia. Isso porque o contato imediato do Estado com o crime e seus atores (supostos perpetradores e vítimas) se dá, em geral, numa delegacia de polícia, determinando que a primeira resposta estatal ao crime advenha da Autoridade Policial.

Contudo, mais do que uma postura autômata no cumprimento de requisitos condizentes a lavraturas e cumprimento de mandados e, ao mesmo tempo, responsiva a anseios por punição que se identifi-

<sup>12</sup> CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso das Mídias*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 188-189.

<sup>13</sup> NUCCI, Guilherme S. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 545.

cam com a vetusta Lei de Talião<sup>14</sup>, o que se espera de uma autoridade do Estado e, portanto, obviamente, condicionada pela Carta Maior, é o cumprimento de uma missão muito mais elevada. Nesse sentido, o objetivo deste artigo é refletir sobre a atuação da Autoridade Policial neste embate entre os interesses midiáticos e os direitos de privacidade do desviante, sobretudo no concernente ao direito de imagem.

Perguntamos, então: o que, desde uma perspectiva garantista, efetivamente sustenta uma postura de resistência do Delegado ou da Delegada de Polícia às pressões midiáticas no intuito de preservar a imagem do desviante levado à sua autoridade? Mediante pesquisa bibliográfica, a hipótese é a de que a Autoridade Policial, no âmbito de seu dever-dever de zelar pela razoabilidade em um sistema de direitos e garantias fundamentais, não pode render-se à opinião midiática, devendo, como regra, preservar a imagem do desviante detido, admitindo que a mesma seja veiculada somente em circunstâncias peculiares que venham ao encontro de interesse imprescindível da investigação criminal, mas nunca espetacularmente.

## **1. GARANTIAS RELACIONADAS À PERSECUÇÃO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Como já mencionado, somos uma massa de cidadãos e cidadãs aterrorizada pela violência urbana. O assunto criminalidade tornou-se uma obsessão nacional, crescendo na população o sentimento de absoluta insegurança e impotência, muitas vezes justificado subliminarmente em discursos que isso reputam ao fato de somente ao Estado competir, efetivamente, prestar segurança pública e de ser ele o detentor exclusivo do *jus puniendi*<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Trata-se do princípio da estrita reciprocidade, representado pela máxima do “olho por olho, dente por dente”, cujos primeiros indícios foram encontrados no Código de Hamurabi (1780 a.C.). O autor de um delito deveria receber em castigo dano idêntico àquele por ele causado.

<sup>15</sup> Poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal. Decorre diretamente da noção de soberania.

A persecução penal do Estado Democrático de Direito mais do que um instrumento a serviço do Direito Penal, deve ser mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais, servindo de garantia contra a gana punitiva do Estado. O processo penal, nesse contexto, não se pode furtar a seu caráter contramajoritário<sup>16</sup>. Não é outra a lição de Ferrajoli, segundo quem, na tradição liberal democrática, o direito penal e o processo penal são instrumentos da própria democracia se e somente se minimizam a gana punitivista do Estado, configurando um conjunto de limitações a ele impostas.<sup>17</sup>

Os movimentos sociais são pendulares, partindo de um extremo a outro antes de encontrar o seu ponto de equilíbrio. O processo penal brasileiro reflete essa tendência<sup>18</sup>. A CF de 1988 trouxe, em oposição ao regime autoritário que a antecedeu, uma série de garantias relativas à persecução penal, às quais se acrescentam outras, decorrentes dos Tratados Internacionais de que o Brasil é signatário e das próprias normas infraconstitucionais.<sup>19</sup>

É bem verdade que o processo penal democrático preconizado na Carta Maior não é, ainda, plenamente vigente em nosso ordenamento jurídico. A democracia brasileira e, conseqüentemente, a ideia de um processo penal democrático, ainda estão em construção. Tal como adverte Rogério Schietti Machado Cruz, a Constituição Federal tem feições progressistas e preconiza que o processo penal pátrio seja efetivamente democrático, mas é contrariada pela legislação infraconstitucional e sobretudo pela prática judiciária e das investigações criminais, que ainda refletem certo grau de autoritarismo.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> A concretização de direitos fundamentais demandará, frequentemente, posturas que contrariam a vontade da maioria.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Justicia penal y democracia. Jueces para La Democracia*, n. 4, Madrid, set./1988, p. 3 (tradução livre).

<sup>18</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

<sup>19</sup> Vale pontuar que desde a EC n. 45/2004, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, segundo o mesmo rito destinado às Emendas Constitucionais, a elas equivalerão, passando, portanto, a ter caráter de norma constitucional e não mais suprallegal como entendia o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 5º, p. 3º; STF, RE 466.343-SP e HC 87.585-TO).

<sup>20</sup> CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. In: MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). *Justiça Criminal e Democracia*.

Não obstante, a busca pela institucionalização do modelo democrático preconizado pela norma constitucional, um modelo de matriz indubitavelmente garantista<sup>21</sup>, deve ser incansável.

Desde 1988 o processo penal brasileiro tem passado por sucessivas reformas que o modernizaram, com vistas a afastar a persecução penal do modelo de tradição autoritária que predominou ao longo de nossa história, e a aproximá-la dos ideais democráticos e garantistas da ordem constitucional. Um quadro de transformações que busca refletir o fato de o Estado Democrático de Direito (e, conseqüentemente, o processo penal democrático) ter fundamento no metaprincípio da dignidade da pessoa humana<sup>22</sup>, do qual decorre a grande maioria dos direitos fundamentais.

Como ensina Jorge Miranda, a dignidade da pessoa humana significa tratar a pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado<sup>23</sup>, de modo que o metaprincípio abrange não só a dignidade de cada indivíduo, mas também a dignidade de todos. Trata-se, segundo o autor, de um “(...) valor absoluto. Pode haver ponderação da dignidade de uma pessoa com a dignidade de outra pessoa, não com qualquer outro princípio ou interesse”<sup>24</sup>.

---

Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013. p. 28 (sem destaques no original).

<sup>21</sup> Não se pode, aqui, deixar de consignar e lamentar a recente decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292, segundo a qual, a despeito do texto expresso da Constituição Federal (CF, art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória); é admissível o cumprimento provisório de pena confirmada em Segunda Instância. Partilhamos do inconformismo expressado por Cezar Roberto Bitencourt e Vania Barbosa Adorno Bitencourt em artigo publicado, no sentido de que o entendimento da Corte viola o princípio da presunção de inocência (BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bitencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 02 mai. 2017).

<sup>22</sup> Lembrando que a norma constitucional, segundo Canotilho, deve ser interpretada no sentido que lhe conferir maior eficácia: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1224.

<sup>23</sup> O ser humano é sujeito de direito; não pode ser tratado como mero objeto.

<sup>24</sup> MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. (coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 170 (sem destaque no original).

Partindo dessa ideia, o autor estabelece algumas decorrências do metaprincípio, dentre elas a constatação de que a dignidade de uma pessoa deverá ser protegida a despeito de seus comportamentos sociais, ainda que ilícitos e sancionados pelo direito penal. Pondera que como nenhuma pena implica perda de direitos civis, os condenados em geral continuam titulares de seus direitos e garantias fundamentais.<sup>25</sup>

Veda-se, pois, a submissão de qualquer pessoa, ainda que presa, a uma “condição de humilhação”<sup>26</sup>, afinal, “ninguém será submetido a tortura e nem a tratamento desumano ou degradante” (CF, art. 5º, III). Dados estes pressupostos, vale que pensemos sobre o direito individual à imagem e à presunção de inocência.

O direito à imagem é um corolário inquestionável da dignidade humana. E o Texto de 1988 o previu expressamente em seu art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”<sup>27</sup>. Trata-se de um dos direitos da personalidade, que, como pontuado por Ingo Wolfgang Sarlet, dizem respeito à integridade e identidade moral da pessoa<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 174.

<sup>26</sup> Expressão utilizada pela Ministra Carmen Lúcia na discussão do Habeas Corpus n. 89.429/RO, em que o paciente pretendia, entre outros, o reconhecimento do direito de não ser filmado algemado. A ordem foi concedida para vedar a utilização das algemas.

<sup>27</sup> O inciso X do art. 5º da CF consagra o Direito à Imagem, mas ele também é mencionado em outros incisos: V, que assegura indenização por dano moral, material ou à imagem; e, XXVIII, a, que prevê proteção contra a reprodução da imagem e da voz humana.

<sup>28</sup> Os direitos à honra, à imagem, juntamente com o direito à privacidade, o direito à palavra, o direito ao nome, o direito ao conhecimento da paternidade (origem), entre outros, ocupam lugar de destaque na constelação dos direitos pessoais (ou de personalidade), mas, a despeito dos pontos de contato com outros direitos fundamentais, distinguem-se pelo fato de dizerem respeito mais propriamente à integridade e identidade moral da pessoa, não tendo, portanto, âmbito de proteção coincidente com os direitos à privacidade e à intimidade. Além disso, convém lembrar – pois não se trata de aspecto irrelevante mesmo para uma perspectiva constitucional – que os direitos à honra e à imagem foram previstos no capítulo do Código Civil relativo aos direitos da personalidade (art. 20, caput). (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 434).

O direito à imagem abrange não só os atributos físicos de uma pessoa (imagem-retrato), mas também o direito de definir e determinar a auto-exposição, vedando, como regra, que a pessoa seja fotografada ou retratada sem seu devido consentimento<sup>29</sup>. Evidentemente, nada impede a cessão do uso da imagem<sup>30</sup>, mas sua utilização indevida enseja direito de indenização pelo dano moral ou material sofrido.

É de suma relevância ponderar, entretanto, que danos à imagem são de tal dimensão que se poderiam dizer muito próximos da irreparabilidade, especialmente em tempos de rede mundial de computadores. Uma vez lançada na internet, a informação dificilmente se perderá, nem mesmo em se invocando o direito ao esquecimento.

Em sendo, assim, o direito à imagem uma das decorrências do primado da dignidade humana<sup>31</sup>, forçoso é concluir que ele não se aparta nem mesmo dos desviantes detidos. A rigor, a exposição da imagem das pessoas nessa condição demandaria sua expressa aquiescência, o que, evidentemente, não é o padrão da prática.

A praxe policial é admitir que a imprensa divulgue amplamente a imagem do desviante logo após a captura, ainda na delegacia de polícia, quase sempre ainda algemada, como se se tratasse de “caça”, “tro-

---

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 439-440.

<sup>30</sup> Os direitos fundamentais são ditos inalienáveis, mas limitações voluntárias de direitos específicos são admissíveis desde que razoáveis com a finalidade que pretendem atingir. Neste sentido ver MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 164-166, em especial nota de rodapé n. 43.

<sup>31</sup> Vale retomar, aqui, os ensinamentos de Jorge Miranda, para quem a dignidade da pessoa humana é um valor absoluto que não pode ser ponderado senão com a dignidade de outra pessoa, jamais com qualquer outro princípio ou interesse. Decorre daí, segundo o autor, que a dignidade da pessoa humana é um *prius* perante a vontade popular, por sua vez subordinada à dignidade da pessoa humana. E uma ordem jurídica fundada na dignidade humana não pode se apartar da ideia kantiana de que o homem jamais pode ser instrumento ou meio a serviço de outro homem. Neste sentido em: MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. (coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 170.

féu”<sup>32</sup>, a ser exposto à curiosidade comunitária. Sob uma perspectiva garantista, essa postura não parece ser constitucional, pelo que deveria ser coibida pela Autoridade Policial. Vale ponderar, neste ponto que o desviante detido nas condições aqui cogitadas (flagrante ou cumprimento de mandado de prisão cautelar) em geral não foi nem sequer indiciado, militando em seu favor, portanto, a presunção constitucional de inocência.

A Carta Magna estabeleceu, no art. 5º, LVII, “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, internalizando expressamente, no ordenamento jurídico pátrio, a garantia da não culpabilidade, postulado universal de Direito previsto na Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Neste aspecto, Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró, em parecer, ponderaram que, politicamente, a presunção de inocência é um consectário necessário do Estado de Direito e corolário do sistema acusatório.<sup>33</sup>

Vale reiterar que a presunção de inocência apenas foi positivada, entre nós, com a CF de 1988, de forma que, mesmo passados quase trinta anos de nova ordem constitucional, seu preceito normativo e suas decorrências ainda não foram plenamente incorporados ao agir dos personagens da persecução penal. Além de uma garantia política, a presunção de inocência deve ser encarada como uma regra de tratamento do cidadão e da cidadã. Ela implica, sob este viés, a ilegitimidade de se impor à pessoa investigada/denunciada consequências jurídicas decorrentes do inquérito/processo antes de a condenação ter se tornado definitiva.

Em síntese, à vista da necessidade de prevalência do direito de imagem e do respeito à presunção de inocência, é de afirmar-se que qualquer processo penal que se pretenda democrático traz em seu bojo normas (regras e princípios) que protegem o indivíduo face

---

<sup>32</sup> O Ministro Sepúlveda Pertence, nas deliberações do HC n. 89.429/RO, do STF, defendeu arduamente a tese de que não se pode transformar a pessoa em troféu da diligência policial.

<sup>33</sup> Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória, p. 7-8. Disponível em: <[http://emporiiodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](http://emporiiodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)>. Acesso em: 30 jan. 2017.

ao Estado. E é o quanto dessas normas é respeitado que determina se a persecução penal se dá de fato em ambiente democrático. Uma das marcas do Estado de Direito, portanto, é o controle do poder. Ao mesmo tempo em que cria a lei, o Estado Democrático se submete a ela, evitando arbítrios e autoritarismos. E, no âmbito da persecução penal, esse controle implica maximização da liberdade e minimização do próprio direito de punir.

Contudo, por vezes parece incompreensível, pelo que se percebe no discurso midiático, o fato de que a persecução penal encontra limitações, na medida em que apenas pode ser exercida segundo as regras do jogo.

## **2. A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E O DISCURSO MIDIÁTICO**

Liberdade e igualdade são elementos essenciais da dignidade humana, pois, na lição de Paulo Gustavo Gonet Branco, o ser humano se forma no contato com o seu semelhante.<sup>34</sup>

Garantida, por sua vez, a liberdade de expressão no art. 5º, IV, da CF, dela decorrem, logicamente, outras liberdades, como a de informação jornalística que, nos termos do art. 220, não sofrerá restrição ou censura. A vedação à censura denota que a liberdade de informação é um direito de índole defensiva, no sentido de que não cabe ao Estado tutelar as opiniões que serão expressadas pela mídia e nem filtrar as notícias que devem ou não ser veiculadas.

Não obstante, assim como qualquer outro direito ou garantia fundamental, também quanto à liberdade de informação não se cogita de direito absoluto, visto que deve ser ponderado diante da sua eventual colisão com outros direitos. Admite-se, portanto, que seja limitada a liberdade de informação, atendendo ao critério de proporcionalidade<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar F. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296-297.

<sup>35</sup> A própria CF traz algumas limitações. O respeito à dignidade pessoal é uma delas, prevista no art. 221. Vale salientar que restrições a direitos fundamentais são legítimas se afinadas às exigências da proporcionalidade e à preser-

Importa salientar, mais uma vez, que a liberdade de informação tem função relevante numa ordem democrática e plural, podendo-se mesmo falar, como faz Ingo Wolfgang Sarlet, em valor central do Estado Democrático de Direito<sup>36</sup>.

Sem embargo, a mídia detém, sem dúvidas, poder no nosso tempo. Vivemos na “Idade Mídia”<sup>37</sup>. Ela constrói socialmente a realidade segundo seus interesses. Patrick Champagne sustenta mesmo que “a difusão dos novos meios modernos de comunicação [...] implicaram um deslocamento progressivo do centro de gravidade do espaço político, que passou das assembleias parlamentares para a mídia”<sup>38</sup>. Como ponderam Aline Diel e Maiquel Wermuth, “ela não dita, necessariamente, às pessoas o que pensar, mas decide no que elas irão pensar”<sup>39</sup>.

Infelizmente, pouco consciente da repercussão de seu poder, ou despreocupada com isso, parte da mídia tem assumido uma postura temerária no tocante à exposição da criminalidade. O crime se transformou num de seus produtos que, definido como um fetiche<sup>40</sup>, tanto oculta o processo de produção ligado aos objetivos da afirmação do medo e da cultura punitivista como, em sua relação com o público, confere à

---

vação do respectivo núcleo essencial do direito afetado. Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais viveram série de retrocessos no plano fático e jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-30/retrospectiva-2016-direitos-humanos-viveram-serie-retrocessos>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 458.

<sup>37</sup> Expressão cunhada pelo Ministro Carlos Britto, no julgamento do HC 89.429/RO, Ele ponderou, na ocasião, que: não se pode espetacularizar o ofício público, sobretudo nessa quadra histórica que bem poderíamos chamar de “idade mídia”, parafraseando a “idade média”.

<sup>38</sup> CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião*. O novo jogo político. Petrópolis. Ed Vozes, 1998. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. p. 139.

<sup>39</sup> DIEL, Aline Ferreira da Silva; WERMUTH, Maiquel Anggelo Dezordi. Desvelando o arauto: mídia, crime e direitos humanos em tempos difíceis. In: SOUZA Bernardo de Azevedo e; SILVEIRA, Felipe Lazzari da (orgs.). *Democracia e(m) Sistema Penal*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 38.

<sup>40</sup> MORETZSOHN, Sylvia. *Jornalismo em “tempo real”: o fetiche da velocidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 120-121.

notícia aparente valor de uso para legitimar toda e quaisquer formas de apartamento social dos rotulados como “criminosos”.

Historicamente, o direito penal surgiu como negação da vingança privada. O Estado assumiu para si a tarefa de manter a ordem social<sup>41</sup> e de punir quem a subvertesse. As promessas de sistemas preventivos e punitivos, entretanto, fracassaram e ensejaram o estado generalizado de pânico moral do qual a mídia se apodera, canalizando o desejo humano de vingança. Ela não apenas expõe a criminalidade violenta<sup>42</sup>, mas também clama por soluções drásticas: penas mais longas, de preferência perpétuas, encarceramento imediato independentemente de comprovação da culpabilidade, leis mais severas, etc. A prudência não tem espaço na “criminologia midiática”, para usar uma expressão de Zaffaroni.

Evidente que esse discurso midiático não é apanágio da atualidade. Ele sempre existiu, mas variou muito no tempo, sobretudo em razão da tecnologia de comunicação de cada época. Atualmente, conta com a força da televisão e do uso das imagens que ela viabiliza. Fundamenta-se numa ideia neopunitivista que decorre de uma ânsia geral por respostas urgentes.<sup>43</sup> Acredita-se que basta aumentar as penas e o arbítrio policial para que haja redução de delitos.

Um problema desse discurso<sup>44</sup> é que ele se volta contra determinados grupos humanos já naturalmente marginalizados, apresentam-

---

<sup>41</sup> Como salientado por George L. Kelling e James Q. Wilson no clássico artigo escrito para a revista *the Atlantic* de março de 1982 (*Broken Windows. The Police and neighborhood safety*. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>>. Acesso em: 4 mai. 2017), a percepção de insegurança é diretamente proporcional à desordem social. Não por outro motivo, a função original das polícias era a manutenção da ordem pública. Daí que nos governos ditatoriais que controlam a mídia, a população não se apercebe dos índices de criminalidade, pois os ditadores não podem tolerar a menor denuncia midiática de desordem, pois negariam sua falsa imagem de provedores de segurança (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A palavra dos mortos*. Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 327).

<sup>42</sup> Quase sempre se trata de homicídios, roubos/latrocínios ou crimes sexuais.

<sup>43</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A palavra dos mortos*. Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 303.

<sup>44</sup> Além, é claro, de sua questionável compatibilidade com o sistema de garantias fundamentais preconizado pela CF.

do-os como culpados de toda a criminalidade. São uma massa estereotipada de criminosos, “que configuram um ‘eles’ separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de ‘diferentes e maus’”<sup>45</sup>.

Esse “eles”, potencialmente desviante e ontologicamente ameaçador, geralmente identifica-se com o “outro”, “historicamente oprimido e explorado, indivíduo despojado de seus direitos, ‘coisificado’, vítima da exclusão”.<sup>46</sup> Um “outro” tornado personagem principal para a difusão da cultura punitiva que prepondera em nosso país desde uma visão maniqueísta e simplista que ignora o fato de que estamos todos submetidos à mesma ordem, “todos imersos numa intrincada rede em que os elos se alternam”.<sup>47</sup>

Produto e ao mesmo tempo combustível desta lógica punitivista será, então, a cultura do medo<sup>48</sup>. Um sentimento generalizado de vitimização, reproduzido a partir do maniqueísmo social, segundo o qual, “os bons se transformam em vítimas indefesas dos maus, incluído, nesta última categoria os supostos responsáveis pela segurança de todos. Daí as expressões: impunidade, ineficácia das normas e do judiciário.”<sup>49</sup>

A espetacularização do inquérito penal pode levar à formação de um juízo coletivo de culpabilidade daquele suposto desviante, que nem sequer foi ainda indiciado, podendo esse juízo ser deletério até mesmo para a atuação jurisdicional. Em verdade, nesse contexto, parafraseando

---

<sup>45</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A palavra dos mortos*. Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307

<sup>46</sup> BOLDT, Raphael. *Criminologia Midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 30.

<sup>47</sup> OLIVEIRA, Luciano. *Manual de Sociologia Jurídica*. Petrópolis: Vozes. 2015. p. 64-65.

<sup>48</sup> Utilizamos aqui o medo nos termos trabalhados por Débora Pastana (IBCCRIM, 2003, p. 92): “Entendemos o medo, neste estudo, como uma forma de exteriorização cultural, principalmente se levarmos em conta as transformações que ele desencadeia. Como vimos no capítulo anterior, há uma mudança no comportamento do indivíduo em casa e na rua, um cuidado maior com os bens (consumo de apólices de seguro, por exemplo), a produção e o consumo dos mais variados produtos de segurança privada (alarmes, vidro blindado e aulas de defesa pessoal, por exemplo), uma desconfiança generalizada entre os indivíduos”.

<sup>49</sup> PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 92.

Nilo Batista, não se trata de influenciar um tribunal, senão de realizar diretamente o próprio julgamento.<sup>50</sup>

Esse discurso midiático fundamentaria tranquilamente as teorias que legitimam a exasperação da pena. Ocorre que esses mecanismos, em especial o direito penal do inimigo<sup>51</sup>, não são compatíveis com o Estado Democrático de Direito, que não admite a ideia de duas gamas de direitos: os do cidadão e o do não-cidadão.

Ademais, o crime não pode ser encarado como um fenômeno meramente individual. Muito pelo contrário. Não é possível compreender o comportamento humano fora do contexto social, pois ele não se acha condicionado somente às características que herdamos de nossos pais. Ele é também fruto das condições ambientais que originam experiências de vida e dos fenômenos culturais a que a pessoa é submetida<sup>52</sup>.

É ainda pertinente pontuar que a sociedade de consumo, com seus apelos individualistas ensejadores de graves desigualdades sociais e o consequente descrédito do Estado de bem-estar, é fonte da criminalidade, forçando o recrudescimento do Estado penal<sup>53</sup> e a manutenção

---

<sup>50</sup> BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2017. p.16.

<sup>51</sup> Em linhas gerais, parte-se da concepção de Pacto Social e preconiza que há duas classes de pessoas num Estado: os cidadãos e os inimigos. Os cidadãos são aquelas pessoas que aderiram ao pacto social. Por tal motivo, são merecedoras da proteção do Estado. Os inimigos são de tal forma desviantes do pacto, que não podem ser considerados inseridos no Estado e, portanto, não são merecedores de suas proteções e garantias. A ideia é a de que quem não se submete ao pacto não pode dele se beneficiar. Os direitos e as garantias constitucionais a eles não se aplicam. Neste sentido ver, essencialmente, entre outros: ZAFFARONI, Raúl E. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2007. O movimento de lei e ordem partilha dessa dicotomia, dividindo a sociedade entre homens bons e maus e defendendo que a violência destes só pode ser controlada por leis severas que imponham a segregação dos criminosos mediante penas privativas de liberdade extremamente intensas, quando não perpétuas ou de morte.

<sup>52</sup> FARIAS, Paulo José Leite. Ordem urbanística e a prevenção da criminalidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 42, n. 168 out/dez/2005, p. 173.

<sup>53</sup> Nele a função da pena é excluir e neutralizar o desviante. Não se cogita de ressocialização ou de reinserção do desviante na comunidade.

da estrutura social vigente.<sup>54</sup> Zaffaroni também visualiza esse mote do discurso midiático, afirmando mesmo que a criminologia midiática visa ao dismantelamento do Estado do bem-estar, na medida em que apenas ele tem aptidão real para a incorporação de novas camadas sociais a uma cidadania real.<sup>55</sup>

O discurso midiático embasa-se fortemente em estereótipos lançados sobre determinados grupos sociais. Seleccionam-se imagens daqueles que delinquem e logo em seguida são veiculadas imagens de seus semelhantes, que embora jamais tenham delinquido, se parecem com os delinquentes e assim podem vir a delinquir. Tal como ensinam Guareschi e Biz, conhecer a realidade midiática passa por reconhecer que a mídia é um personagem que é “o único, praticamente, que fala, estabelece com os interlocutores uma comunicação vertical, de cima para baixo; não faz perguntas, apenas dá respostas.”<sup>56</sup>

Essa lógica trazida para o campo processual penal, especialmente investigativo, em tudo contrária ao princípio da presunção de inocência, é deletéria também à paridade de armas que deve vigor na persecução penal do Estado Democrático de Direito, decorrência do devido processo legal e do princípio da igualdade. O processo penal democrático deve ser o processo penal do equilíbrio. E a exposição extremada do desviante detido na mídia tem o condão de desequilibrar a balança, especialmente nos casos dos crimes dolosos contra a vida, vez que gera na população uma presunção de culpa dissociada de todo o sistema.

Por outro lado, a mídia insiste fortemente na negação de direitos aos desviantes, como se não fossem destinatários da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana e como se tal viés, de matriz garantista, inviabilizasse as punições penais. Na verdade, não existe incompatibilidade entre a eficiência da persecução penal e o garantismo, vetores que não se opõem, antes se complementam, pois não se

---

<sup>54</sup> BELLI, Benoni. *Tolerância Zero e Democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90*. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. xvi.

<sup>55</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A palavra dos mortos*. Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 331.

<sup>56</sup> GUARESCHI, Pedrinho A. BIZ, Osvaldo. *Mídia & democracia*. Porto Alegre: PG/OB, 2005. p. 66.

concebe um processo eficiente sem garantismo”<sup>57</sup>. Qualquer intervenção legítima que se faça aos núcleos dos direitos deve ser embasada nos parâmetros do Estado Democrático de Direito<sup>58</sup>, e à Autoridade Policial compete zelar pelos direitos e garantias fundamentais de todos os atores do crime, especialmente da vítima e do desviante.

### 3. O PAPEL DA AUTORIDADE POLICIAL

O Delegado ou a Delegada de Polícia são a autoridade pública responsável pelas funções de polícia investigativa e de polícia judiciária. São a autoridade policial por excelência<sup>59</sup>. Como ensina Nereu José Giacomolli:

O inquérito policial há de ser conduzido pela autoridade do inquérito, ou seja, pelo Delegado de Polícia e não por outros servidores. O conhecimento da totalidade da investigação, suas diversas perspectivas, é de ser outorgado ao condutor do inquérito (...) <sup>60</sup>

A polícia é um braço do Estado Democrático de Direito<sup>61</sup>. Tratando do Poder Judiciário, mas em lição que pode perfeitamente

---

<sup>57</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23 (sem destaque no original).

<sup>58</sup> Direitos fundamentais viveram série de retrocessos no plano fático e jurídico. Retrospectiva 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-30/retrospectiva-2016-direitos-humanos-viveram-serie-retrocessos>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

<sup>59</sup> Os demais servidores do sistema (os policiais em sentido geral) são agentes da autoridade.

<sup>60</sup> GIACOMOLLI, Nereu J. Qualidade do Inquérito Policial. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero. (orgs). *Polícia e Investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 156.

<sup>61</sup> Não se pode, entretanto, esquecer que, como já mencionado antes, os movimentos sociais partem de um extremo a outro antes de encontrarem um ponto de equilíbrio. Nessa ordem de ideias, em oposição ao regime autoritário que a antecedeu, a CF de 1988, embora tenha atribuído à polícia a função investigar, restringiu-lhe a força, sobretudo exigindo autorização judicial para diversas diligências policiais antes realizadas meramente pela ordem do Delegado de Polícia.

ser transposta para a polícia, Zaffaroni esclarece que independentemente da eleição ou não dos seus integrantes, uma instituição será tida como democrática se atender ao sistema democrático, no sentido de ser necessária a sua efetivação e continuidade.<sup>62</sup> Assim deve ser vista a polícia investigativa.

É ela o primeiro órgão do Estado que lhe efetiva a política criminal. É a ela que os cidadãos recorrem em primeiro lugar para a tutela de seus direitos e liberdades. A Polícia, como pontua Manuel Monteiro Guedes Valente, é “o promotor visível da concretização dos vetores da política criminal – legitimidade e eficácia – e dos seus princípios – legalidade, culpabilidade, humanidade e ressocialização do delinquente”<sup>63</sup>. Deve ter identidade com a defesa dos direitos humanos.

Um dos maiores desafios da polícia no Estado Democrático de Direito é encontrar o equilíbrio entre a efetiva tutela dos bens jurídicos protegidos e a proteção do desviante face ao Estado (garantismo vs. securitarismo). Vale lembrar que uma das faces do princípio da proporcionalidade é a vedação da proteção insuficiente, que torna ilegítima a omissão estatal no tocante a seu dever de proteção da sociedade, tanto quanto são ilegítimos os excessos cometidos contra o desviante. Rogério Schietti Machado Cruz esclarece, nesse sentido:

Daí a importância de ter, não apenas o juiz, mas também o responsável pela persecução penal, uma preocupação permanente de buscar o equilíbrio entre, de um lado, o dever de manter a ordem e a segurança sociais, de que resulta o interesse punitivo do Estado (e, antes, da sociedade) e, de outro lado, o interesse de proteção da liberdade do indivíduo (que também é de interesse de todos).<sup>64</sup>

<sup>62</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Poder Judiciário. Crise, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. Apud CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. In: MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). *Justiça Criminal e Democracia*. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013. p. 49.

<sup>63</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *A Polícia do Estado Democrático e de Direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 18.

<sup>64</sup> CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. In: MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). *Justiça Criminal e Democracia*.

O Delegado ou a Delegada de Polícia personificam essa instituição, cabendo-lhes apreciar as infrações penais que lhes são apresentadas por seus agentes, avaliando os fatos com base em seus conhecimentos jurídicos e em sua experiência profissional. Uma atuação que deve ser pautada não apenas por critérios de objetividade e imparcialidade, em absoluto compromisso com a verdade<sup>65</sup>, mas também pelos princípios fundamentais do sistema. O Delegado ou a Delegada de Polícia devem aplicar as leis de forma proporcional e razoável, atuando, pois, nas palavras do Ministro Celso De Mello, como “o primeiro garantidor da legalidade e da Justiça”<sup>66</sup>, em constante respeito ao metaprincípio da dignidade humana. Nunca é demais repetir que as garantias constitucionais e internacionais de direitos humanos se aplicam desde a fase de investigação criminal<sup>67</sup>, e, como titular do inquérito, cabe ao Delegado ou à Delegada zelar pela sua efetivação.

---

Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013. p. 50.

<sup>65</sup> Num Estado Democrático de Direito, interessa à comunidade jurídica não só a punição de todos os culpados, mas também que nenhum inocente seja punido. Como sabemos imparcialidade não se confunde com neutralidade, sendo este mais um mito da modernidade. Neste sentido, no processo penal, o juiz/a, ainda que seja sujeito da relação processual, “sua atuação deverá despojar-se de influências de caráter subjetivo que o impeçam de resolver com exatidão e justiça” (LOPES Jr., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 136). Por outro lado, mesmo a imparcialidade, no que toca à ação do Ministério Público, é também um mito. (CASARA, Rubens. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.). Contudo, no que concerne à atribuição da Autoridade Policial é de observar-se que a mesma não pode afastar-se da imparcialidade, posto que não pode direcionar-se a buscar elementos de convicção para a condenação do desviante, mas sim para a elucidação das circunstâncias, da autoria e da materialidade da infração penal.

<sup>66</sup> STF, HC 84.548, Rel Min. Marco Aurélio, DJ 21/6/2012.

<sup>67</sup> As garantias de Direitos Humanos devem ser deferidas aos imputados, aí compreendidos os investigados e os réus. Esse termo, “imputado”, é usado textualmente no Código de Processo Penal Argentino. Entre nós, a jurisprudência do STJ já teve oportunidade de determinar o trancamento de inquérito policial que tramitou sem consideração ao direito fundamental ao sigilo das comunicações, demonstrando que se admite a incidência dos direitos decorrentes da dignidade humana desde a fase investigativa (HC 117.437/AP, Rel. Ministro Jorge Mussi, quinta turma, julgado em 04/10/2011, DJe 20/10/2011).

A Federação Nacional dos Delegados de Polícia elaborou um Plano Nacional de Defesa Social e Aperfeiçoamento da Democracia no qual foi previsto o chamado Pacto pela Moralidade, Legalidade e Cidadania. Dele consta claramente que uma das funções do Delegado ou da Delegada de Polícia é zelar pelo respeito dos direitos fundamentais do preso, havendo menção expressa à necessidade de enfrentamento das “arbitrariedades na vigilância e guarda de indivíduos submetidos à autoridade do agente público”<sup>68</sup>.

Segundo Leonardo Marcondes Machado, o castigo decorrente da persecução penal estabelece-se muito antes da condenação, desde que recai alguma suspeita sobre o desviante<sup>69</sup>. Não é por outro motivo que nossas Cortes Superiores vislumbram a possibilidade de constrangimento ilegal desde a instauração do inquérito penal, admitindo o seu trancamento quando evidentemente ausente a condição da justa causa<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Item A.3. da Cartilha Prática de Orientações aos Delegados de Polícia no Cumprimento do Pacto pela Legalidade e Moralidade – FENDEPOL. Disponível em: <<http://fendepol.com/documentos/cartilha-pacto-moralidade.pdf>>. Acesso em: 3 mai. 2017.

<sup>69</sup> MACHADO, Leonardo Marcondes. Investigação Preliminar: por uma política de redução de dor. In: KHALED JR. Salah H. (coord.). *Sistema Penal e Poder Punitivo*. Estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 334.

<sup>70</sup> No STJ - RHC 72.074/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/10/2016, DJe 19/10/2016; HC 353.417/BA, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016; RHC 75.048/BA, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016, de cuja ementa se colhe: o trancamento de ação penal ou de inquérito policial, em sede de habeas corpus ou recurso ordinário, constitui medida excepcional, somente admitida quando restar demonstrado, sem a necessidade de exame do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios suficientes da autoria ou prova da materialidade (sem destaques no original). No STF - RHC 117988, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, processo eletrônico dje-037 divulg 25-02-2015 public 26-02-2015; pet 4979, relator(a): min. Roberto Barroso, primeira turma, julgado em 23/06/2015, acórdão eletrônico dje-184 divulg 16-09-2015 public 17-09-2015, em que se determinou o trancamento da *notitia criminis*, antes mesmo, portanto, da instauração de procedimento investigativo ou ação penal.

É importante ter em mente que a advertência feita por Rubens Casara, no sentido de que “a relação entre “prisão” e “liberdade” revela uma manifestação de poder (e que a contenção do poder é o núcleo da dimensão política do Processo Penal)”<sup>71</sup>, de modo que o Estado, ao violar a lei e afrontar direitos fundamentais, perde sua “superioridade ética, [...] e] acaba por se igualar ao criminoso”<sup>72</sup>, o que jamais pode ser admitido num Estado que se pretende democrático. Ao Delegado ou à Delegada de Polícia incumbe zelar por essa superioridade ética, tornando-se, assim, figuras relevantes na promoção da dignidade humana e, conseqüentemente, da justiça.

No que tange especificamente à sua relação com a mídia, uma importante ilação deve ser feita: a notícia não apenas reproduz a realidade, ela também tem o condão de nela influir. E o faz por dois mecanismos: a seleção dos fatos que serão divulgados e o enquadramento que se dará aos mesmos.

É interessante notar que, quando a notícia é o crime, a autoridade policial tem papel crucial na seleção do que será divulgado, de modo que também ela passa a influenciar a construção da realidade criminológica.<sup>73</sup> E se o primeiro ponto de vista sobre o desviante e os fatos por ele supostamente cometidos será aquele fornecido pela autoridade policial ao jornalista, sua responsabilidade pela garantia dos direitos fundamentais dessa pessoa torna-se evidente.

A Autoridade Policial deve, pois, impedir que a imagem do desviante detido seja divulgada pela mídia. Os atos de investigação criminal não são minuciosamente previstos no regramento processual penal. O art. 6º do Código de Processo Penal apenas exemplifica diligências que podem ser realizadas pela Autoridade Policial na condução do inquérito.

Não poderia ser diferente, na medida em que cada crime possui peculiaridades que demandarão diferentes abordagens na sua elucida-

---

<sup>71</sup> CASARA, Rubens. *Processo Penal do Espetáculo*. Ensaios sobre o Poder Penal, a Dogmática e o Autoritarismo na Sociedade Brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 17.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Mídia e Sistema Penal. In: SOUZA Bernardo de Azevedo e; SILVEIRA, Felipe Lazzari da (orgs.). *Democracia e(m) Sistema Penal*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 49.

ção. À Autoridade Policial, cuja atuação é de natureza jurídica, cabe, na condução do inquérito, decidir os atos a realizar, bem como a ordem em que esses atos investigatórios deverão ser realizados para viabilizar a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais<sup>74</sup>.

A regra, segundo o que se demonstrou, é a proteção da imagem do desviante preso, como medida de efetivação da dignidade da pessoa humana. Não obstante, a exposição da imagem deve ser admitida quando a elucidação de fatos criminosos ou a captura de suspeitos dela depender. Como bem diz Simone Schreiber:

O crime é um acontecimento público e a coletividade tem legítimo interesse de se manter informada e de receber e expressar opiniões sobre o fato e suas repercussões jurídicas. [...] Contudo, isso não reduz a esfera de proteção conferida a tal acusado de ser julgado sob as garantias do devido processo legal.<sup>75</sup>

Não se trata, enfim, de, por exemplo, impedir que as imagens de câmeras de segurança que captaram um crime e que podem levar à identificação de seu autor ou autora sejam divulgadas, ou que seja disponibilizado aos meios de comunicação o retrato falado de um estuprador serial. Da mesma forma, pode se mostrar relevante que o modo de agir e a imagem de um acusado de estelionato sejam apresentados à população, como mecanismo para trazer à polícia outras vítimas de seus golpes. Tal como diz Fábio Martins Andrade, este é um cenário no qual “a divulgação de notícias pelos órgãos da mídia pode transformar os membros de determinada sociedade ou comunidade local em potenciais colaboradores do trabalho policial”<sup>76</sup>. A

<sup>74</sup> A Lei nº 12.830/2.013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado ou pela Delegada de Polícia, expressamente registra que a atividade investigativa detém natureza jurídica e tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

<sup>75</sup> SCHREIBER, Simone. A publicidade opressiva dos julgamentos criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 336-379., set./out. 2010. p. 356.

<sup>76</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. *Mídia e Poder Judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 268.

Autoridade Policial deve, nessas condições, ponderar acerca da necessidade de exposição da imagem do desviante, tendo sempre como norte a dignidade da pessoa humana e como instrumento os princípios da proporcionalidade e razoabilidade<sup>77</sup>.

## CONCLUSÃO

Vivemos tempos de insegurança e a sociedade, representada tanto quanto insuflada pela mídia e seu discurso neopositivista exacerbado, clama por medidas drásticas no combate ao crime. Tornou-se, assim, comum a apresentação de desviantes detidos ao clamor público, espetaculizando as diligências policiais nem sempre por motivos justificáveis. O suposto desviante é mostrado como troféu porque a sociedade assim o anseia.

Ocorre que a CF garante ao desviante detido, a despeito de sua conduta social inadequada ou criminosa, o respeito à dignidade, no que se insere o direito à imagem. Neste estudo questionou-se acerca da existência de circunstâncias que autorizem a apresentação do desviante à mídia.

Muito embora a dignidade humana seja um valor absoluto, não passível de relativização, o direito à imagem não pode ser encarado sob esse prisma<sup>78</sup>. Ele pode sofrer restrições no caso concreto, desde que elas sejam razoáveis e justificadas na necessidade de proteção de outro bem jurídico tutelado constitucionalmente ou de outro direito fundamental.

A apresentação da imagem do desviante detido à mídia, portanto, não pode ser vedada em caráter absoluto, sendo admissível a depen-

---

<sup>77</sup> CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. Mídia e Processo Penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 94, p. 199-237., jan./fev. 2012.

<sup>78</sup> “O direito à imagem [...] não é absoluto e frequentemente entra em linha de colisão com outros direitos fundamentais, com destaque [...] para a liberdade de expressão.” (SARLET. Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 441).

der das circunstâncias do caso concreto. A participação da sociedade pode se mostrar necessária, como se demonstrou.

A limitação será sempre a proporcionalidade, ponderando-se que o princípio da presunção de inocência deverá ser considerado quando se cogitar de exposição da figura do desviante detido. Não se pode olvidar, entretanto, que em havendo dúvidas a respeito da legitimidade da exposição, a dúvida deverá militar em favor do desviante.<sup>79</sup>

O Delegado ou a Delegada de Polícia são a primeira autoridade estatal investida do poder-dever de zelar pela razoabilidade da exposição do desviante. E, como integrantes do sistema de garantias constitucionais fundamentais, não se podem deixar influenciar pela opinião pública. A ele/ela é dado decidir, segundo a conveniência da investigação, e, sobretudo, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, acerca da eventual possibilidade de exposição da imagem do suposto desviante<sup>80</sup>, pautando-se por um agir democrático, que deve resistir às pressões midiáticas e sociais, atuando, se for o caso, na contramão do discurso midiático, sem se curvar aos que o criticam por assumir um papel mais garantista na sua atividade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Fábio Martins de. *Mídia e Poder Judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

---

<sup>79</sup> Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, ao discorrer sobre a proporcionalidade esclarece que o princípio também deve vigor em processo penal, tendo em vista a gravidade dos interesses nele em conflito: a liberdade do desviante e o *ius puniendi* (GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 17).

<sup>80</sup> A decisão pela exposição da imagem do preso deve, obviamente, ser fundamentada, de modo a viabilizar adequado controle de sua atuação e eventual responsabilização na hipótese de configuração de abuso de autoridade.

BELLI, Benoni. *Tolerância Zero e Democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. *Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC*. Consultor Jurídico, 18/2/2016, in <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BERTRAND, Claud-Jean. *O Arsenal da Democracia: sistemas de responsabilização da mídia*. Bauru: EDUSC, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOLDT, Raphael. *Criminologia Midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo*. Ensaios sobre o Poder Penal, a Dogmática e o Autoritarismo na Sociedade Brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião*. O novo jogo político. Petrópolis: Vozes, 1998.

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso das Mídias*. São Paulo: Contexto, 2006.

CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. Mídia e Processo Penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 94, p. 199-237., jan./fev. 2012.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um Processo Penal Democrático. In: MACHADO, Bruno Amaral (coord.). *Justiça Criminal e Democracia*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons - Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013. p. 23-58.

DIEL, Aline Ferreira da Silva; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. Desvelando o Arauto: mídia, crime e direitos humanos em tempos difíceis. In: SOUZA Bernardo de Azevedo e; SILVEIRA, Felipe Lazzari da (orgs.). *Democracia e(m) Sistema Penal*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 38-47.

FARIAS, Paulo José Leite. *Ordem Urbanística e a Prevenção da Criminalidade*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a 42 n. 168 out/dez/2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Justicia Penal y Democracia*. Jueces para La Democracia, n. 4, Madrid, set./1988.

GIACOMOLLI, Nereu J. Qualidade do Inquérito Policial. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero. (orgs). *Polícia e Investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 153-181.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Mídia e Sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990.

GUARESCHI, Pedrinho A. BIZ, Osvaldo. *Mídia & Democracia*. Porto Alegre: PG/OB, 2005.

KELLING, George L.; WILSON, James Q. *Broken Windows. The Police and neighborhood safety*. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>>. Acesso em: 4 mai. 2017

LLOSA, Mario Vargas. *A Civilização do Espetáculo*. Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Parecer: Presunção de Inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Disponível em: <[http://emporiiodireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](http://emporiiodireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)>. Acesso em: 30 jan. 2017

LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Investigação Preliminar: por uma política de redução de dor. In: KHALED JR. Salah H. (coord.). *Sistema Penal e Poder Punitivo*. Estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 333-343.

MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. (coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MORETZSOHN, Sylvia. *Jornalismo em “tempo real”: o fetiche da velocidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Luciano. *Manual de Sociologia Jurídica*. Petrópolis: Vozes, 2015.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.

PENA, Felipe. *Teoria do Jornalismo*. São Paulo: Contexto, 2005.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Mídia e Sistema Penal. In: SOUZA Bernardo de Azevedo e; SILVEIRA, Felipe Lazzari da (orgs.). *Democracia e(m) Sistema Penal*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 49.

ROSA, Alexandre Morais da. *A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal*. 2ª Ed. Florianópolis: Rei Livros, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais viveram série de retrocessos no plano fático e jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-30/retrospectiva-2016-direitos-humanos-viveram-serie-retrocessos>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

SCHREIBER, Simone. A publicidade opressiva dos julgamentos criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 336-379., set./out. 2010.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *A Polícia do Estado Democrático e de Direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

WACQUANT. Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário*. Crise, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Palavra dos Mortos*. Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

## DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 27/03/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 28/03/2017
- Avaliação 1: 29/03/2017
- Avaliação 2: 10/04/2017
- Avaliação 3: 13/04/2017
- Decisão editorial preliminar: 14/04/2017
- Retorno rodada de correções 1: 02/05/2017
- Decisão editorial preliminar 2: 03/05/2017
- Retorno rodada de correções 2: 07/05/2017
- Decisão editorial final: 08/05/2017

## Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (MMGV)
- Revisores: 3

## COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MENDES, Soraia R.; BURIN, Patrícia T. Na contramão do discurso midiático: uma perspectiva garantista da atuação do Delegado ou da Delegada de Polícia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 537-566, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.66>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

# Questões político-criminais e processuais penais sobre a investigação criminal de chacinas protagonizadas por facções criminais nos presídios brasileiros

*Political-criminal and criminal-procedural issues about the criminal investigation of slaughters carried out by criminal factions in Brazilian prisons*

**Priscilla Placha Sá<sup>1</sup>**

Professora Adjunta da Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
e da Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR

Doutora em Direito pela UFPR

priscillaplacha@terra.com.br

 lattes.cnpq.br/5772348783494506

 orcid.org/0000-0002-3697-4590

---

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é pontuar questões relacionadas com a investigação criminal de eventos ocorridos dentro das unidades prisionais envolvendo facções criminosas, sob dois aspectos: a questão político-criminal e o (des)interesse das autoridades públicas em investigar os fatos; e a questão processual penal envolvendo os meios de prova, tanto os tradicionais quanto os mais modernos. A metodologia utilizada, de forma majoritária, é a revisão bibliográfica, ainda que

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito, pela Faculdade de Direito de Curitiba (1998). Especialista em Direito Processual Penal - PUCPR (2002). Mestre em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2005). Doutora em Direito de Estado, pela Universidade Federal do Paraná (2013). Lecionou na Faculdade de Direito de Curitiba (2003-2004) e na Escola da Magistratura do Paraná (2008-2009). Atualmente é Professora Adjunta de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (desde 2002, na Graduação; 2009, na Pós-Graduação lato sensu). Diretora do NPJ da PUCPR (2007/2008). Professora Adjunta de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná (desde 2010). Membro do Núcleo de Direito Processual Penal do PPGD-UFPR (2010/2011) e Co-Coordenadora do Observatório da UFPR pela implementação da Defensoria Pública do Paraná (2011/2012). Vice-chefe do departamento de Direito Penal e Processual Penal da UFPR (2013-2016). Membro do Centro de Estudos de Segurança Pública e Direitos Humanos da UFPR (2009/2013).

não exaustiva, pelos limites temporais e espaciais do presente texto. Em pontos específicos, notícias da grande mídia foram usadas para indicar a divulgação de dados e suposições, particularmente, sobre eventos mais recentes no intuito de demonstrar a percepção social sobre o tema. Este texto tem como orientação a matriz da sociologia para traçar um breve esboço histórico em relação ao surgimento e à instalação das facções criminosas nos presídios brasileiros, analisando a mutação do recurso aos motins (no marco das ocorrências de 2001 e 2006) para as chacinas (no marco dos eventos de 2013 e 2017). Já no campo da investigação criminal, as referências utilizadas para a tratativa são prioritariamente do campo processual penal, embora utilizados autores de ciências correlatas que estão atentos ao tema em discussão. As conclusões indicam a permanência de vicissitudes no campo da investigação criminal, no recorte proposto, especialmente, por questões de natureza científica, metodológica e operacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Chacinas; Facções criminosas; Investigação criminal; Apreensão de celulares.

**ABSTRACT:** *The aim of this article is to discuss issues related to criminal investigation of events occurred inside prison units involving criminal groups, in two aspects: the political-criminal issue and the (dis)interest of the public authorities in investigating the facts, and the criminal procedural issue involving both traditional and modern means of proof. The methodology used, in a majority way, is the bibliographic revision, although not exhaustive, by the temporal and spatial limits of the present text. At specific points, it was used news from the major media to indicate the dissemination of data and assumptions, particularly about more recent events in order to demonstrate the social perception of the subject. It has as its orientation the matrix of sociology to draw a brief historical foreshortening regarding the emergence and the installation of criminal groups at Brazilian prisons, analyzing the mutation of the use of riots (within the context of 2001 and 2006) for the slaughters (at 2013 and 2017). At the field of criminal investigation, the references used for the treatment are primarily of the criminal procedural, although it was used authors of related sciences that are attentive to the subject under discussion. The conclusions indicate the continuity of weakness at the field of criminal investigation, in the proposed theme, especially, due to scientific, methodological and operational issues.*

**KEY-WORDS:** *Slaughter; Criminal groups; Criminal investigation; Apprehension of cellphones.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Do protagonismo do Primeiro Comando da Capital nas rebeliões prisionais: breve esboço histórico; 1.1. As rebeliões de 2001 e 2006; 1.2. Das rebeliões às chacinas de 2013 e de 2017; 2. A afirmação do poder e o uso das tecnologias por facções criminosas; 2.1. Um histórico de práticas violentas e cruéis; 2.2. A utilização de dispositivos tecnológicos, redes e mídias sociais e aplicativos como forma de afirmação de poder; 3. As vicissitudes da investigação criminal nos casos de rebeliões e chacinas ocorridas no sistema carcerário brasileiro; 3.1. Uma nota de natureza político-criminal sobre as investigações das chacinas de 2017; 3.2. O recurso aos meios tradicionais de investigação criminal; 3.3. O recurso aos novos meios de investigação criminal; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

---

## INTRODUÇÃO

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) assegura que dentre os direitos das pessoas privadas de liberdade está o de se comunicar com o mundo exterior, por meio de correspondência escrita, leitura e outros meios de informação que “não comprometam a moral e os bons costumes” (art. 41, LEP), cujo objetivo parece pretender garantir a permanência de laços externos entre as pessoas detidas e suas famílias. A legislação em referência foi aprovada no ano de 1984, após os trabalhos de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, cujo relatório foi aprovado em 1976, conforme se vê de sua Exposição de Motivos (especialmente, os itens 170 e 171). Nesse momento já estavam presentes graves violações aos direitos das pessoas privadas de liberdade, mesmo quando as temáticas do crime organizado e da superlotação carcerária não eram emergentes, estando em evidência a questão dos presos políticos<sup>2</sup>.

A contraposição às sevícias e à violência institucional contra as pessoas privadas de liberdade (praticadas desde há muito e confirmadas na CPI antes indicada) encontraria – anos depois – conforto na proposta

---

<sup>2</sup> RUDNICKI, Dani; SOUZA, Mônica Franco de. Em busca de uma política pública para os presídios brasileiros. As CPIS do sistema penitenciário de 1976 e 1993. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 47, n. 186, abr./ jun. 2010, p. 110.

discursiva daquele que parece ter se tornado o maior ou um dos maiores grupos organizados<sup>3</sup> dentro dos presídios: o Primeiro Comando da Capital (PCC). Essa bandeira lhe rendeu a imagem interna de que se coloca como uma fraternidade de apoio e de atenção às pessoas presas e suas famílias, não sem estabelecer a *disciplina do comando*, cuja imposição e configuração, além de seu regramento, não dispensa o uso de violência.<sup>4</sup>

A violência aqui será considerada a um só tempo como adjetivo e como elemento estruturante das relações sociais no Brasil<sup>5</sup>. No caso dessas facções, a violência aparece tanto para estabelecer uma hegemonia no âmbito prisional<sup>6</sup>, quanto para exportar suas práticas por mensagens, pelos mais variados meios, especialmente por meio de smartphones e seus aplicativos.

O *locus* do sistema carcerário<sup>7</sup>, historicamente, propicia a troca de favores e a adoção de práticas regionalizadas e idiossincráticas, por parte de seus dirigentes, estabelecidas em regramentos, muitas vezes,

<sup>3</sup> Não se tem encontrado termo único para tratar dessa figura, conforme elucidam Lourenço e Almeida, sendo mais recorrentes o uso dos termos “facções” e comandos”: LOURENÇO, Luiz Claudio; ALMEIDA, Odilza Lines de. “Quem mantém a ordem, quem cria desordem”: gangues prisionais na Bahia. *Tempo social – Revista de Sociologia da USP*. São Paulo, v. 25, n. 1, jun. 2013. p. 38-39.

<sup>4</sup> Sobre a utilização da expressão *Disciplina do Comando*, suas implicações e o extenso rol de regras que passam a reger os afiliados: DIAS, Camila Caldeira Nunes. A disciplina do PCC: a importância do (auto)controle na sociabilidade prisional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 86, set./out. 2010. p. 401-404. Vale ressaltar a observação da autora de que tal *Disciplina* não visa apenas comportamentos negativos ou proibitivos, mas também “visa regular o comportamento das pessoas em seus mais ínfimos gestos, palavras e atitudes, na conformação de uma identidade pautada por valores próprios do mundo do crime e que é definida por vários presos entrevistados como sendo o lado certo da vida errada.” (DIAS, Camila Caldeira Nunes. A disciplina do PCC: a importância do (auto)controle na sociabilidade prisional. p. 404).

<sup>5</sup> Sobre a utilização da violência como mediadora das relações sociais no Brasil, conferir: BATISTA, Vera Malaguti. O medo e o método. Instituto Carioca de Criminologia. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, ano 5, n. 9 e 10, p. 187-195, 1º e 2º semestres, 2000.

<sup>6</sup> Na linha do que já fora ponderado, conferir: DIAS, Camila Caldeira Nunes. A disciplina do PCC: a importância do (auto)controle na sociabilidade prisional, p. 407.

<sup>7</sup> Terminologicamente, para os fins desse artigo, consideramos como “sistema carcerário” todo o *locus* que priva pessoas de sua liberdade, ou seja, delegacias de polícia, centros de detenção provisória e penitenciárias.

não escritos e por isso de difícil controle externo. Isso se dá a partir da própria Lei de Execução Penal, que permite que a administração penitenciária conceda benesses a quem esteja em privação de liberdade<sup>8</sup>.

Esse fato não deixa de constituir uma liberalidade das administrações, por uma série de fatores, mas sobretudo porque a precariedade das condições ensejará escolhas seletivas e, eventualmente, arbitrárias para sujeitos que se encontram na mesma situação. Por exemplo, ausente critério legal, como a direção de uma penitenciária, satisfeitos os demais requisitos, escolhe quem serão os internos que ocuparão os postos de trabalho, considerando inexistir número suficiente para os que estão em igual condição? Isso potencializa tensões não apenas entre os detentos e as direções, mas refunda questões internas de poder de um determinado “grupo organizado” em detrimento de outro.

Além disso, atualmente, não parece existir dúvidas de que tais “grupos organizados” têm teias externas muito sólidas<sup>9</sup>; as quais mantêm e espraiam o exercício da atividade criminal, especialmente, o comércio de drogas ilícitas, com ramificações para roubos a banco e tráfico de armas, dentre outros.

O imagético e a performance desse grupo – assim como das demais organizações do extrato social – utilizam os mecanismos à disposição, seja para se impor, seja para deflagrar e divulgar suas práticas. Os bilhetes e recados foram substituídos por outros, até chegarem aos smartphones, redes e mídias sociais e seus aplicativos, como o *WhatsApp*, cuja utilização restou evidenciada pela grande mídia nas chacinas ocorridas no mês de janeiro de 2017, das quais resultaram mais de 130 mortes, no Norte e Nordeste do país.

---

<sup>8</sup> Camila Nunes Caldeira Dias, acerca da existência e criação de regras no âmbito do sistema carcerário, pondera que a instalação da *Disciplina do Comando* não constitui, por si, nenhuma novidade: “O longo confinamento, a convivência forçada, o reduzido espaço destinado à vivência social, bem como as experiências mais particulares – se é que elas são possíveis – tornam imprescindível a criação de normas que visem regular o comportamento do preso de forma que a vida se torne minimamente suportável na prisão.” (DIAS, Camila Caldeira Nunes. *A disciplina do PCC: a importância do (auto)controle na sociabilidade prisional*, p. 399).

<sup>9</sup> ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 21, n. 61, dez. 2007. p. 09.

Eventos conhecidos, inclusive, no âmbito internacional, como os episódios de Urso Branco e Carandiru, indicam esse histórico de violência dentro dos presídios, nos quais as discussões sobre autoria, para fins de responsabilização encontram pontos de fragilidade desde a investigação preliminar.

Encerradas as rebeliões e as chacinas, com as apreensões de centenas de celulares, dentre outros objetos, como no caso de 2017, remanesce a pergunta sobre o empenho das autoridades públicas em identificar as circunstâncias em que se desencadearam e ocorreram tais fatos, sobretudo, os crimes de homicídio, além da possibilidade ou não de utilizar o conteúdo e os dados armazenados em referidos celulares para apuração e responsabilização.

Tal indagação – sobre a investigação criminal e a coleta de elementos probatórios – é a proposta do presente texto. Ele tem como ponto de partida uma breve análise da presença do Primeiro Comando da Capital e seu protagonismo em rebeliões e chacinas, a partir de considerações do âmbito da sociologia. Posteriormente, segue na análise da investigação criminal, primeiro numa perspectiva político-criminal (acerca do interesse das autoridades constituídas em apurar tais crimes), e num segundo momento, sob o ponto de vista do direito processual penal (quanto às dificuldades em realizar tal investigação e coletar provas para subsidiar futura ação penal) em face do histórico de casos que envolvem o sistema carcerário brasileiro.

## **1. DO PROTAGONISMO DO PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL NAS REBELIÕES PRISIONAIS: BREVE ESCORÇO HISTÓRICO**

Entre a deificação e a demonização do Primeiro Comando da Capital aparece um histórico que o faz ser nominado ora como “facção” ora “comando”, devendo registrar-se que, particularmente ante o advento da Lei 12.850/2013, também poderia ser referido como “organização criminosa”, a partir de uma concepção de tipicidade<sup>10</sup>. Nesse texto por

---

<sup>10</sup> A expressão “organização criminosa” ou “crime organizado” encontra, mesmo com a edição da Lei 12.850/2013, que trouxe uma definição típica, uma miríade de análises a partir da ciência conjunta do direito penal que não se

uma opção teórica iremos chamar essa e outras agremiações dentro dos presídios como “facções”, numa perspectiva sociológica, embora constitua – em princípio – na linha dogmática uma “organização criminosa”.

As pesquisas de Sérgio Adorno e Fernando Salla<sup>11</sup>, como também de Camila Caldeira Nunes Dias<sup>12</sup> e de Cesar Caldeira<sup>13</sup> revelam que se trata de uma organização detentora de poder e que em nome desse poder vale-se, também, de práticas violentas. Tais práticas, não raro, remetem a tempos obscuros como a ditadura civil-militar<sup>14</sup>, em que tais

---

restringem ao seu conceito legal. Por conta da existência desse fenômeno – no âmbito mundial, como realidade e ante a Convenção de Palermo – setores da doutrina já vinham debatendo essa categoria. Por exemplo: DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 16, n. 71, p. 11-30, mar./abr. 2008. Sob a perspectiva criminológica: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Crime Organizado*. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/crime\\_organizado.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/crime_organizado.pdf)>. Com a edição da Lei 12.850/2013, tem-se os comentários acerca de sua definição legal formulados por: BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 19-23; GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 20-21. A caracterização dessas agremiações, inclusive, com um formato a partir de um novo tempo, enfrentando a questão do “crime organizado” como algo que não está apartado do contexto social, tampouco que deixa de compartilhar da estrutura macro, inserindo-se a um só tempo no contexto de redes e no de uma nova sociologia econômica é o trabalho de Edmilson Lopes Júnior (As redes sociais do crime organizado: a perspectiva da nova sociologia econômica. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 24, n. 69, p. 53-68, fev. 2009). Especificamente, sobre o enraizamento da criminalidade organizada e seus contornos muito peculiares dentro das prisões brasileiras, que é o objeto desse texto, conferir: ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. p. 14; DIAS, Camila Caldeira Nunes. A disciplina do PCC: a importância do (auto)controle na sociabilidade prisional. p. 395-396.

<sup>11</sup> ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. Como também o trabalho de: MESQUITA NETO, Paulo de; SALLA, Fernando. Uma análise da crise de Segurança Pública de maio de 2006. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, v. 15, n. 68, p. 309-351, set./ out. 2007.

<sup>12</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. A disciplina do PCC: a importância do (auto) controle na sociabilidade prisional.

<sup>13</sup> CALDEIRA, Cesar. A política do cárcere duro: Bangu 1. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 87-102, mar. 2004.

<sup>14</sup> Inclusive há controvérsias sobre os motivos em que foi aprovada a realização da CPI de 1976, antes indicada: cf. RUDNICKI, Dani; SOUZA, Mônica Franco

organizações podem ter encontrado ambiente fértil para seu surgimento, associadas posteriormente à violência do embate cotidiano da guerra às drogas em que emerge a violência policial ou entre grupos rivais<sup>15</sup>.

A construção do *status* de “grupo organizado” ou “facção criminosa” – mesmo com contornos distintos nas visões de Camila Caldeira Nunes Dias<sup>16</sup> e Edmilson Lopes Junior<sup>17</sup> – parece utilizar ferramentas típicas e protagonizar ações violentas que demonstram poder para impor respeito e medo aos demais presos, como também à própria administração e às autoridades constituídas.

---

de. Em busca de uma política pública para os presídios brasileiros. As CPIS do sistema penitenciário de 1976 e 1993. p. 108-109.

<sup>15</sup> Sobre o possível surgimento da “facção” conhecida como “Falange Vermelha” e sua mutação ao longo de cinco décadas, até o envolvimento com o tráfico de drogas: *Quase dois irmãos*. Direção e produção Lúcia Murat. Brasil. 2004. Drama. DVD (102 min). Colorido. Já sobre o estabelecimento de uma hegemonia, por parte do Primeiro Comando da Capital: *Salve Geral*. Direção Sérgio Rezende e Patrícia Andrade. Produção Joaquim Vaz de Carvalho. Brasil. 2009. Drama/Policial. DVD (119 min). Colorido. No que concerne à disputa entre “traficantes” e “policiais”, por conta do controle territorial de favelas no Rio de Janeiro: *Tropa de Elite: missão dada é missão cumprida*. Direção José Padilha. Produção Marcos Prado e José Padilha. Coprodução Eliana Soarez e James Darcy. Brasil. 2007. Ação. DVD (116 min.). Colorido. *Tropa de Elite 2: o inimigo agora é outro*. Direção José Padilha. Produção Marcos Prado e José Padilha. Coprodução Wagner Moura e Bráulio Mantovani. Brasil. 2010. Ação. Blu-ray Disc (115 min.). Colorido. A atividade de outras organizações criminosas nos presídios cariocas, como o Comando Vermelho, por exemplo, não é ignorada pela presente análise, mas não serão objeto de atenção, pois ao longo do período compreendido (2001-2017) o Primeiro Comando da Capital assumiu lugar de destaque. Sobre a atuação do Comando Vermelho e algumas afinidades com o Primeiro Comando da Capital, conferir: CALDEIRA, Cesar. A política do cárcere duro: Bangu 1. p. 89. Ainda sobre as rebeliões, também, no Rio de Janeiro, ver: SALLA, Fernando. As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 16, dez. 2006. p. 298-300.

<sup>16</sup> A autora aborda a constituição das relações de poder estabelecidas pelo PCC, em especial, ao confisco da prerrogativa da força pelos detentos por meio de decisão individual: DIAS, Camila Caldeira Nunes. A disciplina do PCC: a importância do (auto)controle na sociabilidade prisional. p. 407-408.

<sup>17</sup> O autor propõe uma inversão analítica do fenômeno do crime organizado e redes sociais, a partir de argumentos de setor de análise econômica: LOPES JUNIOR, Edmilson. As redes sociais do crime organizado: a perspectiva da nova sociologia econômica. p. 62-65.

## 1.1. AS REBELIÕES DE 2001 E 2006

A Lei de Execução Penal aprovada em 1984 parece não ter rompido o ciclo de violência que se agravava no sistema carcerário nacional, durante o período da ditadura civil-militar, e que pouco a pouco fez eclodir as violações a que as pessoas privadas de liberdade se encontravam submetidas no Brasil.

As rebeliões, com mortes ou não, ainda que possam se constituir como episódios de crise no sistema carcerário, acabam por silenciar as condições subumanas em que os presos se encontram.<sup>18</sup> Ainda que, vez ou outra, alguns desses episódios suscitem certa comoção social ou movimentação política, logo voltam ao seu ponto originário de esquecimento. No entanto, o envolvimento das facções criminosas e até mesmo a interferência dita hegemônica de uma única dessas facções ganha relevo nas rebeliões ocorridas a partir de 2001.

Num ambiente murado, em que o descontrole sobre as agências de repressão transcendeu as décadas de 60 e 70, o Primeiro Comando da Capital encontrou ambiente propício para nascer e afirmar-se. Criado no ano de 1993, no Anexo da Casa de Taubaté, começaria a se expandir silenciosa e gradativamente como também se repetiriam com mais frequência e com mais organicidade as rebeliões. Algumas pistas tais como: a forma de ocorrência das rebeliões, a pauta de reivindicação, o apoio externo e a força corruptora davam mostras de que algo estava mudando no âmbito carcerário.<sup>19</sup>

As rebeliões não eram um dado novo na história mais recente do sistema carcerário brasileiro<sup>20</sup>, mas era novo o formato que começava a ser delineado, evidenciando num primeiro momento a presença e a participação ativa de facções criminosas em sua deflagração<sup>21</sup>, e num

---

<sup>18</sup> CALDEIRA, Cesar. A política do cárcere duro: Bangu 1. p. 87.

<sup>19</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. A disciplina do PCC: a importância do (auto) controle na sociabilidade prisional. p. 397

<sup>20</sup> Considerando o marco temporal pós-88, no qual se evidencia um aumento gradativo de início e exponencial pouco tempo depois.

<sup>21</sup> Aqui são novamente referidos os trabalhos de: CALDEIRA, Cesar. A política do cárcere duro: Bangu 1; ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC e DIAS, Camila Caldeira Nunes. A disciplina do PCC: a importância do (auto)controle na sociabilidade prisional. A versão mais completa e aprofundada da análise de DIAS encon-

segundo momento a utilização de mecanismos e dispositivos tecnológicos, como celulares para a comunicação e a divulgação de suas práticas.

O primeiro episódio aqui referido (o de 2001) é indicado como sendo o momento em que as rebeliões deflagradas no âmbito do sistema carcerário paulistano deixam entrever a disputa de poder entre autoridade constituída e facção. A oposição entre as autoridades constituídas que determinaram a separação de lideranças do Primeiro Comando da Capital e a discordância da facção parece ter sido o seu estopim. Essas rebeliões seriam a resposta à interferência das autoridades no modo da organização de tais grupos; diversamente, por exemplo, do que se tinha nos presídios cariocas, onde as lideranças é que decidiam acerca da conformação interna e de sua divisão e organização<sup>22</sup>.

O cenário potencializado por um histórico de violações de direitos, associado ao hiperencarceramento<sup>23</sup>, que já começava a dar mostras das consequências desastrosas, ganha o expoente das megarrebeliões e coloca o Primeiro Comando da Capital numa posição de vantagem e de prestígio, inclusive, de forma simbólica ao hastear uma bandeira branca<sup>24</sup>.

A deflagração desses fatos interfere também no âmbito externo, tanto ao evidenciar sua existência, quanto ao usar meios violentos para se estabelecer, embora há muito já tivesse sequestrado a prerrogativa de os próprios internos reivindicarem o dispositivo da violência por sua decisão individual e para sua autodefesa<sup>25</sup>.

Posteriormente, no ano de 2006, no mês de maio, ocorreram rebeliões em 73 presídios. Mas também houve graves consequências

---

tra-se em sua tese de doutoramento, na qual, inclusive, são apresentados os resultados de coleta empírica de entrevistas com presos que faziam parte do PCC: *Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista*. 386 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

<sup>22</sup> CALDEIRA, Cesar. A política do cárcere duro: Bangu 1. p. 89.

<sup>23</sup> PASTANA, Débora. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 17, n. 77, mar./abr. 2009. p. 315-318.

<sup>24</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. A disciplina do PCC: a importância do (auto) controle na sociabilidade prisional. p. 398.

<sup>25</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. A disciplina do PCC: a importância do (auto) controle na sociabilidade prisional. p. 398.

externas, com distensão para os meses seguintes: 439 mortes (com laudos de necropsia elaborados por 23 Institutos Médico-Legais), além de ataques contra civis, prédios privados, postos policiais e incêndios de carros e ônibus, dentre outros eventos que culminaram na paralisação temporária da maior cidade da América Latina<sup>26</sup>.

A discussão das causas dessas megarrebeliões de 2006 encontra profusa publicação na imprensa ora apontando para a crise da segurança pública, ora para as condições de vida nas prisões, com apreciação heterogênea da população e dos especialistas<sup>27</sup>. A atuação do Primeiro Comando da Capital – pelo recorrente uso da violência, particularmente, por meio de teias simbólicas – angariou centenas de adeptos que deram conta de disseminar a sua ideologia e afirmar uma hegemonia no sistema carcerário brasileiro<sup>28</sup>.

Todavia, essa pretensa posição dominante num ambiente propício a formações de grupos suscita contraposições de poder com a utilização de mecanismos ao menos similares. A Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o sistema carcerário instalada em 2008 afirmou existirem mais de 30 grupos organizados nos presídios brasileiros<sup>29</sup>, cuja disputa por espaço e por poder renderia ainda muitas mortes no sistema carcerário e fora dele.

## 1.2. DAS REBELIÕES ÀS CHACINAS DE 2013 E DE 2017

A característica de uma rebelião normalmente está associada a uma demanda, a uma pauta. Aliás, do histórico antes relatado, o próprio surgimento do Primeiro Comando da Capital era autorreferente por

---

<sup>26</sup> ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 21, n. 61, dez. 2007. p. 7; MESQUITA NETO, Paulo de; SALLA, Fernando. Uma análise da crise de Segurança Pública de maio de 2006. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*. p. 313-318.

<sup>27</sup> ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. p. 8; MESQUITA NETO, Paulo de; SALLA, Fernando. Uma análise da crise de Segurança Pública de maio de 2006. p. 319-328.

<sup>28</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. A disciplina do PCC: a importância do (auto) controle na sociabilidade prisional. p. 407.

<sup>29</sup> LOURENÇO, Luiz Claudio; ALMEIDA, Odilza Lines de. “Quem mantém a ordem, quem cria desordem”: gangues prisionais na Bahia. p. 37.

isso, especialmente, por se contrapor à administração penitenciária e às autoridades constituídas, sobretudo, contra suas práticas de violência institucional. Os episódios de 2013 e 2017, entretanto, ganham contornos distintos.

Em menos de dez anos depois das megarrebeliões de 2006, em São Paulo, as atenções se voltariam para o Nordeste do País. Em especial, para o estado do Maranhão onde fica o Complexo Penitenciário de Pedrinhas. A trágica situação do estado maranhense como um todo viu-se refletida no que acontecia dentro de seus presídios, quando em dezembro de 2013, 62 presos foram assassinados, pela disputa de duas facções para obter o controle interno da unidade prisional<sup>30</sup>.

O Complexo Penitenciário foi “palco de cenas de barbárie, como a decapitação de presos, sevícias e um sem-número de violações de direitos fundamentais”<sup>31</sup>. Houve, também, repercussões externas após “um circo de horrores dentro da cadeia, a violência transborda e atinge a própria população, com incêndios em ônibus, mortos e feridos”<sup>32</sup>. Nublado o fato de que naquele ano já haviam morrido mais de 60 pessoas em tal unidade, ou que tal presídio já acomodara uma rebelião em 2010, a maior e mais violenta acontecida no Estado até então<sup>33</sup>. As autoridades constituídas e a administração penitenciária pareciam ter certa inércia em não adotar medidas, mesmo diante do recebimento de verbas públicas e de pedidos de intervenção federal no estado em face da crise instalada<sup>34</sup>.

A grande mídia atribuiu o episódio à disputa entre as facções Primeiro Comando do Maranhão e Bonde dos 40 pelo controle da unidade prisional; a primeira teria sido formada sob a inspiração do Primeiro Comando da Capital, já a segunda, com membros mais jovens, surge em sua oposição. Ainda, segundo a mídia, as investigações da polí-

<sup>30</sup> CEGUEIRA deliberada estatal. Editorial. *Boletim IBCCRIM*, n. 255, fev. 2014.

<sup>31</sup> PPPs e terceirizações nos presídios: a indústria do sofrimento e da punição. Editorial. *Boletim IBCCRIM*, n. 279, fev. 2016.

<sup>32</sup> Cegueira deliberada estatal. Editorial. *Boletim IBCCRIM*.

<sup>33</sup> Fugitivo do PSL 3 foi líder da rebelião mais violenta do Maranhão. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2015/04/fugitivo-do-psl-3-foi-lider-de-rebeliao-mais-violenta-do-maranhao.html>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

<sup>34</sup> Cegueira deliberada estatal. Editorial. *Boletim IBCCRIM*.

cia civil informavam que havia pessoas ligadas ao PCC naquela unidade prisional<sup>35</sup>. Outro segmento da mídia aponta que os fatos decorreram da disputa de quatro facções, além das duas já citadas, outros dois grupos menores também teriam representação: Anjos da Morte (mais temidos pelas práticas selvagens) e Mensageiros do Inferno<sup>36</sup>.

As disputas de poder entre facções para a obtenção do monopólio prisional ensejariam outros episódios poucos anos depois, na mesma linha da utilização da barbárie antes enunciada: as chacinas ocorridas no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), no estado do Amazonas, e no Presídio de Alcaçuz, no Rio Grande do Norte<sup>37</sup>, em janeiro de 2017, sendo vários os casos de dilacerações, esquarteramentos, entre outras violências.

Também, com informações coletadas na mídia eletrônica, os fatos teriam decorrido da disputa pelo controle das unidades prisio-

---

<sup>35</sup> Cf. Disputa do tráfico e influência do PCC guiam facções no Maranhã. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/ma/2014-01-13/disputa-do-traffic-e-influencia-do-pcc-guiam-faccoes-no-maranhao.html>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

<sup>36</sup> Cf. Presídio que teve detentos decapitados é disputado por 4 facções no MA. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/140021-presidio-que-teve-detentos-decapitados-e-disputado-por-4-faccoes-no-ma.shtml>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

<sup>37</sup> Torna-se difícil precisar o número exato de mortes, ocorridas nesses eventos. Em alguns casos, o reconhecimento e liberação dos corpos foi bastante demorado, pois os presos foram decapitados, entre outras práticas violentas. O *site* de notícias G1, no dia 16 de janeiro de 2017, consolidou, até a data da postagem, o número de 133 mortos em unidades prisionais (Mortes em presídios do país em 2017 já superam o massacre do Carandiru. G1, 16 jan. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>>. Acesso em: 29 jan. 2017). Já o *site* da Carta Capital, lista as unidades e a quantidade de pessoas mortas em cada uma, dentre as ocorrências nos seguintes estados: Amazonas, Paraíba, Roraima, Alagoas, São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Norte, sendo que o maior número de mortos, de forma isolada, tem lugar em Manaus-AM (no COMPAJ) e em Nísia Floresta-RN (no Presídio de Alcaçuz) (Carnificina em presídios deixou mais de 130 mortos neste ano. *Carta Capital*, 16 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/carnificina-em-presidios-deixou-mais-de-130-mortos-neste-ano>>. Acesso em: 29 jan. 2017). Luís Carlos Valois refere, só no caso do Complexo Anísio Jobim, a ocorrência de 56 mortes (Espólio de medo, terror e desesperança. *Boletim IBCCRIM*, n. 291, fev. 2017.).

nais, cujo protagonismo volta-se ao Primeiro Comado da Capital agora em oposição à Família do Norte. O mote, da mesma maneira que em Pedrinhas e no histórico de casos, estaria associado ao controle do comércio de drogas, inclusive fora das prisões<sup>38</sup>. Ao primeiro evento, ocorrido em Manaus, sucede o de Rio Grande do Norte, como resposta.

A mutação de rebelião para chacina, em que não há demanda nem reivindicação, aparece na observação do juiz da execução penal de Manaus, Luís Carlos Valois, sobre as chacinas de janeiro de 2017:

Não há como classificar aquilo de rebelião, pois não havia exigências. Os presos não queriam nada antes da rebelião, melhora da comida, troca de diretor, agilização de processos, como é comum na maioria das rebeliões. A carnificina era o motivo, a revolta era o meio para a carnificina.<sup>39</sup>

Percebe-se, assim, a modificação tanto do mote quanto da forma; a demanda e a pauta foram substituídas pela disputa de poder e pelo controle prisional, tendo como pano de fundo o comércio de drogas.

## **2. A AFIRMAÇÃO DO PODER E O USO DAS TECNOLOGIAS POR FACÇÕES CRIMINOSAS**

Com esse breve cenário, pode-se afirmar a utilização de práticas violentas pelas próprias facções para se contrapor tanto à violência institucional, quanto a outros grupos e controlar unidades carcerárias. Valem-se do expediente que pretendem questionar. As cenas divulgadas pelos próprios detentos dão conta de práticas terríficas, cruéis e até mesmo canibais em que o outro não é poupado e sim usado como objeto da demonstração de poder.

A percepção social dos fatos violentos, entretanto, não está fixada apenas no cenário brasileiro quando se fala de fatos envolvendo facções e sua vinculação com o tráfico de drogas. A onipresença da violência orienta-se por novos paradigmas que envolvem, também, distintas formas de

---

<sup>38</sup> Massacre em presídio em Manaus deixa 56 detentos mortos. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892\\_477027.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892_477027.html)>.

<sup>39</sup> VALOIS, Luís Carlos. Espólio de medo, terror e desesperança.

comunicação associadas, por sua vez, com fenômenos que se constituem como ameaças a partir da perspectiva da “criminalidade organizada”, nas quais se incluem o terrorismo e o tráfico de drogas, com especial destaque<sup>40</sup>. Essa violência não está barrada pelos muros da prisão.

## 2.1. UM HISTÓRICO DE PRÁTICAS VIOLENTAS E CRUÉIS

No âmbito do sistema prisional, conforme delineado, o argumento de pretensão de legitimidade como anteparo e resistência à prática institucional violenta, agora parece estar orientado a construir uma hegemonia, ao custo de uma violência em seu formato primitivo e selvagem. Embora usada de forma escancarada nos eventos de 2013 e 2017, havia pistas de sua expansão desde as rebeliões nos presídios paulistas ocorridas em 2001<sup>41</sup>.

O PCC construiu os pilares de sustentação de seu poder a partir de um repertório simbólico remetido à ideia de luta entre oprimidos (presos) e opressores (estado e sociedade) e do enredamento da população carcerária numa narrativa social marcada pela injustiça, pela violência e pela miséria, cuja possibilidade de superação é dada justamente pela união de todos em torno da organização. A violência foi, inegavelmente, um importante instrumento de imposição do domínio do PCC no sistema prisional, mas ela não pode ser desmembrada de sua contrapartida simbólica, que reforçava o poder da facção e, ao mesmo tempo, legitimava as execuções realizadas em nome de um ideal de união e da formação de uma irmandade.<sup>42</sup>

Isso pode indicar uma diferença entre as megarrebeliões de 2001 e 2006, nos presídios paulistas, quando se falava em contraposição à violência institucional, e as chacinas ocorridas no Presídio de

---

<sup>40</sup> HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 80-81.

<sup>41</sup> SALLA, Fernando. As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira. p. 276-277.

<sup>42</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. A disciplina do PCC: a importância do (auto) controle na sociabilidade prisional. p. 398-399.

Pedrinhas, no ano de 2013, e no marco mais recente de janeiro de 2017, em especial, no Complexo Anísio Jobim, em Manaus-AM, e no Presídio de Alcaçuz, na Grande Natal-RN, nos quais haveria disputas entre os grupos rivais Primeiro Comando da Capital e Família do Norte (FDN).

## **2.2. A UTILIZAÇÃO DE DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS, REDES E MÍDIAS SOCIAIS E APLICATIVOS COMO FORMA DE AFIRMAÇÃO DE PODER**

Embora literalmente antigas e precárias as estruturas da prisão e, em alguns casos, as políticas dirigentes, os tempos são novos, como também o são os recursos e as tecnologias que os regem. Práticas rudimentares em torno dos “grupos organizados” servem, inclusive, para separar o ingresso de presos, determinar os horários de banho de sol e os dias de visita. E os “grupos organizados” sabem disso. Como também estão apropriados das formas de comunicação em rede, dos efeitos que a contemplação da imagem ocupa no momento atual e a reafirmação do monopólio de práticas violentas como forma de estabelecer e manter o poder, na medida em que os muros da prisão não exercem a contenção pretendida pelo imaginário social de um mundo à parte.

Esse sistema foi colocado à prova justamente durante as ondas de ataque, mostrando que a organização estava capacitada para controlar o andamento simultâneo de inúmeras rebeliões; para atacar alvos distintos sem uma lógica predeterminada e com elevada dose de surpresa; para estar em qualquer lugar e desaparecer de imediato; para expedir ordens e, logo depois, determinar a suspensão das ações; para negociar com altas autoridades do estado.<sup>43</sup>

Mas a pedagogia da crueldade, então, usada nos vídeos feitos e divulgados pelos próprios detentos, tem elementos que demonstram, além de um completo desprezo à condição do outro e da sua subjetividade, a constituição de uma imagem de poder e do uso da violência como forma de sua difusão e de sua manutenção. Essa tecnologia é própria das instituições estabelecidas, cujas permanências vêm do modelo panópti-

---

<sup>43</sup> ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. p. 9.

co descrito por Michel Foucault<sup>44</sup>, que não é só arquitetura, mas funciona “como máquina maravilhosa que, a partir dos desejos mais diversos, fabrica efeitos homogêneos de poder”<sup>45</sup>. No caso brasileiro, transcendeu a ditadura civil-militar das décadas de 60 e 70<sup>46</sup>.

Os eventos de janeiro de 2017 parecem confirmar isso. A narrativa inicial de Bruno Paes Manso<sup>47</sup> sobre as chacinas nos presídios é nauseante e dá conta de que recebeu de um ex-presidiário os vídeos feitos e protagonizados por detentos, por meio do *WhatsApp*.

Se nas megarrebeliões de 2006, foram apreendidos com os internos de algumas prisões paulistas, além de celulares, telefones com ramais, rádios e computadores<sup>48</sup>, a partir da chacina acontecida em Pedrinhas – MA, em dezembro de 2013, a divulgação dos assassinatos e atos cruéis com outros presos é realizada por meio de vídeos postados no canal *YouTube*<sup>49</sup>, e propagados por *WhatsApp*.

A rede social *Facebook*, em que se encontram páginas que se-riam de “grupos organizados”, como o PCC, que no ano de 2014 já tinha quase 400.000 curtidas<sup>50</sup>, é usada para se apresentar à comunidade e difundir sua ideologia, mas, assim como para os demais usuários das redes

---

<sup>44</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalheite. 30ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 165-172.

<sup>45</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. p. 167.

<sup>46</sup> NEDER, Gizlene. Cultura, poder e violência. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, São Paulo, v. 12, n. 1, mar. 2009. p. 22-24.

<sup>47</sup> MANSO, Bruno Paes. A Guerra: Como o PCC deflagrou uma crise nas prisões brasileiras ao tentar ganhar poder fora de São Paulo. *Revista Piauí*, n. 125, fev. 2017. p. 24.

<sup>48</sup> Ver fotografias em: ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. p. 11.

<sup>49</sup> Ao inserir a expressão “chacina pedrinhas” num dos maiores buscadores da rede mundial de computadores aparecem mais de 24.000 resultados e os que se referem efetivamente, aos fatos ocorridos em dezembro de 2013, remetem a postagens de vídeo no canal *Youtube*. (Cf. <[https://www.google.com.br/search?q=chacina+pedrinhas&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b&gws\\_rd=cr&ei=1rvXWIntMsmYwgTSmLaobQ](https://www.google.com.br/search?q=chacina+pedrinhas&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b&gws_rd=cr&ei=1rvXWIntMsmYwgTSmLaobQ)>. Acesso em: 25 mar. 2017). CASTRO, Raimundo de. Fotos da Rebelião na Penitenciária de Pedrinhas em São Luís – MA. *Castro Digital*. 14 Nov. 2010. Disponível em: <<http://www.castrodigital.com.br/2010/11/fotos-rebeliao-penitenciaria-pedrinhas.html>>. Acesso em: 27 Mar. 2017.

<sup>50</sup> MANSO, Bruno Paes. Página do PCC no Facebook já tem mais de 372 mil curtidas. *Estadão*, São Paulo, 19 mar. 2014. Disponível em: <[Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 567-604, mai.-ago. 2017.](http://sao-paulo.</a></p></div><div data-bbox=)

e mídias sociais, o aplicativo *WhatsApp* também se coloca agora como meio de vanguarda da comunicação em rede.

O uso do aplicativo do *WhatsApp*, associado com as postagens no canal *YouTube* e no *Facebook*, dá conta da validação por parte dos internos de que a sociedade contemporânea tem na violência um de seus dilemas sócio-políticos mais graves, em seu grau mais bárbaro, inclusive, na mutação da forma de matar<sup>51</sup>. Se nos descolarmos do *locus* do sistema carcerário e sua barbárie poderíamos facilmente lembrar, num marco muito próximo, de levantes nas redes sociais procurando imagens do estupro coletivo ocorrido no Rio de Janeiro, em maio de 2016, ou do cantor sertanejo cujo corpo se encontrava no Instituto Médico-Legal, em 2015. A advertência filosófica de que o grotesco convoca está muito presente na sociedade do mal-estar difuso onde a morte é só mais uma morte e o morto mais um número<sup>52</sup>.

A utilização da violência, como forma de se estabelecer e de se auto-afirmar no sistema carcerário, faz com que os “grupos organizados” usem celulares<sup>53</sup> dentro das unidades para difundir sua ideologia. Os meios de comunicação externos mais modernos, como *smartphones*, redes e mídias sociais e aplicativos, também passam a ser usados no âmbito interno. Isso demonstra que eles dispõem desses mecanismos e tecnologias dentro das unidades prisionais, não fossem os armamentos, inclusive, metralhadoras, fuzis e armas brancas, até mesmo facões que também foram encontrados, segundo divulgado pela mídia, nos episódios de janeiro de 2017<sup>54</sup>.

---

[estadao.com.br/blogs/sp-no-diva/pagina-do-pcc-no-facebook-ja-tem-mais-de-372-mil-curtidas/](http://estadao.com.br/blogs/sp-no-diva/pagina-do-pcc-no-facebook-ja-tem-mais-de-372-mil-curtidas/). Acesso em: 27 Mar. 2017.

<sup>51</sup> BIRMAN, Joel. *O sujeito na contemporaneidade: espaço, dor e desalento na atualidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 83-84.

<sup>52</sup> BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1998. p. 199.

<sup>53</sup> Os aparelhos celulares encontrem-se em primeiro lugar dentre os produtos apreendidos dentro das unidades prisionais de São Paulo já há algum tempo: cf. DIAS, Camila Caldeira Nunes. Disciplina Controle Social e Punição: O entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, n. 85, jun. 2014. p. 115.

<sup>54</sup> Essas imagens foram amplamente divulgadas pela mídia televisada e por meio da web, nos primeiros dias de janeiro de 2017.

A comprovação da inserção dos detentos nas redes sociais, mesmo quando presos, pelas fotografias e pelos vídeos compartilhados na internet demonstram a dificuldade das agências de controle penitenciário para o implemento de sistemas de bloqueio das redes de telefonia móvel nos arredores das unidades prisionais. A possibilidade de que o bloqueio de sinal eventualmente afete pessoas nas proximidades, as dúvidas quanto à real eficácia de tais sistemas, bem como a quem incumbe instalar e promover a manutenção de tais equipamentos são elementos que obstam a sua efetiva implementação e operacionalização<sup>55</sup>.

Não fosse isso, a própria ação coordenada das facções é elemento que impõe obstáculos ao bloqueio de redes de celulares no entorno das penitenciárias. Em 2016, segundo a mídia, circularam mensagens e áudios via redes sociais contendo ameaças de rebeliões e ações violentas nas ruas, caso fossem implementados, de fato, mecanismos bloqueadores de sinal em estados como o Ceará e o Rio Grande do Norte<sup>56</sup>.

Ao mesmo tempo em que as penitenciárias podem ser compreendidas como o depósito de gente indesejável da sociedade<sup>57</sup>, para cujos problemas e violências intrínsecas a preocupação social jamais se volta – um estado de ignorância e descaso pelo que lá acontece – parece surgir, a partir desse novo nicho de comunicação inaugurado pela massiva ampliação do acesso às redes sociais e aos aplicativos de comunicação digital instantânea, uma espetacularização da barbárie presente na realidade penitenciária.

---

<sup>55</sup> Em agosto de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou as ADIs 5356, 5327, 5253, 4861 e 3835, decidindo que a competência para legislar sobre o bloqueio do sinal de celulares em presídio é da União e não dos Estados, com isso várias leis estaduais foram declaradas inconstitucionais. Conferir: Somente a União pode legislar sobre bloqueadores de sinal de celular em presídios, decide STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=322213>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

<sup>56</sup> Conforme se verifica das seguintes reportagens: <<http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2016/07/presos-do-rn-ameacam-motins-contrabloqueadores-de-celular-ouca-audios.html>> e <<http://tribunadoceara.uol.com.br/noticias/segurancapublica/bloqueio-de-celulares-em-presidios-do-ceara-deve-ser-anulado-pelo-stf/>>. Acesso em 28 mar. 2017.

<sup>57</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2005. p. 107-109.

A visibilidade que hoje se tem daquilo que acontece dentro dos muros dos presídios não parece estar associada à preocupação com o direito das pessoas privadas de liberdade, mas sim a uma continuidade entre aquilo que acontece aqui fora e lá dentro. A espetacularização e a banalização da violência que parece marcar o mal-estar de nossa sociedade contemporânea.

Essa continuidade é representada pela propagação das fotos e dos vídeos produzidos no espaço prisional – mas não só, como já se disse, uma vez que também se propagam cenas de estupro coletivos, fotos íntimas e vídeos de exames de necropsia – a partir de *smartphones* que não estão restritos ao âmbito prisional.

O aumento da criminalidade ocorre em número e complexidade, tanto no *modus operandi* quanto nos sujeitos e organizações envolvidos, numa lógica explosiva e exponencial, rompendo os paradigmas lineares. A tecnologia, o controle, e a inteligência também passaram a servir ao ilícito, na mesma velocidade temporal.<sup>58</sup>

O lançamento do aplicativo de mídia social em 2009, chamado de *WhatsApp*, tem sido indicado como forma de revolução da comunicação. Dentre as ferramentas desse aplicativo, uma das que o diferenciou dos demais é a possibilidade de constituição de “grupos” nos quais é possível a interação entre seus membros, além de permitir a postagem de vídeos e áudios, ou seja, a reunião de uma rede de contatos que tem a possibilidade de receber simultaneamente mensagens a partir de um sinal de rede. Esse aplicativo de mídia social tem sido reconhecido como uma das ferramentas tecnológicas contemporâneas que revolucionou a comunicação em rede<sup>59</sup>, fato que, na linha do que pondera Lopes Junior

---

<sup>58</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Qualidade do inquérito policial. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de (coord.). *Polícia e Investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 173.

<sup>59</sup> Sobre isso, ver: SOUZA, Juliana Lopes de Almeida; ARAÚJO, Daniel Costa de; PAULA, Diego Alves de. Mídia social WhatsApp: uma análise sobre as interações sociais. *Revista Alterjor*, v. 11, n. 1, p. 131-165, maio 2015. Em especial, a apresentação da metodologia e dados coletados acerca dos usuários da mídia *WhatsApp*: p. 146-155.

não parece deixar de fora os “grupos organizados”, inclusive, para se contrapor a outros de seus adversários.

Essa perspectiva implica a rejeição de uma retórica, bastante mobilizada nos repertórios da mídia contemporânea, nas conversas do dia-a-dia e nas intervenções de governos e organismos internacionais, que cristaliza o crime organizado como um monstro monolítico, como se ele fosse sempre a expressão do oposto daquilo que se realiza nas transações sociais cotidianas. Obviamente, seguir essa senda analítica não significa negar a existência de referentes que autorizem a construção de narrativas focadas no grotesco e no demasiado estranho. Mas, e aí insinuo um pouco da tese que busco defender aqui, quanto mais nos aproximamos dos eventos sociais tidos como representativos do crime organizado, mais nos damos conta da sua banalidade. Uma banalidade da qual, não raro, os próprios atores procuram fugir construindo representações grandiosas de si mesmos e de seu universo.<sup>60</sup>

Do breve percurso pontuado aqui, verifica-se a superação do uso de recursos tradicionais para a prática de delitos, bem como para a organização e a difusão de atos, por facções criminosas. A mutação ocorrida externamente à prisão, quanto ao uso de meios tecnológicos cada vez mais avançados e potentes, também é percebida no interior das prisões.

### **3. AS VICISSITUDES DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NOS CASOS DE REBELIÕES E CHACINAS OCORRIDAS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

A investigação criminal será abordada tanto numa perspectiva político-criminal, acerca da posição das autoridades instituídas em dar atenção aos graves episódios ocorridos nas unidades prisionais, quanto numa perspectiva da dogmática processual penal em face da dificuldade de coleta de provas, considerando todo o cenário já descortinado como também a presença tanto do concurso de crimes quanto do concurso de pessoas.

---

<sup>60</sup> LOPES JUNIOR, Edmílson. As redes sociais do crime organizado: a perspectiva da nova sociologia econômica. p. 54.

A investigação acerca da própria existência das facções, enquanto possível delito de organização criminosa, que pudesse ser enquadrado tipicamente na Lei de Organização Criminosa de 2013 (Lei nº 12.850/2013) é referida apenas de forma marginal, como subsídio da análise central dos crimes de homicídio protagonizados pelas facções.

Também cabe pontuar que a investigação criminal, ainda que seja necessário sempre lembrar dos próprios dilemas de sua natureza jurídica e definição terminológica<sup>61</sup>, quanto aos “seus objetivos, métodos e rotinas tem mudado profundamente ao longo da história”<sup>62</sup> e assim para um campo de observação é imprescindível “compreender o contexto político, social e cultural no qual ela se insere”<sup>63</sup>. Ainda sobre a investigação criminal, em sentido abstrato, vale lembrar que ela ocupa no imaginário popular uma forma de oferta inicial de justiça e sequencial de aprisionamento de culpados, pois “o desejo por segurança, ordem, controle, pela administração de riscos e pelo contingenciamento de chances certamente está presente em qualquer cultura”<sup>64</sup>.

O Brasil apresenta uma série de problemas, sobretudo, em casos emblemáticos que envolvem homicídios e outras violações de direitos humanos, motivo pelo qual há um histórico envolvendo a apresentação de casos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos que reconheceu tais problemas no âmbito internacio-

---

<sup>61</sup> LOPES JUNIOR, Edmilson. As redes sociais do crime organizado: a perspectiva da nova sociologia econômica; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 89-96.

<sup>62</sup> COSTA, Arthur Trindade Maranhão; OLIVEIRA JUNIOR, Almir de. Novos padrões de investigação policial no Brasil. *Sociedade e Estado*. São Paulo, v. 29, n. 85, jun. 2014. p. 147.

<sup>63</sup> COSTA, Arthur Trindade Maranhão; OLIVEIRA JUNIOR, Almir de. Novos padrões de investigação policial no Brasil. p. 147.

<sup>64</sup> GARLAND, David. *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. Para uma compreensão ampla do fenômeno descrito por Garland, envolvendo essa nova atuação do direito penal: GARLAND, David. *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. p. 413-430.

nal<sup>65</sup>. Também, necessário registrar a existência de manifestações da mesma Corte, no tema específico do sistema carcerário, no caso de Urso Branco<sup>66</sup>, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira<sup>67</sup>,

---

<sup>65</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Qualidade do inquérito policial. *Polícia e Investigação no Brasil*. p. 163-170.

<sup>66</sup> CORTE IDH. Resolução da Corte IDH de 18 jun. 02. Medidas Provisórias Solicitadas pela CIDH a respeito da República Federativa do Brasil – Caso Penitenciária Urso Branco, pg. 02. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso\\_se\\_01\\_portugues.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_01_portugues.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2016. CORTE IDH. Resolução da Corte IDH de 18 jun. 02. Medidas Provisórias Solicitadas pela CIDH a respeito da República Federativa do Brasil – Caso Penitenciária Urso Branco, pg. 06. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso\\_se\\_02\\_portugues.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_02_portugues.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2016. CORTE IDH. Resolução da Corte IDH de 29 ago. 02. Estabelece Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil – Caso Penitenciária Urso Branco, pg. 12. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso\\_se\\_02\\_portugues.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_02_portugues.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2016. No caso específico de Urso Branco, vale registrar a existência de uma série de medidas nos anos de 2004, 2005, 2008, 2009 e 2011.

<sup>67</sup> CORTE IDH. Resolução da Corte IDH de 28 jul. 02. Solicitação de Medidas Provisórias apresentadas pela CIDH com respeito ao Brasil – Caso das Pessoas Privadas de Liberdade na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara\\_se\\_01\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_01_por.pdf)> Acesso em: 30 set. 2016. CORTE IDH. Resolução da Corte IDH de 30 set. 06. Solicitação de Medidas Provisórias apresentadas pela CIDH com respeito ao Brasil – Caso das Pessoas Privadas de Liberdade na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara\\_se\\_02\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_02_por.pdf)> Acesso em: 30 set. 2016. CORTE IDH. Resolução da Corte IDH de 10 jun. 08. Solicitação de Medidas Provisórias apresentadas pela CIDH com respeito ao Brasil – Caso das Pessoas Privadas de Liberdade na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara\\_se\\_04\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_04_por.pdf)> Acesso em: 30 set. 2016. CORTE IDH. Resolução da Corte IDH de 25 set. 08. Solicitação de Medidas Provisórias apresentadas pela CIDH com respeito ao Brasil – Caso das Pessoas Privadas de Liberdade na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara\\_se\\_05\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_05_por.pdf)> Acesso em: 30 set. 2016.

Complexo Penitenciário Curado<sup>68</sup>, Pedrinhas<sup>69</sup> e Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho<sup>70</sup>.

Entretanto, a dramática situação do cárcere no país, com violação sistemática de direitos, parece ser difusa.

Corria o ano de 2008. Antes de o Conselho Nacional de Justiça, então sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, debruçar-se sobre o drama do cárcere no Brasil, o Conselho Nacional de Política Criminal fez uma série de relatórios sobre os principais presídios brasileiros. A situação era alarmante. No Espírito Santo, a Casa de Custódia de Viana e os presídios em contêineres motivaram um pedido de intervenção federal naquele Estado. Na visita à Penitenciária Lemos de Brito, logo após ser encontrado um detento com fratura exposta em pleno pátio, sem qualquer esboço de atendimento, o Governo da Bahia dispôs-se a fazer um Termo de Ajustamento de Conduta para sanar as irregularidades ali encontradas. No Recife, a Penitenciária Aníbal Bruno era

---

<sup>68</sup> CORTE IDH. Resolução da Corte IDH de 22 mai. 14. Medidas Provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_01\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_por.pdf)> Acesso em: 30 set. 2016. CORTE IDH. Resolução da Corte IDH de 07 out. 15. Medidas Provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_02\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_02_por.pdf)> Acesso em: 30 set. 2016. CORTE IDH. Resolução da Corte IDH de 18 nov. 15. Medidas Provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_03\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_03_por.pdf)> Acesso em: 30 set. 2016.

<sup>69</sup> CORTE IDH. Resolução da Corte IDH de 14 nov. 14. Medidas Provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas\\_se\\_01\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf)> Acesso em: 30 set. 2016.

<sup>70</sup> CORTE IDH. Resolução da Corte IDH de 13 fev. 17. Medidas Provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_01\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_01_por.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2017. Na mesma data, 13 de fevereiro de 2017, foram reunidas as reclamações relativas a quatro unidades de detenção: CORTE IDH. Resolução da Corte IDH de 13 fev. 17. Medidas Provisórias a respeito do Brasil – Assunto da Unidade de Internação Socioeducativa, do Complexo Penitenciário de Curado, do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, e do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/asuntos\\_unidad\\_se\\_01\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/asuntos_unidad_se_01_por.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2017.

totalmente controlada pelos chaveiros, nomes que alguns presos recebiam por terem as chaves das celas. No encontro com o Governador Eduardo Campos, acordou-se a divisão do presídio, para facilitar sua administração. Em Porto Alegre, o Presídio Central, que fora construído para ser uma referência, estava em petição de miséria, totalmente desfigurado pela superpopulação carcerária e pela inexistência de grades em muitos raios. A Penitenciária de Urso Branco, em Porto Velho, palco do segundo maior massacre de presos depois do Carandiru, vinha sob uma gestão compartilhada (União e Estado de Rondônia) desde a recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Muitos outros presídios preocupavam, quase sempre pela má — ou inexistente — administração, dentre os quais o de Pedrinhas.<sup>71</sup>

A ocorrência de mortes do sistema penitenciário tem indicativo de sobretaxa em relação à população livre. Os dados do próprio órgão gestor do sistema penitenciário (o DEPEN Nacional) informam que o risco de morrer (de forma violenta, excluindo doenças e agravos de saúde) para quem está no sistema prisional é seis vezes maior em comparação com quem está em liberdade<sup>72</sup>.

De forma geral, não obstante a taxa de homicídios na população em geral ser bastante elevada no Brasil, colocando o país nos primeiros lugares, em recortes muito dramáticos, como o das mortes de crianças e adolescentes<sup>73</sup>, a investigação dos homicídios tem demonstrado uma taxa de esclarecimento absolutamente baixa.

O índice de elucidação dos crimes de homicídio é baixíssimo no Brasil. Estima-se, em pesquisas realizadas, inclusive a realizada pela Associação Brasileira de Criminalística, 2011, que varie entre 5% e 8%. Este percentual é de 65% nos Estados Unidos, no Reino Unido é de 90% e na França é de 80%.

---

<sup>71</sup> CEGUEIRA deliberada estatal. Editorial. *Boletim IBCCRIM*.

<sup>72</sup> Cf. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias Infopen*: dezembro de 2014. Brasília: Infopen, 2016. p. 51-54. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2017.

<sup>73</sup> WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2012 – Crianças e adolescentes do Brasil*. FLACSO Brasil. p. 60. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012\\_Crianças\\_e\\_Adolescentes.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_Crianças_e_Adolescentes.pdf)>.

...

Nos inquéritos de homicídio, a média nacional de denúncias está entre 5% a 8%, enquanto nos inquéritos finalizados da Meta 2, a média é de 19%.<sup>74</sup>

A partir desses dados seria necessário ponderar a seletividade policial na investigação de homicídios que se inicia a partir da atuação no inquérito policial<sup>75</sup>, descortinado o cenário de evidente seletividade das investigações, dada a impossibilidade de cobrir todo o cômputo de delitos.

Em que pese, normalmente, os estudos – em especial da criminologia crítica – estejam associados a uma análise da seletividade penal a partir de critérios do autor<sup>76</sup>, aqui o que se revela é uma espécie de seletividade penal negativa a partir da condição da vítima. Ou seja, a inexistência de uma percuciente e dedicada investigação criminal nos casos de ocorrências da letalidade externa ao cárcere de pessoas envolvidas com o tráfico de drogas<sup>77</sup> assume contornos ainda mais dramáticos e de maior evidência diante de mortes envolvendo essas mesmas pessoas enquanto presas, particularmente quando os assassinatos decorrem da disputa de poder entre facções.

Talvez se pudesse afirmar que a cifra oculta em casos tais é a hipérbole da expressão “bandido bom é bandido morto”, especialmente quanto for “por outro bandido”. Em termos mais claros, a questão que se apresenta é: qual o interesse em investigar a ocorrência das mortes nas circunstâncias concretas indicadas nesse texto.

---

<sup>74</sup> Relatório Nacional da Execução da Meta 2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2012. p. 22 e 43. Disponível em: <[http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_enasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf)>.

<sup>75</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquent e a Sociedade Criminógena*. 2ª. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 444.

<sup>76</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo; et. al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 46-51.

<sup>77</sup> O desprezo a essas mortes está retratado em: ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

### 3.1. UMA NOTA DE NATUREZA POLÍTICO-CRIMINAL SOBRE AS INVESTIGAÇÕES DAS CHACINAS DE 2017

Numa busca aberta na rede mundial de computadores sobre a investigação criminal a respeito das chacinas (suas causas, seus protagonistas, etc.), as primeiras notícias retornam indicando a exigência da ONU em promover tal medida<sup>78</sup>, mas, acerca das posições das autoridades públicas, as notícias são muito esparsas. Tais notícias, não raro remetem ao expediente tradicional da coleta de depoimentos de agentes penitenciários e de outros presos, cujas possibilidades de testemunho precisam ser compreendidas pela limitação da permanência no próprio presídio, além de prova de fidelidade e reações de vingança, e tantos outros entraves.

Diante desse fato, o diplomata Paulo Sérgio Pinheiro, reconhecido por sua pesquisa e produção na área de direitos humanos, atualmente vinculado à comissão independente da ONU para apurar as violações de direitos humanos na Síria, afirmou, em entrevista concedida à Deutsche Welle Brasil, que:

[...] não interessa ao atual governo, aos empresários e parlamentares comprados por organizações criminosas mudar essa situação. (...) O que acontece nas prisões é só a ponta do iceberg do tráfico de drogas, da lavagem de dinheiro e da impunidade generalizada em relação às organizações criminosas”.

...

Em muitos estados, as facções fizeram acordos com o governo nas eleições e, depois, para impor a paz dentro dos presídios. Houve um acordo não escrito com esse circuito criminoso. Hoje, o temor do governo é que, como já está acontecendo, apareçam mais revoltas em outros estados.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Ao digitar as expressões “investigação chacina presídios 2017” no buscador Google as primeiras notícias que retornam indicando a exigência de investigação têm uma chamada bastante parecida: *Onu pede investigação imediata sobre presídio de Manaus*. Acesso das notícias em: 09 Abr. 2017.

<sup>79</sup> *Entrevista Paulo Sérgio Pinheiro*. Chacinas evidenciam conluio do Estado com facções. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/chacinas-evidenciam-conluio-do-estado-com-faccoes>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

A posição do governo federal sobre os fatos contribuiu para uma série de críticas, desde a fala do Presidente da República de que o ocorrido foi um “acidente”<sup>80</sup>, passando pela polêmica manifestação do, à época, Secretário da Juventude, de que era ‘preciso uma chacina por semana’<sup>81</sup>, até a criação de uma comissão especial, para tratar do sistema prisional. Importa registrar que a composição oficial do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária foi aumentada em mais oito vagas de nomeação exclusiva, seguida pela elaboração de um Plano de segurança pública, por parte do então Ministro da Justiça Alexandre de Moraes, que culminou na renúncia coletiva de diversos membros do colegiado oficial<sup>82</sup>.

### 3.2. O RECURSO AOS MEIOS TRADICIONAIS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A abertura da investigação criminal no campus de análise desse texto parece encontrar, de início, um óbice de natureza temporal, dado que a comunicação da ocorrência dos delitos de homicídio, como no caso de 2017, em particular, é acompanhada da permanência de um motim instalado. Esse fato impede o acesso das autoridades públicas, seja para conter as violências que seguem sendo perpetradas, como para a realização de diligências de investigação, tais como a análise do local de crime e até mesmo para conseguir retirar os corpos e encaminhar para a perícia médico-legal<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> *Temer afirma que chacina no presídio de Manaus foi ‘acidente pavoroso’*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/temer-afirma-que-chacina-no-presidio-de-manau-foi-acidente-pavoroso.ghtml>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

<sup>81</sup> *Secretário da Juventude de Temer diz que “tinha era que matar mais” nos presídios*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/secretario-da-juventude-de-temer-diz-que-tinha-era-que-matar-mais-nos-presidios.ghtml>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

<sup>82</sup> *Cúpula do Conselho Nacional de Política Penitenciária renuncia*. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,cupula-do-conselho-nacional-de-politica-penitenciaria-renuncia-em-retaliacao-ao-ministro-da-justica,70001641216>>. Acesso em: 09 Abr. 2017.

<sup>83</sup> Sobre a situação, em particular, dos corpos no Complexo Anísio Jobim, vide o relato de Luís Carlos Valois: Espólio de medo, terror e desesperança. *Boletim IBCCRIM*.

Nesse primeiro ponto, portanto, diversos elementos imprescindíveis para a investigação criminal começam a se dispersar comprometendo sua posterior eficácia, aqui compreendida como a de propiciar elementos de autoria e prova da materialidade. O *starter* da investigação criminal aqui já se coloca como prejudicado e pode pré-anunciar um resultado que compromete a um só tempo o índice de esclarecimento para fins processuais e a função simbólica de restabelecimento da paz abalada pelo crime<sup>84</sup>.

A ausência de um modelo ideal de investigação criminal, a volatilidade de seu *glamour*<sup>85</sup> e a precariedade das condições do aparato policial, além da particular situação delineada, têm remetido episódios como esse ao marco tradicional da prova oral, com uma recursividade aos informantes e às testemunhas.

Num caso como o que está em análise é comum a utilização de informações obtidas junto aos agentes penitenciários e aos presos da unidade prisional tanto pelas autoridades penitenciárias quanto policiais. Os informantes, entretanto, ainda que sejam importantes para a investigação criminal não dispõem de uma regulamentação formal no Brasil, como também em diversos países.

Tal hiato contribui para uma série de críticas acerca das informações obtidas com essas pessoas, seja pela ausência de contraditório e ampla defesa, mas especialmente porque num caso como esse (o de briga de facções) pode existir – no que concerne em particular aos detentos – um favorecimento para um lado, com a concentração de informações sobre os rivais. Além das dificuldades sobre a veracidade da informação prestada e os favores que podem ser negociados para a prestação dessas informações.<sup>86</sup> Cumpre lembrar que a própria Lei de Execução Penal admite a concessão de benesses, sem regulamentar, contudo, a forma e o motivo de tal, no qual podem ser cogitadas desde

---

<sup>84</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. p. 103-107.

<sup>85</sup> COSTA, Arthur Trindade Maranhão; OLIVEIRA JUNIOR, Almir de. Novos padrões de investigação policial no Brasil. *Sociedade e Estado*. p. 148-150.

<sup>86</sup> FONDEVILA, Gustavo Javier. Gestión y administración del sistema de informantes policiales en México. *Sociológica (Méx.)*, México, v. 25, n. 72, p. 111-137, abr. 2010.

autorização para visita em dia não regulamentar até o perdão de faltas graves, mas podendo alcançar benesses que caracterizam delitos, como o uso de substância entorpecente no âmbito prisional.

Na mesma linha de uma investigação criminal com recursos tradicionais, aparece a questão da prova testemunhal<sup>87</sup>. Dentre várias questões que poderiam ser delineadas, como a precariedade do programa de proteção às testemunhas, verifica-se que a imposição do medo e do pavor pelas facções a partir dos próprios atos praticados – retomando o que já fora ponderado sobre a imposição de uma disciplina e a pretensão de hegemonia – tem como maior óbice à coleta de prova oral, com a inquirição das testemunhas. Fato recorrente quando se trata de casos que envolvem o crime organizado, em sentido mais amplo.<sup>88</sup>

É essencial para a sobrevivência da organização criminosa que ela impeça a descoberta dos crimes que pratica e dos membros que a compõem, principalmente dos seus líderes. Por isso ela atua de modo a evitar o encontro de fontes de prova de seus crimes: faz com que desapareçam os instrumentos utilizados para cometê-los e com que prevaleça a lei do silêncio entre os seus componentes; intimida testemunhas; rastreia por meio de tecnologias avançadas os locais onde se reúnem os seus membros para evitar interceptações ambientais; usa telefones e celulares de modo a dificultar a interceptação, preferindo conversar por meio de dialetos ou línguas menos conhecidas.<sup>89</sup>

No particular cenário das chacinas (mesmo das rebeliões), verifica-se que a colocação dos mais modernos (ainda que polêmicos)

<sup>87</sup> Ainda que a doutrina pondere de que se poderia falar de prova testemunhal, somente quando produzida em juízo, aqui se está a ponderar, em sentido mais amplo, para identificar possíveis testemunhas que pudessem vir a figurar numa eventual denúncia. Sobre a prova testemunhal como a que de fato somente colhida perante o juízo, bem como seu conceito, características e classificações, conferir: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 468-470.

<sup>88</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. p. 56-57.

<sup>89</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 16, n. 70, jan./fev. 2008. p. 245.

meios de investigação sobre as organizações criminosas, mesmo em sua previsão ainda tímida da Lei 9.034/95, quanto da Lei 12.850/2013, parece deixar completamente de lado, inclusive, no uso do meio de prova mais recorrentemente comentado que é o da colaboração premiada<sup>90</sup>.

### 3.3. O RECURSO AOS NOVOS MEIOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Um dos pontos que pode ser indicado, no intuito de aprimorar a investigação criminal, é a superação do uso de metodologias arcaicas tendo em conta especialmente as novas realidades inseridas no paradigma tecnológico, particularmente na seara investigativa criminal<sup>91</sup>.

Não se podendo relevar o fato de que há uma considerável diferença entre uma concepção ideal de investigação e seu campo real de possibilidades, considerando a precariedade do cenário, que vai desde o armazenamento sobre dados gerais de investigação criminal no Brasil, quanto do próprio acesso a esses dados por meio de pesquisas sobre o seu *modus operandi* e o crime praticado, sendo – não raro – pouco confiáveis e raramente sistematizados<sup>92</sup>.

Tendo como premissa que as chacinas foram deflagradas, registradas e divulgadas por meio de celulares e smartphones – ainda que a fonte dessa informação seja a grande mídia, nos casos de 2013 e 2017 – a discussão sobre a utilização de seu conteúdo na investigação criminal ganha especial consideração. Assim, a questão sobre acessar o conteúdo dos dispositivos móveis apreendidos e os dados nele armazenados torna-se central.

Verifica-se que, se de um lado, as autoridades policiais – nas corriqueiras (embora não menos polêmicas) abordagens de rua – sob o pretexto de coibir o tráfico de drogas – devassam celulares sem auto-

---

<sup>90</sup> Pela amplitude das análises, inclusive, com trabalhos de direito comparado, consultar: MENDES, Soraia da Rosa. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. v. 03, n. 01, p. 31-38, jan./abr. 2017.

<sup>91</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Qualidade do inquérito policial. *Polícia e Investigação no Brasil*. p. 173.

<sup>92</sup> COSTA, Arthur Trindade Maranhão; OLIVEIRA JUNIOR, Almir de. Novos padrões de investigação policial no Brasil. *Sociedade e Estado*. p. 148.

rização judicial, nos episódios acima, estando de posse de tais celulares poderia lançar mão de medidas legais e judiciais, para a coleta de elementos de prova sobre os fatos.

O julgamento do RHC 51.531-RO<sup>93</sup>, que ficou conhecido como paradigmático, em face da posição do Superior Tribunal de Justiça, afirmou que a busca pessoal de que resulte a apreensão de celular não dispensa a autorização judicial para o acesso de dados<sup>94</sup>.

No caso da investigação sobre as chacinas parece que a autoridade incumbida da investigação alcançaria – pela absoluta gravidade dos fatos com a morte de mais de 100 pessoas – a necessária decisão judicial para acessar os dados armazenados nos aparelhos apreendidos, especialmente às mídias produzidas, como fotos e vídeos, além das conversas por meio do *WhatsApp*, a fim de promover a apuração do ocorrido.

Não fosse o fato de que, segundo diversas fotografias divulgadas na internet, mesmo antes do episódio e até mesmo depois deles, internos aparecem fazendo uso constante e ostensivo de aparelhos celulares, que poderiam motivar inclusive decisões judiciais de interceptação telefônica.

Nesse ponto, parece se instalar um dos maiores dilemas propiciados pelo apelo à criminalização dos fatos praticados por organizações criminosas que é a necessidade de apuração de um lado e de outro a necessária e imprescindível observância dos direitos e garantias fundamentais do investigado<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> STJ. 6ª. Turma. Rel. Min. Néli Cordeiro. RHC 51.531-RO. Penal. Processual Penal. Recurso Ordinário Em *Habeas Corpus*. Tráfico de Drogas. Nulidade da Prova. Ausência de Autorização Judicial para a Perícia no Celular. Constrangimento Ilegal Evidenciado. 1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de *whatsapp*, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. 2. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos. (unânime, j. 19.04.2016).

<sup>94</sup> ROSA, Alexandre Morais da; MARIEL, Danielle. *O celular do preso em flagrante pode ser vasculhado? O caso do matador incauto e o STF*. Em igual sentido: GARCIA, Rafael de Deus. *Acesso a dados em celular exige autorização judicial*.

<sup>95</sup> Nesse sentido são as observações de Diogo Malan, ainda que tratando das organizações criminosas no espectro econômico-financeiro: MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação criminal e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 2, p. 214-215, 2016.

De todo modo, o aparato tecnológico colocado à disposição das autoridades investigativas exigiria outras providências, tais como a triangulação de sinais de rede, o cotejo entre conversas registradas em distintos dispositivos, bem como a compreensão do *start* de mensagens por meio de aplicativos, além da divulgação dos vídeos entre grupos e na rede.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização de novas tecnologias de comunicação por parte da sociedade contemporânea apresenta-se, inclusive, no âmbito das prisões, com uma série de propósitos e finalidades até mesmo similares, além do compartilhamento de informações e dados entre o interior e o exterior das prisões.

A interação das ambiências externa e interna por meio das novas tecnologias, com especial referência à utilização de *smartphones* e mídias e redes sociais serve, também, a propósitos ilegais. Ainda que exista a proibição do ingresso de dispositivos móveis no sistema carcerário, a sua presença e utilização deixa marcas evidentes do fracasso da medida legal proibitiva.

A gestão paralela e não oficial das prisões pelas facções relacionadas diretamente com o comércio de drogas e os delitos correlatos vez ou outra refluí externamente, por meio de atos cruéis e violentos. As mazelas do sistema oficial demonstram o esfacelamento completo das justificativas teóricas da dogmática e da político-criminal sobre os fins da pena e as funções do direito penal, como também a falência do proibicionismo do comércio de drogas.

As mortes e as lesões corporais, que trazem consigo a investida de forma bárbara e cruel, cometidas por agentes públicos ou pelas próprias pessoas privadas de liberdade parecem restar absorvidas como “danos colaterais”, mas não como sintoma de questões bem mais profundas sobre a gestão prisional.

A letargia em série histórica – com a ausência de investigação, sua frágil realização ou mesmo sua ocorrência tardia – permite a conclusão de que a chamada guerra às drogas e o combate ao crime organizado tem uma seletividade inata. Seletividade essa que segue orientada

à persecução penal do “traficante da ponta”, aquele que está ali na rua e no comércio varejista de baixa potência, suscetível à prisão em flagrante e a apreensão e devassa não autorizada de seu celular. Seu ingresso nos presídios viabiliza o acesso à hiperestrutura do sistema, que o insere rapidamente num outro nível de criminalidade e de violência, ainda que mais letal e cruel, propiciada pela própria prisão.

Associada às questões de ordem político-criminal, no tema em análise, emergem problemas de ordem metodológica e científica na investigação criminal, além da carência de especialização das polícias para lidar com esse grupo de casos e da precariedade dos meios de investigação colocados à disposição das autoridades. Esses fatos são potencializados quando se está diante de casos que envolvem concurso de crimes e de pessoas quando se evidenciam as dificuldades de controle da deflagração e contenção dos crimes que acontecem em série e de forma continuada prejudicando, ou até mesmo inviabilizando, a investigação criminal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 07-29, dez. 2007. <https://doi.org/10.1590/s0103-40142007000300002>
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BATISTA, Vera Malaguti. O medo e o método. Instituto Carioca de Criminologia. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, ano 5, n. 9 e 10, p. 187-195, 1º e 2º semestres, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2005.
- BIRMAN, Joel. *O sujeito na contemporaneidade: espaço, dor e desalento na atualidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias Infopen*: dezembro de 2014. Brasília: Infopen, 2016. p.

51-54. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2017.

CALDEIRA, Cesar. A política do cárcere duro: Bangu 1. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 87-102, mar. 2004.

CEGUEIRA deliberada estatal. Editorial. *Boletim IBCCRIM*, n. 255, fev. 2014.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; OLIVEIRA JUNIOR, Almir de. Novos padrões de investigação policial no Brasil. *Sociedade e Estado*. São Paulo, v. 29, n. 85, p. 113-127, jun. 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69922016000100008>

DIAS, Camila Caldeira Nunes. A disciplina do PCC: a importância do (auto) controle na sociabilidade prisional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 86, p. 393-414, set./out. 2010.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. *Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista*. 386 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. <https://doi.org/10.11606/t.8.2011.tde-13062012-164151>

DIAS, Camila Caldeira Nunes. Disciplina Controle Social e Punição: O entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, n. 85, p. 113-127, jun. 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092014000200008>

DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 16, n. 71, p. 11-30, mar./abr. 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 16, n. 70, p. 229-268, jan./fev. 2008.

FONDEVILA, Gustavo Javier. Gestión y administración del sistema de informantes policiales en México. *Sociológica (Méx.)*, México, v. 25, n. 72, p. 111-137, abr. 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhe. 30ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GARCIA, Rafael de Deus. *Acesso a dados em celular exige autorização judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-06/rafael-garcia-acesso-dados-celular-exige-autorizacao-judicial>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

GARLAND, David. *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. Qualidade do inquérito policial. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de (coord.). *Polícia e Investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 153-181.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.

HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

LOPES JÚNIOR, Edmilson. As redes sociais do crime organizado: a perspectiva da nova sociologia econômica. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 24, n. 69, p. 53-68, fev. 2009. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092009000100004>

LOURENÇO, Luiz Claudio; ALMEIDA, Odilza Lines de. “Quem mantém a ordem, quem cria desordem”: gangues prisionais na Bahia. *Tempo social – Revista de Sociologia da USP*. São Paulo, v. 25, n. 1, p. 37-59, jun. 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702013000100003>

MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 213 - 238, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.22>

MANSO, Bruno Paes. A Guerra: Como o PCC deflagrou uma crise nas prisões brasileiras ao tentar ganhar poder fora de São Paulo. *Revista Piauí*, n. 125, p. 24-30, fev. 2017.

MENDES, Soraia R. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 31-38, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.56>

MESQUITA NETO, Paulo de; SALLA, Fernando. Uma análise da crise de Segurança Pública de maio de 2006. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, v. 15, n. 68, p. 309-351, set./ out. 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

NEDER, Gizlene. Cultura, poder e violência. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 17-30, mar. 2009. <https://doi.org/10.1590/S1415-47142009000100002>

PASTANA, Débora. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 17, n. 77, p. 313-330, mar./abr. 2009.

PPPs e terceirizações nos presídios: a indústria do sofrimento e da punição. Editorial. *Boletim IBCCRIM*, n. 279, fev. 2016.

RELATÓRIO Nacional da Execução da Meta 2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2012. p. 22 e 43. Disponível em: <[http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_ensap\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_ensap_FINAL.pdf)>. Acesso em: 08 mai. 2017.

ROSA, Alexandre Morais da; MARIEL, Danielle. *O celular do preso em flagrante pode ser vasculhado? O caso do matador incauto e o STF*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-celular-do-preso-em-flagrante-pode-ser-vasculhado-o-caso-do-matador-incauto-e-o-stf-por-alexandre-morais-da-rosa-e-danielle-mariel-heil/>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

RUDNICKI, Dani; SOUZA, Mônica Franco de. Em busca de uma política pública para os presídios brasileiros. As CPIS do sistema penitenciário de 1976 e 1993. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 47, n. 186, p. 107-115, abr./ jun. 2010.

SALLA, Fernando. As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 16, p. 274-307, dez. 2006.

SOUZA, Juliana Lopes de Almeida; ARAÚJO, Daniel Costa de; PAULA, Diego Alves de. Mídia social WhatsApp: uma análise sobre as interações sociais. *Revista Alterjor*, v. 11, n. 1, p. 131-165, maio 2015.

VALOIS, Luís Carlos. Espólio de medo, terror e desesperança. *Boletim IBCCRIM*, n. 291, fev. 2017.

WASELFIŠZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2012 – Crianças e adolescentes do Brasil*. FLACSO Brasil. Disponível em: < [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012\\_Crianças\\_e\\_Adolescentes.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_Crianças_e_Adolescentes.pdf)>. Acesso em: 10 mai. 2017.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo; et. al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

## FILMES. DOCUMENTÁRIOS.

Quase dois irmãos. Direção e produção Lúcia Murat. Brasil. 2004. Drama. DVD (102 min). Colorido.

Salve Geral. Direção Sérgio Rezende e Patrícia Andrade. Produção Joaquim Vaz de Carvalho. Brasil. 2009. Drama/Policial. DVD (119 min). Colorido.

Tropa de Elite: missão dada é missão cumprida. Direção José Padilha. Produção Marcos Prado e José Padilha. Coprodução Eliana Soarez e James Darcy. Brasil. 2007. Ação. DVD (116 min.). Colorido.

Tropa de Elite 2: o inimigo agora é outro. Direção José Padilha. Produção Marcos Prado e José Padilha. Coprodução Wagner Moura e Bráulio Mantovani. Brasil. 2010. Ação. *Blu-ray Disc* (115 min.). Colorido.

---

### DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 09/04/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 10/04/2017
- Avaliação 1: 18/04/2017
- Avaliação 2: 22/04/2017
- Avaliação 3: 24/04/2017
- Avaliação 4: 24/04/2017
- Decisão editorial preliminar: 25/04/2017
- Retorno rodada de correções 1: 15/05/2017
- Decisão editorial 2: 17/05/2017
- Retorno rodada de correções 2: 17/05/2017
- Decisão editorial final: 18/05/2017

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (MMGV)
- Revisores: 4

---

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SÁ, Priscilla Placha. Questões político-criminais e processuais penais sobre a investigação criminal de chacinas protagonizadas por facções criminais nos presídios brasileiros. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 567-604, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.74>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

# O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia<sup>1</sup>

*The protagonism of information technology systems in telephone interception: the importance of the chain of custody*

## **Antonio Eduardo Ramires Santoro<sup>2</sup>**

Professor Universidade Federal do Rio de Janeiro, IBMEC/RJ e Universidade Católica de Petrópolis – Rio de Janeiro/RJ. Doutor pela UFRJ  
antoniosantoro@antoniosantoro.com.br  
 lattes.cnpq.br/9190879263950156 |  orcid.org/0000-0003-4485-844X

## **Natália Lucero Frias Tavares<sup>3</sup>**

Mestranda em Direito na Universidade Católica de Petrópolis – Petrópolis/RJ. Bolsista CAPES.  
natalialuceroadv@gmail.com  
 lattes.cnpq.br/0410822851348833 |  orcid.org/0000-0002-0153-1298

## **Jefferson de Carvalho Gomes<sup>4</sup>**

Mestrando em Direito na Universidade Católica de Petrópolis – Petrópolis/RJ  
jefferson.gomes@me.com  
 lattes.cnpq.br/6557505957098162 |  orcid.org/0000-0003-0491-0397

- 
- <sup>1</sup> Versão revista e ampliada, com a introdução de pesquisa empírica, de trabalho publicado nos Anais do I Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Barcelona – 2014. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/01/NOVO-Miolo-CONPEDI-vol-15-em-moldes-gráficos-1-1.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2017.
  - <sup>2</sup> Professor Titular de Direito Processual Penal do IBMEC/RJ. Professor Adjunto de Direito Processual Penal e Prática Penal da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ. Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade Católica de Petrópolis - UCP. Coordenador do Grupo de Pesquisa “O Sistema Penal sob Olhar Crítico” da UFRJ/UCP. Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza - Argentina. Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidad de Granada - Espanha. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra - Portugal. Especialista em Direito da Economia pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pela UERJ. Licenciando em História pela UNIRIO. Advogado criminalista.
  - <sup>3</sup> Mestranda em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Bolsista CAPES. Pós-graduada em Direito e Processo Penal e Criminologia pela Universidade Cândido Mendes (2014) e graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2011). Advogada criminalista e pesquisadora do Grupo de Pesquisa “O Sistema Penal sob Olhar Crítico” da UFRJ/UCP.
  - <sup>4</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Especialista em Criminologia, Direito e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA).

---

**RESUMO:** As mudanças tecnológicas levaram ao processo penal novas formas de obtenção de informações, dentre elas, a interceptação das comunicações telefônicas. A Lei nº 9.296/96 introduziu, nesse subsistema probatório, novos atores, que não existiam no sistema penal tradicional, os quais interferem diretamente na produção da informação valorável pelo julgador. A lei é silente quanto à forma de execução da medida, bem como do rastreamento da informação, relegando tal tarefa às empresas de tecnologia da informação. Temendo os riscos associados a uma possível produção de evidências defeituosas, o presente trabalho versa sobre a importância da cadeia de custódia como garantia de rastreabilidade e fiabilidade. Com o intuito de conhecer o rito para obtenção da informação por meio da interceptação telefônica e da constatação a respeito de sua idoneidade, aliou-se um estudo teórico-bibliográfico à análise dos dados sobre esse meio de obtenção de prova fornecidos pelo CNJ, seguida de análise dos sistemas de tecnologia da informação desenvolvidos para execução da medida de interceptação das comunicações.

**PALAVRAS-CHAVE:** interceptação das comunicações; meios de obtenção de prova atípicos; sistemas de tecnologia da informação; cadeia de custódia; sistemas guardião e vigia.

**ABSTRACT:** *Due to technological advances, new means of obtaining information have been brought up to the field of criminal procedure, among them, the interception of telephone communication. Law 9.296/96 has introduced new actors on to the probative subsystem that play a direct part on the production/gathering of information that may be taken in consideration by the judge. The inexistence of proper procedural regulation that delimitates the manner in which such investigation must be carried out, the defense finds grave difficulty to try and trace the source of the proof. Fearing the risks associated with the production of defective evidence, the present study focuses on the importance of the chain of custody as a mean to track and assure the reliability of set information. With the purpose of knowing the rite to obtain the data through telephone interception and the verifying its credibility, a theoretical-bibliographic study was carried out and combined with an analysis of the statistics on means of investigation of proof provided by the CNJ and, finally, followed by an analysis of the technology systems developed to carry out the interception of communications measure.*

**KEYWORDS:** *telephone interception; atypical means of obtaining evidence; IT companies; chain of custody; surveillance system.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Terminologias da prova: interceptação telefônica como meio de obtenção de prova atípico; 2. A inter-

venção do CNJ na regulação, controle e elaboração de estatísticas a respeito do sobreuso da interceptação telefônica no Brasil: onde está a cadeia de custódia?; 3. Sistemas de Tecnologia da Informação (TI) que captam e armazenam os dados colhidos dos monitoramentos das comunicações; 3.1. Identificação dos Sistemas de recepção e armazenamento de dados; 3.2. A operação da interceptação; 3.3. Funcionamento e algumas funcionalidades dos Sistemas de recepção e armazenamento de dados; Considerações Finais; Referências

---

## INTRODUÇÃO

O processo penal vem sofrendo mudanças práticas nos métodos de obtenção de informações, sobretudo com a introdução de novas tecnologias, que vulneram os direitos fundamentais. Inobstante este trabalho tenha por referência o processo penal brasileiro, não são poucos os autores estrangeiros que apontam essa tendência de utilização de métodos não tradicionais para formação do conhecimento sobre os fatos na Espanha<sup>5</sup>, Alemanha<sup>6</sup>, Itália<sup>7</sup>, Portugal<sup>8</sup>, Argentina<sup>9</sup>, entre outros.

---

<sup>5</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. Ainda do mesmo autor: *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007; ABEL LLUCH, Xavier e RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Estudios sobre prueba penal volumen III: Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: diligencias de instrucción, entrada y registro, intervención de comunicaciones, valoración y revisión de la prueba en vía de recurso*. Madri: La Ley Actualidad, 2013; BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. Mais especificamente sobre as investigações genéticas como meio de prova: GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*. Obras completas. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

<sup>7</sup> CONTI, Carlotta; TONINI, Paolo. *Il diritto delle prove penali*. Milão: Giuffrè, 2012.

<sup>8</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as Proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006; AGUILAR, Francisco. *Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefônicas*. Coimbra: Almedina, 2004; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas Telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>9</sup> HENDLER, Edmundo S. *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004; PASTOR, Daniel

Há hoje mais aparelhos celulares que habitantes no Brasil e os dados do Conselho Nacional de Justiça indicam que em média há autorização judicial de monitoramento de mais de vinte mil linhas telefônicas por mês<sup>10</sup>, o que pode dar ideia da profusão da utilização da interceptação telefônica como método de coleta de elementos cognitivos.

Não se pode olvidar que no sistema de valoração de provas adotado pela Lei nº 11.690/2008, que alterou o Código de Processo Penal, esse meio de investigação de prova inverte a lógica do sistema acusatório, entre outros, por dois motivos.

Em primeiro lugar, apesar da regra geral segundo a qual o juiz não pode fundamentar a sentença exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, há uma ressalva para a possibilidade de justificar uma eventual condenação apenas nas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, dentre as quais está a interceptação telefônica<sup>11</sup>. Essa previsão vulnera, na prática, o direito fundamental ao contraditório, uma vez que a informação é produzida e submetida à valoração judicial sem a influência da defesa que, no máximo, exerce um contraditório diferido ou *a posteriori*, o que de fato não se pode chamar de contraditório.

Em segundo lugar, as regras de determinação da competência no Brasil implicam em que o juiz que tenha deferido o pedido de interceptação telefônica ou determinado sua realização de ofício (o que é estarrecedoramente possível de acordo com o art. 3º da Lei nº 9.296/96) será competente para a ação principal. Aliás, a rigor, o que o art. 1º da Lei nº 9.296/96 diz é precisamente que o juiz competente para a ação principal será competente para deferir ou determinar a medida de interceptação telefônica. Isso, no mínimo, coloca a imparcialidade do juiz em situação constrangedora. Essa regra brasileira da prevenção como

---

(Diretor); GUZMÁN, Nicolás (coordenador). *Neopunitivismo y neoinquisición: un análisis de políticas e prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

<sup>10</sup> Esse dado será exposto em seguida no decorrer do trabalho.

<sup>11</sup> SCHREIBER, Simone. Algumas reflexões sobre a medida cautelar de interceptação telefônica, vinte anos depois. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MIRZA, Flávio (orgs.) *Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 445-463.

determinadora da competência<sup>12</sup> implica na exposição do juiz aos elementos cognitivos que possibilitam a formação da convicção e antecipam na consciência do julgador a decisão a ser tomada, de tal sorte que novos conjuntos de elementos cognitivos acabam por se submeter a procedimentos psicológicos de afastamento ou redução da dissonância cognitiva com a prevalência dos elementos conhecidos previamente<sup>13</sup>.

Isso implica na constatação de que medidas cautelares probatórias afetam diretamente direitos fundamentais do cidadão, pois impedem o exercício completo do direito ao contraditório e, em razão de regras de determinação da competência, comprometem a imparcialidade pela submissão do juiz ao conhecimento de elementos cognitivos prévios e unilaterais. Desta forma, face à profusão das referidas medidas, faz-se necessário questionar até que ponto as decisões penais provenientes de tais circunstâncias são legítimas.

Para Luigi Ferrajoli, tanto do ponto de vista epistemológico, como político ou jurídico, o que se exige é “que a legitimidade das decisões penais se condicione à verdade empírica de suas motivações”<sup>14</sup>. Não se pode ignorar que seja possível, mesmo nessas circunstâncias, ou seja, diante da formação da convicção judicial a partir de dados colhidos sem passar pelo filtro do contraditório, admitir que exista alguma compatibilidade empírica da decisão com os dados. O problema está exatamente na idoneidade dos dados.

---

<sup>12</sup> MAYA, André Machado. A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos e da corte constitucional da Espanha. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, realizado em Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 4289-4308.

<sup>13</sup> Nesse sentido vale a leitura de: FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1975. Sobre a influência que os elementos cognitivos da investigação exercem sobre a formação da convicção judicial: SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Tradução Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 70.

Nesse contexto, o juiz estaria julgando com base empírica nas evidências, no sentido que é atribuído a este termo por Rui Cunha Martins<sup>15</sup>, que se lhe apresentam à consciência, mas não com base na prova colhida de acordo com a formalidade que impõe o processo penal, incluindo todo regramento necessário para que estes dados adquiram democraticidade e, portanto, possam efetivamente condicionar a decisão penal condenatória.

O processo, segundo Michele Taruffo, sob uma perspectiva metodológica, pode ser analisado pela sua dimensão epistêmica “como um ‘modelo epistemológico’ do conhecimento dos fatos com base nas provas”<sup>16</sup>. E ressalta:

Em todo e qualquer procedimento de caráter epistêmico tem importância decisiva o método, ou seja, o conjunto das modalidades com que são selecionadas, controladas e utilizadas as informações que servem para demonstrar a veracidade das conclusões. No âmbito do processo isso equivale a fazer referência sobretudo às regras que disciplinam a produção das provas e sua utilização, ou seja, ao “direito das provas” e à equivalente noção anglo-americana da *law of evidence*.<sup>17</sup>

Portanto, resta claro que o processo penal se legitima pela busca do conhecimento da verdade com base nas provas<sup>18</sup>. Certo de que os fatos estão no passado, as provas nada mais são do que signos transmitidos, são materiais semióticos que representam a única via de acesso ao conhecimento<sup>19</sup> e que, como em todo procedimento de caráter epistêmico, devem ser obtidas com estrita observância do método de produção e utilização.

<sup>15</sup> MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 159-186.

<sup>16</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 160.

<sup>17</sup> *Ibid*, p. 164.

<sup>18</sup> Sobre o tema verdade, ver: KHALED JR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, p. 166-184, 2015.

<sup>19</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p 49.

Ignorar a dimensão epistêmica do processo pode gerar distorções insanáveis.

O que caracteriza o meio de prova ou do meio de obtenção de prova é seu procedimento, não seu resultado. O rito probatório caracterizador do meio vai desde o requerimento de produção, passando pela sua admissão e produção, até sua valoração. O completo ritual de obtenção da prova confere natureza a ela.

A elaborada ritualística da prova não está na lei processual para satisfazer caprichos ou tornar o processo um complexo emaranhado de atos enfadonhos. Cada regra de produção probatória cumpre uma função de garantia e deve ser respeitada.

Os problemas que se propõem nesse contexto são: há um procedimento para obtenção da informação por meio da interceptação telefônica? Qual o rito que deve ser seguido e quem deve executá-lo? Se não há rito, quais os mecanismos para garantir a idoneidade da informação obtida?

Trabalhamos com a hipótese de que não há um procedimento para execução das medidas de interceptação telefônica e que não estão criados mecanismos de controle da idoneidade da informação obtida.

A metodologia utilizada na pesquisa foi dividida em três etapas: (1) etapa teórico-bibliográfica, em que foram utilizados, sobretudo, os seguintes marcos teóricos: Geraldo Prado, especialmente o livro “Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos”, Antonio Magalhães Gomes Filho, em seu artigo “Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)” e Antonio Scarance Fernandes, em seu artigo “Tipicidade e sucedâneos de prova”; (2) etapa estatística, em que foram utilizados os dados das interceptações telefônicas obtidos diretamente junto à Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça obtidos do Sistema Nacional de Controle das Interceptações Telefônicas; (3) etapa empírica, em que foram utilizadas as informações extraídas do Manual de Configuração e Operação do Sistema Guardião (Versão Release 1.6.8 e Versão do Aplicativo 3.2.8.78 – julho de 2013) da empresa Dígito Tecnologia Ltda.

## 1. TERMINOLOGIAS DA PROVA: INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA ATÍPICO

Ponto fundamental à compreensão do problema diz respeito à compreensão terminológica referente ao tema probatório. Sabe-se que o termo prova é usado de forma indiscriminada para designar uma variada gama de significados, daí a sua natureza polissêmica tanto no trato comum, como no discurso jurídico.

Entretanto, faz-se necessário realizar algumas distinções para efetiva compreensão da proposta de pesquisa realizada neste trabalho. A primeira é compreensão do que vem a ser *elemento de prova e resultado da prova*.

Elementos de prova, no inglês *evidence*, são os “(...) dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à causa”<sup>20</sup> e sobre os quais o juiz vai realizar um procedimento inferencial para chegar a alguma conclusão sobre os fatos. São as informações valoráveis pelo juiz. Já o resultado da prova, no inglês *proof*, é a própria conclusão que o julgador extrai dos diversos elementos de prova existentes, por meio de um procedimento intelectual para estabelecer a veracidade ou não dos fatos alegados. Estes fatos alegados são chamados de objeto de prova.

Há que se distinguir, ainda, *fonte de prova, meio de prova e meio de investigação de prova*.

Fonte de prova são as pessoas ou coisas que podem fornecer uma informação apreciável sobre o objeto de prova, ou seja, os fatos alegados. Daí porque as fonte podem ser reais (documentos *lato sensu*) ou pessoais (testemunhas, acusado, vítima, perito, assistentes técnicos).

Meios de prova são instrumentos ou atividades endoprocessuais que se desenvolvem perante o juiz, com conhecimento e participação das partes, pelos quais as fontes de prova introduzem elementos de prova no processo. Diferenciam-se dos meios de investigação de prova,

---

<sup>20</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 307.

também chamados meios de pesquisa da prova ou meios de obtenção de prova, que são atividades extraprocessuais, que podem ser produzidos na fase investigatória, sem a participação do investigado, baseado no fator “surpresa”<sup>21</sup> e não podem ser repetidos.

Nosso Código de Processo Penal não distingue entre meios de prova e meios de investigação de prova. O *Codice di Procedura Penale*<sup>22</sup> italiano distingue no Livro III, Título II os meios de prova (testemunhal, confronto ou acareação, reconhecimento, reprodução judicial, pericial e documental) e no Título III os meios de pesquisa da prova (inspeções, buscas, sequestros e interceptações das conversas ou comunicações).

Todavia, a Lei nº 12.850/2013 adotou claramente esta nomenclatura e fez um elenco dos meios de obtenção de prova admitidos nas investigações no seu art. 3º e regulamentou algumas delas.

A interceptação das comunicações telefônicas, conquanto esteja no rol dos meios de obtenção de prova da Lei nº 12.850/2013, está regulada pela Lei nº 9.296 de 1996. De fato, a interceptação telefônica é um meio de investigação ou de pesquisa ou de obtenção da prova, cuja aptidão para levar ao processo elementos probatórios deve ser analisada cuidadosamente.

Em primeiro lugar, há que se distinguir se a interceptação das comunicações telefônicas é um meio de investigação de prova típico ou atípico. Neste ponto é importante pontuar que meios típicos não se caracterizam meramente por estarem previstos em lei, pois, como pontua Scarance, apoiado na lição de Antonio Laronga, “a prova típica é aquela prevista e dotada de procedimento próprio para sua efetivação; a prova atípica, por conseguinte, é aquela que, prevista ou não, é destituída de procedimento para sua produção.”<sup>23</sup>

Nesse sentido seriam típicos aqueles meios cuja previsão e procedimento estão regulamentados, seja o procedimento próprio ou por

---

<sup>21</sup> TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 242.

<sup>22</sup> Disponível em: <[http://www.polpenuil.it/attachments/048\\_codice\\_di\\_procedura\\_penale.pdf](http://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2017.

<sup>23</sup> SCARANCE FERNANDES, Antonio. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; GAVIÃO DE ALMEIDA, José Raul; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coords.). *Provas no Processo Penal: estudo comparado*. São Paulo: RT, 2012, p. 15.

remissão. De outro lado, não estando previsto o meio ou, ainda que previsto, se seu procedimento não estiver regulamentado ou for objeto de remissão, está-se diante de um meio atípico.

Ora, o art. 5º da Lei nº 9.296 de 1996 prevê não apenas que a decisão que defere a medida deve ser fundamentada, mas que o juiz deve indicar “a forma de execução da diligência”.

Dessa forma, como observou Geraldo Prado, quando a legislação silencia sobre o procedimento probatório, a exigência de motivação da “decisão que defere o emprego de métodos ocultos de investigação importa”<sup>24</sup> não apenas na indicação dos elementos que convencem acerca da sua adequação, mas “ainda, na definição dos meios de sua execução e fiscalização”<sup>25</sup>.

Isso significa que o procedimento da interceptação das comunicações telefônicas não é regulamentado, sendo deixado ao juiz, no ato decisório, fazê-lo. Isso implica em que a interceptação das comunicações é um meio de investigação de prova atípico.

Daí surge um questionamento, os elementos de prova obtidos pelos meios de prova atípicos são de regra admitidos porque submetem-se ao contraditório judicial, mas os meios de investigação de prova atípicos são aptos a obter elementos de prova ou apenas a descobrir e resguardar a fonte de prova?

A resposta de Scarance Fernandes merece transcrição:

O problema da ilicitude coloca-se mais em relação aos meios de investigação ou de obtenção de prova. Como, quase sempre, eles importam restrição ou ameaça de restrição a direitos individuais, a regra deve ser a tipicidade, dependendo a obtenção da fonte de prova de lei que indique as hipóteses em que a restrição será possível e os limites em que será permitida. Somente quando o meio de investigação de prova atípico não interfira em direito individual será possível a sua utilização.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 78.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> SCARANCE FERNANDES, *op. cit.*, p. 28-29.

A interceptação das comunicações telefônicas é um meio de investigação de prova atípico, vez que carece de uma regulamentação metodológica de obtenção, que interfere diretamente no direito individual à inviolabilidade das comunicações, à privacidade e à intimidade.

Essa omissão legislativa pode implicar na adoção de uma alternativa epistemológica autoritária pela aplicação de um subjetivismo inquisitivo<sup>27</sup>, a menos que se definam mecanismos de estabelecimento prévio das “regras do jogo”, às quais todos os atores do sistema penal, inclusive o juiz, devam se submeter.

Como aludido, segundo Geraldo Prado, na ausência de regulamentação legal, cabe ao juiz fazê-lo<sup>28</sup>. Essa foi a técnica utilizada pelo legislador pátrio no que concerne ao procedimento para execução da diligência. Basta ver que a Lei nº 9.296/96, que regulamentou o art. 5º, XII CRFB/88, para tratar dos casos de autorização da interceptação telefônica e telemática como meio de obtenção de prova no processo penal brasileiro dispôs no art. 5º que cabe ao juiz, na decisão que defere ou determina a medida, definir “a forma de execução da diligência”.

De se observar que é a autoridade policial quem deve conduzir os procedimentos de interceptação, cientificando o ministério público, que poderá acompanhar a sua realização, segundo o art. 6º da referida Lei.

Assim, inobstante não se possa deixar de lembrar o atropelo dos princípios do contraditório e da imparcialidade da jurisdição, estão definidas as posições (porém não totalmente as tarefas de cada um) dos atores tradicionais do sistema penal, com o devido alijamento da defesa.

A novidade é que a Lei nº 9.296/96 traz à cena dois novos atores para este subsistema probatório: (1) as concessionárias de serviço público de telefonia e provedores de acesso e (2) o sistema de tecnologia da informação (TI) que trata os dados colhidos dos monitoramentos das comunicações (e seus operadores privados). Isso ocorre, respectivamente, no artigo 7º e no parágrafo 1º do art. 6º, ambos da Lei nº 9.296/96.

O art. 7º afirma que a autoridade policial (não a autoridade judicial, nem o ministério público) poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

---

<sup>27</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 46-47.

<sup>28</sup> Ibid.

O parágrafo 1º do art. 6º apenas afirma que “no caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada sua transcrição”. Muito embora este dispositivo nada fale sobre sistemas de TI, quando faz menção à possibilidade de gravação, torna esse procedimento obrigatório sempre que tiver sido possível. Acontece que em 1996, quando a Lei entrou em vigor, poderia não ser possível em todos os casos, mas hoje, com o avanço tecnológico, isso é sempre possível e entra em cena o sistema de TI utilizado para realizar a tarefa como parte da engrenagem probatória no processo penal.

Todavia, essas poucas menções legais às concessionárias de serviço público de telefonia e ao sistema de tecnologia da informação que trata os dados colhidos dos monitoramentos das comunicações não são suficientes para descrever com precisão o papel que devam desempenhar. Falta regulamentar de maneira uniforme os procedimentos de execução dessas medidas invasivas, incluindo a atividade de cada um dos atores do sistema penal e dos novos atores desse subsistema probatório.

## **2. A INTERVENÇÃO DO CNJ NA REGULAÇÃO, CONTROLE E ELABORAÇÃO DE ESTATÍSTICAS A RESPEITO DO SOBREUSO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO BRASIL: ONDE ESTÁ A CADEIA DE CUSTÓDIA?**

A falta de uma regulamentação legal sobre a execução da medida de interceptação telefônica, bem como a prática judicial de omitir na decisão que defere a interceptação o procedimento a ser utilizado no caso concreto, fez com que o Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, criasse o Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas e editasse a Resolução nº 59, de 09 de setembro de 2008<sup>29</sup>, com o objetivo de disciplinar e uniformizar as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação telefônica nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário.

---

<sup>29</sup> Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_59consolidada.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_59consolidada.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2017.

Essa providência, tomada por um órgão que não tem atribuições legislativas, desvela o vácuo deixado no ordenamento pelas normas que disciplinam a interceptação telefônica e, conquanto sua constitucionalidade esteja sendo questionada pela Procuradoria-Geral da República por meio da ADI nº 4.145<sup>30</sup>, a referida Resolução vem sendo aplicada e o Sistema Nacional de Controle das Interceptações Telefônicas está funcionando, gerando dados para conhecimento da utilização da interceptação telefônica no Brasil.

Os dados fornecidos pelo CNJ são estarrecedores. O CNJ colhe os dados de todas as interceptações realizadas no Brasil e elabora um quadro numerado de 1 a 11, por mês.

Ano	Total 1	Total 2	Total 3	Total 4	Total 5	Total 6
2008	3.808	7.269	1.236	3.442	16.589	827
2009	39.645	113.197	12.832	39.278	214.138	15.379
2010	53.372	113.458	12.471	40.353	214.883	15.177
2011	54.165	115.634	12.615	44.441	233.054	14.531
2012	51.796	130.519	12.943	47.568	247.617	19.584
2013	47.980	113.051	12.367	49.432	242.451	26.124
2014	45.521	98.849	11.810	47.884	240.195	25.988
2015	41.798	93.985	11.102	48.935	268.555	22.811
Ano	Total 7	Total 8	Total 9	Total 10	Total 11	
2008	218	331	75	311	100	
2009	2.724	6.183	1.569	5.665	5.184	
2010	2.319	5.082	1.293	4.838	4.732	
2011	2.310	4.252	922	3.088	4.011	
2012	1.968	4.617	773	3.676	4.744	
2013	2.307	4.582	946	3.460	11.977	
2014	2.431	4.671	1.123	4.127	14.806	
2015	2.732	5.002	1.328	6.878	18.170	

**QUADRO 1.** Dados do Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas do CNJ entre os anos de 2008 e 2015

<sup>30</sup> A favor da constitucionalidade da norma: BOTTINO DO AMARAL, Thiago; CYRINO, André Rodrigues. Memorial apresentado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.145. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MIRZA, Flávio (org.) *Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 557-585.

O CNJ apresenta os dados mês a mês de janeiro de 2008 até maio de 2016<sup>31</sup>, porém, para uma visualização mais fácil e didática, organizou-se um quadro reunindo os dados anualmente.

O quadro acima apresenta os dados, por ano, de 2008 a 2015, em que constam: a quantidade de ofícios expedidos, sendo a quantidade de primeiros ofícios expedidos para interceptação de uma linha telefônica (total 1) e a quantidade de ofícios expedidos enquanto as interceptações telefônicas estão em andamento (total 2), ou seja, aqueles que foram renovados; a quantidade de procedimentos criminais de interceptação telefônica instaurados (total 3) e a quantidade de procedimentos criminais de interceptação telefônica em andamento (total 4); quantidade de telefones monitorados (total 5); quantidade de VOIP monitorado (total 6) – não só telefone; a quantidade de primeiros ofícios expedidos para interceptação de dados – e-mails (total 7) e a quantidade de ofícios expedidos enquanto as interceptações de dados – e-mails – estão em andamento (total 8), ou seja, aqueles que foram renovados; a quantidade de procedimentos criminais de interceptação de dados – e-mails – instaurados (total 9) e a quantidade de procedimentos criminais de interceptação de dados – e-mails – em andamento (total 10); a quantidade de e-mails interceptados (total 11).

Na verdade os dados começaram a ser coletados em 2008, depois da chamada “CPI dos grampos” e da Resolução nº 59 de 2008, o que, como pode se observar, não foi feito de maneira imediata e uniforme.

Não é difícil perceber que somando as linhas telefônicas interceptadas (total 5), as linhas de VOIP interceptadas (total 6) e os endereços de e-mail interceptados (total 11), há por ano mais de 300.000 (trezentas mil) interceptações de comunicações.

Para uma análise estatística qualitativa do ano em que os dados foram obtidos, tomemos os dados de janeiro a maio de 2016, selecionando maio, como exemplo:

---

<sup>31</sup> Esses dados foram coletados pelos autores diretamente na ouvidoria do CNJ no mês de julho de 2016.

Mês	Total 1	Total 2	Total 3	Total 4	Total 5	Total 6
Janeiro	2.469	5.925	836	3.707	17.701	1.109
Fevereiro	2.901	6.746	827	3.542	18.881	1.709
Março	3.370	7.385	938	3.483	20.232	1.384
Abril	3.357	7.489	907	3.476	20.883	1.349
Maiο	3.094	7.270	818	3.220	20.860	1.196
Total	15.191	34.815	4326	17.428	98.557	6.747
Mês	Total 7	Total 8	Total 9	Total 10	Total 11	
Janeiro	178	312	83	492	1.370	
Fevereiro	203	389	101	240	961	
Março	220	475	104	272	907	
Abril	217	489	131	308	983	
Maiο	188	435	117	298	702	
Total	1006	2100	536	1610	4.923	

**QUADRO 2.** Dados do Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas do CNJ no ano de 2016, mês a mês, de janeiro a maio

A quinta coluna mostra a quantidade de telefones que estariam interceptados naquele mês no Brasil, totalizando 20.860 telefones, a sexta coluna mostra a interceptação de 1.196 VOIP, e a décima primeira coluna mostra que foram interceptados 702 endereços de e-mail, totalizando 22.758 instrumentos de comunicação interceptados.

Diante dos dados obtidos, podemos afirmar que o número total de interceptações telefônica e de dados varia de aproximadamente entre 22.000 e 25.000 por mês. Em alguns meses verifica-se um número de interceptações superior a 25.000, como aconteceu no mês de julho de 2015, em que foram interceptadas 25.491 linhas telefônicas, 2.221 VOIPs e 1.510 endereços de e-mail.

Diante de tamanha intervenção do sistema probatório penal na intimidade e privacidade de mais de 20.000 (vinte mil) cidadãos brasileiros por mês e mais de 300.000 (trezentos mil) por ano e do inegável

potencial de formação da convicção judicial com base nos dados colhidos por estes sistemas a partir de evidências que, a despeito de não submetidas ao contraditório, são comumente consideradas suficientes (e até mesmo preferenciais) para emitir uma decisão condenatória, é importante questionar a idoneidade dessas informações.

Saber se as informações são empiricamente verificáveis implica, antes de mais nada, poder confiar que os dados armazenados e submetidos à valoração judicial guardam fidedignidade e não foram manipulados ou que não foram passíveis de manipulação. A preservação de cada uma das etapas da operação que realizou a interceptação das comunicações de um cidadão é a única maneira de assegurar a integridade do procedimento probatório, ou seja, deve ser preservada a cadeia de custódia para permitir à defesa rastrear as fontes de prova<sup>32</sup>.

Essa preservação das evidências das medidas de interceptação das comunicações não pode estar restrita à apresentação da mídia em que se encontram gravados os arquivos de áudio, mas deve incluir a preservação do próprio sistema de TI, bem como dos registros de atividades de todos os atores do sistema penal, tradicionais (como polícia e ministério público), mas também os novos (como as concessionárias de serviço público de telefonia e os operadores do sistema de tecnologia da informação que trata os dados colhidos dos monitoramentos das comunicações).

Geraldo Prado já havia assinalado essa necessidade ao afirmar que “os suportes técnicos que resultam da operação, portanto, devem ser preservados. A razão adicional, de natureza constitucional, está vinculada ao fato de que apenas dessa maneira é possível assegurar à defesa, oportunamente, o conhecimento das fontes de prova.”<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Sobre o tema, ver: EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 237-257., mai./jun. 2016; MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônico-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da súmula vinculante 14. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 288, p. 08-09., nov. 2016; CARVALHO, Jefferson Lemes. Cadeia de Custódia e sua relevância na persecução penal. *Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics*, vol. 5, p. 371-382.

<sup>33</sup> PRADO, op. cit., p. 79.

Um dos requisitos para manter um sistema de gestão da qualidade é precisamente “cumprir os procedimentos preconizados para manter a cadeia de custódia das evidências”<sup>34</sup>, o que deve ocorrer desde o “recebimento até o acautelamento final”.

No entanto, a despeito das mais de vinte mil linhas telefônicas, e-mails e VOIPs interceptados por mês no Brasil, a Lei nº 9.296/96 não regulamenta sua forma de execução, tampouco a cadeia de custódia. O CNJ, inobstante tenha editado a Resolução nº 59/2008, nada falou sobre a cadeia de custódia, o que acaba deixando tal questão às empresas que desenvolvem e comercializam os sistemas de tecnologia de informação.

Diante dessa realidade impõe-se questionar: os manuais dos sistemas e o funcionamento dos próprios sistemas de TI que captam e armazenam os dados colhidos dos monitoramentos das comunicações são compatíveis ou estão em conflito com o ordenamento legal? Os manuais dos sistemas e o funcionamento dos sistemas de TI permitem concluir que os dados captados e armazenados são empiricamente idôneos a serem valorados pelo juiz? Há cadeia de custódia desses dados diante dos procedimentos adotados pelos sistemas de tecnologia da informação? Se houver, eles são suficientes ou há etapas no procedimento que dependem de agentes diversos?

Importa, portanto, conhecer o funcionamento dos sistemas de tecnologia de informação que captam e armazenam os dados colhidos em interceptações das comunicações.

### **3. SISTEMAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO (TI) QUE CAPTAM E ARMAZENAM OS DADOS COLHIDOS DOS MONITORAMENTOS DAS COMUNICAÇÕES**

#### **3.1. IDENTIFICAÇÃO DOS SISTEMAS DE RECEPÇÃO E ARMAZENAMENTO DE DADOS**

Pelo que se tem notícia, há no Brasil basicamente três sistemas de TI utilizados para recepção e armazenamento dos dados objetos de monitoramento: o Sistema Guardião desenvolvido e comercializado

---

<sup>34</sup> GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; ARAUJO, Katia. Sistemas de Gestão da Qualidade em Laboratórios de Genética Forense. *Revista Espacios*, vol. 35, nº 5, ano 2014, p. 3.

pela empresa Dígito Tecnologia Ltda., o Sistema Sombra desenvolvido e comercializado pela empresa Federal Tecnologia de Software Ltda.-EPP e o Sistema Wytron desenvolvido e comercializado pela empresa Wytron Technology Corp. Ltda.

Dados colhidos do Processo nº 0.00.000.001328/2012-95, que tramitou junto ao Conselho Nacional do Ministério Público e se tratava de um Pedido de Providência formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, consistente no requerimento de auditoria e inspeção nos sistemas de escuta e monitoramento de interceptações telefônicas utilizados pelas unidades do ministério público brasileiro<sup>35</sup>, mostram que, a partir das consultas feitas às 30 unidades do ministério público brasileiro, 8 (oito) adquiriram o Sistema Guardiã (o ministério público federal e o ministério público dos estados de Goiás, Mato Grosso, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, São Paulo, Santa Catarina e o Distrito Federal); 6 (seis) adquiriram o Sistema Wytron (o ministério público dos estados de Alagoas, Amapá, Ceará, Maranhão, Pará e Rondônia); 3 (três) adquiriram o Sistema Sombra (o ministério público dos estados da Bahia, Mato Grosso do Sul e Paraíba); 4 (quatro) utilizam o Sistema Guardiã disponibilizado ou cedido por órgãos do Poder Executivo (o ministério público dos estados do Espírito Santo, Minas Gerais, Amazonas e Tocantins); 9 (nove) não possuem ou não têm acesso a qualquer um desses sistemas (o ministério público militar, o ministério público do trabalho e o ministério público dos estados de Sergipe, Pernambuco, Acre, Paraná, Piauí, Roraima e Rio de Janeiro).

Portanto, das 30 (trinta) unidades do ministério público, 21 (vinte e uma) adquiriram ou utilizam sistemas de TI que se destinam a receber e armazenar dados obtidos de interceptações telefônicas ou de dados. Destas 21 (vinte e uma) unidades que operam sistemas de monitoramento de comunicações, 12 (doze) “não dispõem de ato normativo versando sobre procedimentos e rotinas adotadas”<sup>36</sup> e 18 (dezoito) recorrem a policiais civis e/ou militares na operação.

---

<sup>35</sup> Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-guardiao-mp-cnmp.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

<sup>36</sup> Decisão proferida no processo 0.00.000.001328/2012-95, que tramitou junto ao Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-guardiao-mp-cnmp.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

No que se refere à aquisição desses sistemas pelos Departamentos de Polícia Federal dos Estados não há dados tão precisos quanto esses constantes do processo que tramitou no Conselho Nacional do Ministério Público, mas dados do Portal da Transparência do governo federal demonstram que as empresas Dígito Tecnologia Ltda., Federal Tecnologia de Software Ltda.-EPP e Wytron Technology Corp. Ltda. comercializaram com o Departamento de Polícia Federal, sendo, ademais, amplamente divulgada a contratação do Sistema Guardião pelas Superintendências da Polícia Federal de Santa Catarina, Paraná, São Paulo e Rio de Janeiro.

### **3.2. A OPERAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO**

Quanto à operação desses Sistemas, a Dígito e a Federal afirmam que seus sistemas, Guardião e Sombra, respectivamente, não permitem a interceptação telefônica sem a participação das operadoras de telefonia, portanto só realizam monitoramento passivo. Assim, são as operadoras de telefonia que encaminham as informações interceptadas ao Sistema de monitoramento.

Na prática, as operadoras “abrem um *link*” de tal forma que a chamada telefônica ou o fluxo de dados seja desviado para um outro canal de recepção diverso do destinatário e o direciona para o sistema de TI utilizados para recepção e armazenamento dos dados objetos de monitoramento (Guardião, Sombra ou Wytron, por exemplo).

Assim, se o interlocutor A (não interceptado) liga para o interlocutor B (interceptado), esta ligação irá se completar, mas o fluxo se duplicará em dois *links*, um para o interlocutor, outro para o sistema de TI responsável pelo monitoramento.

Aqui está um primeiro, porém muito grave problema. É que diversamente do que dispõe a legislação, quem verdadeiramente conduz a interceptação não é a autoridade policial, como determina o art. 6º da Lei nº 9.296/96, mas a operadora de telefonia. São precisamente as concessionárias de serviço público de telefonia ou os provedores de acesso (no caso de desvio de dados, como e-mail e VOIP) que controlam quem será objeto de interceptação e qual a duração, pois, uma vez que os sistemas de monitoramento são passivos, é a operadora que abre e fecha o *link* e, portanto, determina o tempo de interceptação.

Diante das informações prestadas pelas empresas desenvolvedoras dos sistemas de TI responsáveis pelo monitoramento das comunicações, as operadoras de telefonia e os provedores de acesso desempenham, na prática, um papel proeminente na execução das medidas cautelares de interceptação. No entanto, o sistema legal ignora esse novo ator desse subsistema probatório, não dispensando sequer uma única regulamentação para sua atuação, muito menos discutindo a adequação ou inadequação da sua posição protagonista na coleta de informações dentro da investigação penal.

Ademais, as operadoras de telefonia também não fazem o desvio da chamada para o canal de recepção do sistema de TI dedicado ao monitoramento das comunicações sem o auxílio de uma ferramenta. Há um sistema chamado Vigia, desenvolvido pela empresa Suntech que gerencia “todo o processo de interceptação legal e retenção de dados para qualquer serviço ou subsistema de comunicação de qualquer tecnologia ou vendedor”. De acordo com o desenvolvedor, “com o Vigia é possível interceptar a comunicação em praticamente todos os tipos de rede e reter dados de comunicação sem notificar os assinantes ou prejudicar o serviço”<sup>37</sup>.

Desta forma, o Sistema Vigia e os sistemas de TI dedicados ao monitoramento e armazenamento das comunicações (Guardião, Sombra ou Wytron) não se sobrepõem, ao contrário, são complementares. Na verdade o Sistema Vigia é o sistema ativo, ele é quem de fato realiza a interceptação e o desvio da chamada para o sistema passivo que recebe e armazena os dados.

Importa ressaltar que os Sistemas passivos de TI que recebem, monitoram e armazenam os dados interceptados são adquiridos e operados pelas autoridades públicas responsáveis pela investigação (ministério público, polícia federal, secretarias de segurança dos estados, etc.), ao passo que o Sistema Vigia tem como clientes exatamente as operadoras de telefonia (Claro, Oi, Vivo, Tim, Nextel, Embratel, GVT, Movistar),

---

<sup>37</sup> Disponível em: <<http://www.suntech.com.br/pt/solucoes/lawful-interception/vigia/>>. Acesso em: 16 jun. 2014. Essa página hoje está desativada, mas a informação a respeito do sistema pode ser obtida na página da Câmara dos Deputados, disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/121746.html>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

o que aliás é divulgado em seu sítio eletrônico na internet<sup>38</sup>. Isso apenas corrobora o fato de que operadoras de telefonia e provedores de acesso são atores do sistema penal e precisam ser assim compreendidos para que suas ações sejam excluídas ou regulamentadas.

É ainda imprescindível que se compreenda quais as possibilidades de que os operadores das empresas desenvolvedoras desses sistemas (aqui leia-se todos eles, Vigia, Guardiã, Sombra, Wytron, ou qualquer outro com a mesma funcionalidade), que prestam serviços de suporte técnico, tenham acesso aos mecanismos de funcionamento e aos dados armazenados. Isso porque qualquer um que possa ter acesso, inclusive remoto, ao sistema para solucionar eventual problema técnico, precisa ser devidamente conhecido para configuração da cadeia de custódia.

### **3.3. FUNCIONAMENTO E ALGUMAS FUNCIONALIDADES DOS SISTEMAS DE RECEPÇÃO E ARMAZENAMENTO DE DADOS**

A pesquisa se baseou no acesso ao Manual de Configuração e Operação do Sistema Guardiã (Versão Release 1.6.8 e Versão do Aplicativo 3.2.8.78 – julho de 2013) da empresa Dígitro Tecnologia Ltda, obtido diretamente junto à empresa em formato impresso.

Importa dizer que este trabalho não pretende fazer qualquer apanhado sobre o funcionamento do sistema informático, mas apenas traçar em linhas gerais algumas funcionalidades que interessam para garantia do direito fundamental à prova e ao contraditório.

Assim, as chamadas direcionadas pela operadora de telefonia ou os dados desviados ingressam na plataforma que realiza a gravação em um determinado suporte (HD) e as informações referentes àquela chamada são armazenados em um banco de dados relacional, que podem ser acessados e manipulados. Em outras palavras, o *Hard Disk* (HD) em que ficam armazenados os áudios é diverso daquele em que estão armazenados os dados (metadados), mas são relacionados de tal forma que para cada áudio há os correspondentes dados dos metadados que, quando acionados remetem por *hiperlink* diretamente ao áudio vinculado.

---

<sup>38</sup> Disponível em: <<http://www.suntech.com.br/pt/clientes/>>. Acesso em: 16 jun. 2014. Ver comentário na nota anterior.

Isso implica em que, malgrado se afirme que não é possível fazer exclusão de um áudio do sistema, qualquer alteração de dados na base gera um apagamento lógico, ou seja, não havendo mais relação entre dados e áudio o acionamento do *hyperlink* não será direcionado ao áudio e, portanto, o áudio fisicamente existe, mas não é encontrado.

Ademais, o módulo de *backup* do sistema permite alguns tipos de *backup* (manual ou por agendamento), mas se não gerado é possível que haja sobrescrição, ou seja, a gravação por cima, o que implica também na possibilidade de perda definitiva de áudios. Isso fica muito claro quando, no início do Manual, a Dígito informa que não se responsabiliza por perdas de informações, devido a não observação por parte do cliente, de procedimentos de *backup*, orientando para que regularmente armazene os dados também em mídia eletrônica (CD, DVD, etc.), de forma a possuir contingência externa.

É possível inserir no sistema durante a operação alguns dados cadastrais, como os alvos do monitoramento, os telefones monitorados, os alvarás judiciais que autorizam a interceptação com a data da expedição, o período e a data de validade.

Todavia, esse cadastro, como já dito antes, não torna o sistema ativo, porquanto ele não irá captar as chamadas de determinados alvos e telefones, que continuam a depender do desvio a ser realizado pela operadora de telefonia.

O problema é que o cadastro de alvará judicial não permite ao sistema bloquear a gravação das chamadas após o término do período de validade da autorização judicial, de tal sorte que esta gestão do período de interceptação fica a cargo exclusivo das operadoras de telefonia.

Há no sistema a possibilidade de ter acesso aos *logs* de eventos que, segundo o manual, se selecionada essa opção, será apresentada uma janela com informações estratégicas da execução do programa, recolhidas durante a utilização do Guardiã, que são utilizadas para que se possa fazer a telemanutenção do sistema.

Essa funcionalidade, embora não tenha finalidade de controle da utilização do sistema para rastreamento dos agentes que manusearam ou manipularam a prova, deveria ser utilizado para tal. Alie-se essa ferramenta aos *logs* de gravação, que fornecem o histórico de gravações e revelam qualquer problema no processo de conversão das

gravações, bem como ao histórico de *backup*, teremos um rastreamento pelo próprio sistema.

Há dois problemas: o primeiro é que esse rastreamento só forneceria informações até o *backup* e o segundo é que não há sequer notícia de uma única autorização judicial conhecida que dê à defesa (ou seus eventuais assistentes técnicos) acesso ao sistema de *logs* do sistema de TI.

Com efeito, rastrear apenas até o *backup* é insuficiente quando nos deparamos com perda de áudios nas medidas cautelares de interceptações telefônicas e nos obriga a voltar à questão da cadeia de custódia. Em outras palavras, ainda que o sistema de TI responsável pela recepção e armazenamento das ligações telefônicas ou dados interceptados permita rastrear as etapas da operação até a geração do *backup* para assegurar a integridade do procedimento probatório, é imprescindível que após a geração seja criada uma rotina por lei ou fixada na decisão que defere a interceptação, para permitir à defesa do acusado rastrear as fontes de prova e exercer o seu direito ao contraditório e à defesa. A não observância da rotina, implica na quebra da cadeia de custódia e, por conseguinte, na perda da prova.

Ainda que a exata rotina de custódia da fonte de prova fosse definida, seria imprescindível que o acesso ao sistema de TI responsável pela recepção e armazenamento das ligações telefônicas ou dados interceptados fosse garantido à defesa. No entanto, ao argumento de que não se pode dar acesso à defesa por colocar em risco o sistema e o sigilo de outras operações em andamento (numa presunção de má-fé da defesa e seus eventuais assistentes técnicos), nega-se tal direito sem sequer conceber a criação de mecanismos que possam garantir esse acesso sem prejuízo dos demais interesses envolvidos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvida o avanço tecnológico promove mudanças nos métodos de obtenção de informações nas persecuções penais com o aporte de técnicas como a interceptação das comunicações telefônicas e de dados, que vem sendo utilizada em profusão.

As interceptações das comunicações telefônicas e de dados são provas produzidas por métodos ocultos cuja definição dos meios de execução e

fiscalização são deixados pelo art. 5º da Lei nº 9.296/96 à definição do juiz e, portanto, devem ser considerados meios de obtenção de provas atípicos.

A Lei nº 9.296/96 traz à cena dois novos atores para o sistema penal: (1) as concessionárias de serviço público de telefonia e provedores de acesso e (2) o sistema de tecnologia da informação (TI) que trata os dados colhidos dos monitoramentos das comunicações (e seus operadores privados).

Diante da inexistência de definição de procedimentos para execução da medida de interceptação das comunicações, o Conselho Nacional de Justiça criou o Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas e editou a Resolução nº 59, de 09 de setembro de 2008, com o objetivo de disciplinar e uniformizar as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação telefônica nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário.

Os dados do CNJ constantes do Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas revelam que mais de vinte mil linhas telefônicas, e-mails e VOIPs são monitorados por mês no Brasil.

A preservação de cada uma das etapas da operação que realizou a interceptação das comunicações de um cidadão (cadeia de custódia) é a única maneira de assegurar a integridade do procedimento probatório, permitindo que a defesa rastreie e conheça as fontes de prova. Por conta disso é necessário que sejam preservados os suportes técnicos utilizados na interceptação das comunicações, no entanto, nem a Lei nº 9.296/96, nem a Resolução nº 59/2008 do CNJ, tampouco os sistemas de tecnologia da informação, estabelecem os procedimentos de rastreamento e preservação das informações.

No Brasil, os órgãos públicos responsáveis pela investigação utilizam três sistemas de TI para recepção e armazenamento dos dados obtidos pelas interceptações: o Sistema Guardião desenvolvido e comercializado pela empresa Dígitro Tecnologia Ltda., o Sistema Sombra desenvolvido e comercializado pela empresa Federal Tecnologia de Software Ltda.-EPP e o Sistema Wytron desenvolvido e comercializado pela empresa Wytron Technology Corp. Ltda. Esses sistemas de TI utilizados para recepção e armazenamento dos dados obtidos pelas interceptações são passivos, pois quem redireciona a chamada para suas plataformas são as operadoras de telefonia e os provedores de acesso.

O sistema de TI utilizado por todas as operadoras para fazer a gestão da interceptação é o Vigia, desenvolvido pela empresa Suntech. Esse é o sistema ativo de desvio de chamadas.

Embora o sistema Guardião permita realizar cadastro de dados referentes ao alvará judicial e sua validade, o sistema não bloqueia o recebimento do direcionamento de chamadas após a expiração do prazo, portanto apenas a operadora e seus empregados controlam a observância do período de interceptação.

Inobstante as empresas desenvolvedoras dos sistemas de TI utilizados para recepção e armazenamento dos dados obtidos pelas interceptações afirmem que o sistema não realiza apagamentos de áudios, no Guardião isso pode ocorrer em duas hipóteses: apagamento lógico (quando é apagado algum dado relacionado com um áudio, que passa a não ser mais encontrado) e sobrescrição (quando o HD excede sua capacidade de armazenamento e os novos áudios começam a sobrescrever os antigos se não for realizado o procedimento de *backup*).

O Guardião permite o conhecimento de *logs* de eventos, *logs* de gravação acesso ao sistema e o histórico de *backups*, todavia isso não permite à defesa rastrear as fontes de prova porque (1) esse rastreamento só forneceria informações até o *backup* e (2) não há sequer notícia de uma única autorização judicial conhecida que dê à defesa (ou seus eventuais assistentes técnicos) acesso ao sistema de *logs* do sistema.

Nesse sentido, o sistema de interceptação das comunicações telefônicas e de dados introduz indevidamente dois novos atores, cuja atuação não é regulamentada, e não define procedimentos e rotinas que garantam à defesa rastrear as fontes de prova para o legítimo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Em palavras finais, a única forma de garantir a idoneidade das informações obtidas pela medida de interceptação telefônica é pela cadeia de custódia, o que não é assegurado no sistema estabelecido pela Lei nº 9.296/96, nem pela Resolução nº 59/2008, tampouco pelo funcionamento dos sistemas de TI.

## REFERÊNCIAS

ABEL LLUCH, Xavier; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Estudios sobre prueba penal volumen III: Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal:*

diligencias de instrucción, entrada y registro, intervención de comunicaciones, valoración y revisión de la prueba en vía de recurso. Madri: *La Ley Actualidad*, 2013.

AGUILAR, Francisco. *Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefônicas*. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

BOTTINODO AMARAL, Thiago; CYRINO, André Rodrigues. Memorial apresentado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.145. In: SANTORO, Antonio E. R.; MIRZA, Flávio (org.). *Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CARVALHO, Jefferson Lemes. Cadeia de Custódia e sua relevância na persecução penal. *Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics*, volume 5, p. 371-382.

CONTI, Carlotta; TONINI, Paolo. *Il diritto delle prove penali*. Milão: Giuffrè, 2012.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as Proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006.

EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 237-257, mai./jun. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4a ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; ARAUJO, Katia. Sistemas de Gestão da Qualidade em Laboratórios de Genética Forense. *Revista Espacios*, vol. 35, nº 5, 2014.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*. Obras completas. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

HENDLER, Edmundo S. *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

KHALED JR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, p. 166-184, 2015. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9>

MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônico-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da súmula vinculante 14. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 288, p. 08-09, nov. 2016.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. São Paulo: Atlas, 2013.

MAYA, André Machado. A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos e da corte constitucional da Espanha. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, realizado em Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

PASTOR, Daniel (Diretor); GUZMÁN, Nicolás (coordenador). *Neopunitivismo y neoinquisición: un análisis de políticas e prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio; GAVIÃO DE ALMEIDA, José Raul; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coord.). *Provas no Processo Penal: estudo comparado*. São Paulo: RT, 2012.

SCHREIBER, Simone. Algumas reflexões sobre a medida cautelar de interceptação telefônica, vinte anos depois. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MIRZA, Flávio (org.). *Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Trad. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas Telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

## DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 09/04/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 10/04/2017
- Avaliação 1: 16/04/2017
- Avaliação 2: 23/04/2017
- Avaliação 3: 23/04/2017
- Avaliação 4: 24/04/2017
- Decisão editorial preliminar: 25/04/2017
- Retorno rodada de correções: 16/05/2017
- Decisão editorial 2: 17/05/2017
- Retorno rodada de correções 2: 19/05/2017
- Decisão editorial final: 22/05/2017

## Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (MMGV)
- Revisores: 4

## COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SANTORO, Antonio E. R.; TAVARES, Natália L. F.; GOMES, Jefferson C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 605-632, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

# A Lei nº 13.344/2016 e as novas técnicas de localização de vítimas e suspeitos de crimes de tráfico de pessoas: eficácia, legalidade e conformação constitucional

*Law nº 13.344/2016 and the new techniques for the localization of human trafficking victims and suspects: effectiveness, legality and constitutional adequacy*

**Cleopas Isaías Santos<sup>1</sup>**

Professor da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UDBD – São Luís/MA  
cleopas1st@yahoo.com.br

 [lattes.cnpq.br/0330274807787664](http://lattes.cnpq.br/0330274807787664)

 [orcid.org/0000-0002-7690-5573](http://orcid.org/0000-0002-7690-5573)

**Samyr Béliche Vale<sup>2</sup>**

Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências da Computação  
da Universidade Federal do Maranhão – São Luís/MA

Doutor em *Informatique* pela Université d'Angers/França

vale.samyr@gmail.com

 [lattes.cnpq.br/1531971102610447](http://lattes.cnpq.br/1531971102610447)

 [orcid.org/0000-0001-8799-1799](http://orcid.org/0000-0001-8799-1799)

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade Federal do MA. Professor da pós-graduação em ciências criminais da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão - ESMP; professor da pós-graduação da Universidade CEUMA; professor da Academia Integrada de Segurança Pública do MA; professor da Escola Superior da Magistratura do Maranhão – ESMAM. Delegado de Polícia Civil. Ex-presidente da Associação dos Delegados de Polícia Civil do MA.

<sup>2</sup> Possui doutorado em Ciência da Computação (Informatique) pela Université d'Angers - França (2009), mestrado em Engenharia de Eletricidade com área de concentração em Ciência da Computação pela Universidade Federal do Maranhão (2004) e graduação em Ciência da Computação pela Universidade Federal do Maranhão (2001). Professor do PPG em Ciências da Computação da UFMA.

---

**RESUMO:** A Lei nº 13.344/2016 introduziu importantes repercussões na investigação criminal brasileira, entre as quais, a mais significativa foi a possibilidade de a autoridade policial requisitar às empresas prestadoras de serviços telefônicos e/ou telemáticos os meios técnicos adequados à localização de vítimas e/ou suspeitos de crime de tráfico de pessoas. Essa localização é feita através da identificação de um dispositivo móvel, como o celular. O objetivo deste artigo é responder o seguinte problema: os meios técnicos disponíveis e normalmente utilizáveis são eficazes para a localização de vítimas e suspeitos de crime de tráfico de pessoas? Para tanto, parte-se da hipótese de que os meios técnicos normalmente utilizados nesse processo não são eficazes. Em razão disso, sugere-se o uso da técnica do GPS, que tecnicamente não se enquadra como “sinal” e que pressupõe a habilitação de uma rede de dados, com custos financeiros. Analisa-se, em consequência, a quem cabe arcar com tais custos, se ao Estado, às referidas empresas ou aos clientes, bem como a legalidade e constitucionalidade do acionamento dessa técnica. A abordagem do tema será feita predominantemente a partir do método dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei nº 13.344/2016; meios técnicos; eficácia; legalidade; constitucionalidade.

**ABSTRACT:** *The Law no. 13.344/2016 brought important repercussions to the Brazilian criminal investigation, among which the most significant one was the possibility of police authorities requesting from telephone companies the necessary technical means to locate victims and/or suspects of human trafficking. This localization is made through the identification of mobile devices, like cell phones. This article aims to answer the following issue: are the available and commonly used technical means effective in the localization of human trafficking victims and suspects? For this purpose, it is assumed that the technical means typically used in this process are not effective. In light of this, it is suggested the use of the GPS tool, which technically does not qualify as a “signal” and presumes the license of data network with financial costs. Therefore, it is analyzed who must bear said costs - the State, the companies or the consumers, as well as the legality and constitutionality of the use of this technique. The subject will be approached mostly through the deductive method.*

**KEYWORDS:** *Law nº 13.344/2016; technical means; effectiveness; legality; Constitutionality.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Natureza jurídica e outros aspectos da medida prevista no art. 13-B do Código de Processo Penal. 2. Redes móveis. 3. Eficácia dos meios técnicos legais para a coleta de dados e informações por meio de dispositivos móveis; 3.1. *Triangulação e Trilateração*; 3.2. *Outras técnicas de localização*. 4. Legalidade e conformação constitucional dos “outros” meios técnicos disponíveis para a localização de dispositivos móveis. Considerações finais. Referências bibliográficas.

---

## INTRODUÇÃO

Entre as mudanças trazidas pela Lei nº 13.344/2016, a de maior ressonância na investigação policial, seja pelo ineditismo, seja pelas dúvidas sobre sua constitucionalidade ou eficácia, segundo reputamos, é a prevista no novo art. 13-B do CPP<sup>3</sup>.

De acordo com este dispositivo, quando necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o delegado de polícia poderá requisitar, mediante autorização judicial, às empresas

---

<sup>3</sup> Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso. § 1º Para os efeitos deste artigo, sinal significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência. § 2º Na hipótese de que trata o *caput*, o sinal: I - não permitirá acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza, que dependerá de autorização judicial, conforme disposto em lei; II - deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período; III - para períodos superiores àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial. § 3º Na hipótese prevista neste artigo, o inquérito policial deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, contado do registro da respectiva ocorrência policial. § 4º Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz.

prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso. Esta é uma medida inédita no nosso sistema processual, tanto no que tange a sua natureza quanto no que diz com sua sistemática. E em razão disso, será certamente a mais questionada em relação à sua adequação constitucional.

Essas empresas, conforme dispõe o art.13-B, *caput*, devem disponibilizar os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização de vítimas e suspeitos dos crimes referidos, mais especificadamente, a localização dos dispositivos móveis dos envolvidos no delito em curso. O legislador define sinal como o posicionamento da estação de cobertura, setorização ou intensidade de rádio frequência (art.13-B, § 1º).

A mencionada lei de 2016 proporciona ao delegado de polícia – através dos meios técnicos mencionados –, maior autonomia para desempenhar suas atividades com eficácia e celeridade durante o procedimento investigatório, no intuito de identificar a localização dos usuários de dispositivos móveis durante um crime em curso.

Embora as outras mudanças trazidas pela Lei nº 13.344/2016 sejam relevantes e dignas de análise em apartado, nesta ocasião, nosso interesse cognitivo será voltado à análise da eficácia e das limitações dos meios técnicos legais que podem ser utilizados como instrumento de localização de vítimas e suspeitos. O objetivo deste artigo, portanto, é responder o seguinte problema: os meios técnicos disponíveis e normalmente utilizáveis são eficazes para a localização de vítimas e suspeitos de crime de tráfico de pessoas? Para tanto, parte-se da hipótese de que os meios técnicos normalmente utilizados nesse processo não são eficazes.

Desse modo, far-se-á uma análise da eficácia da localização utilizando os sinais de radiofrequência, bem como das outras tecnologias disponíveis para a localização dos dispositivos, encontradas na literatura científica sobre o tema e já utilizados pela polícia investigativa estrangeira. Será também objeto deste trabalho a identificação da legalidade dessas demais técnicas na legislação brasileira e sua conformação constitucional.

Antes, porém, é importante que analisemos a natureza jurídica dessa novel medida de investigação.

## **1. NATUREZA JURÍDICA E OUTROS ASPECTOS DA MEDIDA PREVISTA NO ART. 13-B DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Entendemos que a nova ferramenta investigativa, prevista no art. 13-B do Código de Processo Penal, possui natureza jurídica de medida cautelar probatória ou de meio de obtenção de prova, que visa à localização de investigados e vítimas de crimes relacionados ao tráfico de pessoas. Mostra-se, portanto, como uma medida eficaz tanto para a cessação do estado flagrancial, com a consequente prisão dos autores e asseguramento dos elementos de prova, porventura encontrados, e essenciais ao desenvolvimento de uma regular investigação dos crimes praticados; quanto para a salvaguarda da vítima.

A redação no mencionado dispositivo não possui a melhor técnica legislativa, pois, ao mesmo tempo em que diz que o delegado de polícia poderá requisitar às empresas de telefonia ou telemática que disponibilizem os referidos meios técnicos, condiciona tal requisição à autorização judicial. Ou seja, aparentemente de requisição não se trata, pois quem requisita, ordena. Parece, de início, tratar-se de representação, como ocorre normalmente com a iniciativa da autoridade policial em provocar o judiciário pela decretação das demais medidas cautelares. Essas aparentes contradição e atecnica legislativas já ensejam divergências doutrinárias.

Guilherme Nucci considera esse aspecto “um ponto bizarro da nova Lei, pois, se é o delegado ou membro do Ministério Público que requisita (exige o cumprimento por força de lei), tal medida independe de outra autoridade, no caso a judicial, autorizar. No entanto, cuidando-se de invasão da intimidade/privacidade, pois gera a localização da vítima ou dos suspeitos (hipóteses diversas de simples registro cadastral), depende-se de autorização judicial. Assim sendo, quem, na verdade, *requisita* o meio técnico adequado para a localização de vítima/suspeito é a autoridade judiciária”<sup>4</sup>.

Outro não é o entendimento de Renato Brasileiro, para quem o art. 13-B é inconstitucional, uma vez que o acesso, pelo delegado de po-

---

<sup>4</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 109.

lícia, à localização de vítimas e suspeitos de crimes de tráfico de pessoas afeta a própria privacidade e a intimidade, as quais somente poderão ser restringidas mediante autorização judicial<sup>5</sup>.

Também consideram inconstitucional o citado dispositivo, por dispensar a ordem judicial, Rogério Sanches e Ronaldo Batista, para os quais, “ou bem se entende que a ordem judicial é necessária e pouco importa o tempo que o juiz demorará para proferir a decisão, ou bem se entende que a diligência em estudo prescinde do filtro judicial e, por consequência, não será o atraso de 12 horas que impedirá sua efetivação”<sup>6</sup>.

Não obstante o respeitável posicionamento dos autores citados, entendemos que a medida é constitucional, que se trata mesmo de requisição e, como tal, não se submete à reserva de jurisdição. E assim pensamos pelas seguintes razões.

A uma, porque os sinais, informações e outros meios técnicos que possibilitem localizar vítimas e investigados não são protegidos por sigilo. Estamos de acordo com a doutrina acima referida, no sentido de que os dados e outros meios que possibilitem a localização de suspeitos e vítimas, nos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, encontram-se no âmbito de incidência do direito à privacidade e/ou intimidade<sup>7</sup>. Contudo, “a intimidade que está protegida constitucionalmente é o uso legítimo do direito à intimidade”<sup>8</sup>, não podendo, pois, ser anteparo para a prática de crimes. O que se tem, de maneira ampla, tal qual prevista no texto constitucional, é o que, no direito norte-americano, se convencionou chamar de “expectativa razoável de privacidade” (*reasonable*

---

<sup>5</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 104.

<sup>6</sup> CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Tráfico de pessoas: lei 13.344/2016 comentada por artigos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 125.

<sup>7</sup> Apesar de usarmos as expressões *intimidade* e *privacidade* sem estabelecermos suas distinções, não as desconhecemos. Mas, por não ser o foco do presente trabalho, remetemos o leitor à análise distintiva feita por SAMPAIO, José Adércio Leito. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 208.

<sup>8</sup> BEDÊ JÚNIOR, Américo. *A retórica do direito fundamental à privacidade: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 75.

*expectation of privacy*)<sup>9</sup>. Além disso, “perceba que a cláusula de respeito à intimidade e à privacidade, prevista no inc. X, *não está* submetida expressamente ao *princípio da reserva de jurisdição*, ou seja, não pressupõe uma ordem judicial para ser restringida”<sup>10</sup>.

A duas, essa medida só pode ser requisitada quando algum dos crimes acima elencados estiver em curso. E todos são crimes permanentes, ensejadores, portanto, de medidas restritivas de direitos fundamentais importantes, como à inviolabilidade do domicílio e até mesmo à liberdade de locomoção, já que estariam em situação flagrancial. Veja-se que a casa é, por excelência, o espaço de proteção da privacidade e intimidade, razão pela qual o constituinte a considera inviolável, inviolabilidade essa que só poderá ser afastada nas hipóteses de situação flagrancial de crime, de prestação de socorro ou, durante o dia, para cumprir ordem judicial. Desse modo, inegavelmente, “a Constituição afasta a intimidade e a inviolabilidade do domicílio de quem está em flagrante delito, autorizando qualquer pessoa do povo a ingressar no domicílio e efetuar a prisão em flagrante”<sup>11</sup>.

A três, esta medida não permitirá o acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza. Caso se deseje ter acesso também ao conteúdo, será necessária autorização judicial, conforme disposto na Lei nº 9.296/1996 e previsto no § 2º, inc. I, do art. 13-B do CPP. *A contrario sensu*, o acesso apenas à localização de vítimas e investigados não depende de autorização judicial.

A quatro, nas hipóteses autorizadoras da requisição desses dados de localização, por serem todos de crimes permanentes e por estarem em curso, portanto, em situação flagrancial, a requisição do delegado de polícia seria lícita, pois acobertada pelo manto de uma causa

---

<sup>9</sup> RAMÓN AUGUSTINA, José. *Sobre la utilización oculta de GPS en investigaciones criminales y detención de fraudes laborales: análisis jurisprudencial comparado en relación con el derecho a la intimidad*. La ley penal: revista de derecho penal, procesal penal y penitenciario, Madrid, v. 10, n. 102, p. 21-29, mai./jun. 2013, p. 22.

<sup>10</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 147 (grifos no original). Apesar disso, o STF tem se manifestado, em diversas ocasiões, no sentido de exigir decisão judicial para restringir o acesso a alguns dados, como o financeiro e o fiscal, que restringem os direitos à intimidade e a privacidade do cidadão

<sup>11</sup> BEDÊ JÚNIOR, Américo, *op. cit.*, p. 75.

excludente de antijuridicidade<sup>12</sup>: ou estrito cumprimento de um dever legal, ou legítima defesa de terceiro, ou ainda, em estado de necessidade de terceiro, já que, nos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, existirá sempre uma vítima em situação de ameaça, restrição forçada de sua liberdade e até mesmo sob risco de morte.

A cinco, pela leitura conjunta dos incs. II e III do § 2º do mencionado art. 13-B, a autorização judicial só seria necessária para o fornecimento das informações requisitadas por período superior a 60 (sessenta) dias. Ou seja, até este prazo, ela seria dispensável.

Por todas essas razões é que entendemos que o fornecimento dos meios técnicos para se localizar vítimas e investigados nos crimes de tráfico de pessoas não depende de autorização judicial.

O que, segundo o dispositivo, depende de autorização judicial, embora também sem qualquer lógica ou parâmetro na nossa sistemática processual, é a própria requisição da autoridade policial. Ou seja, o Delegado de Polícia precisará de autorização judicial para requisitar os dados de localização. Entretanto, se autorizado, ele próprio irá fazer a requisição. E mais! Apenas como regra, pois, se não houver manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, comunicando imediatamente ao juiz, conforme previsto no § 4º do art. 13-B, o que ratifica que essa medida não está submetida a reserva de jurisdição.

Aury Lopes Jr. adota um posicionamento intermediário, entendendo que esse meio investigatório exige, como regra, autorização judicial, “[...] mas, se não houver manifestação do juízo no prazo de 12 horas, a autoridade requisitante (polícia ou MP) poderá fazê-lo diretamente à empresa prestadora de serviço de telecomunicações e/ou telemática”<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Em sentido semelhante, entendendo que as medidas investigativas com reserva de jurisdição poderão ser realizadas sem autorização judicial nas hipóteses análogas às excludentes de ilicitude; e, de forma específica, sobre o uso do GPS, cf. SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 304-306.

<sup>13</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 149.

Sabe-se que a doutrina é uníssona no sentido de afirmar que a jurisdicionalidade, (judicialidade ou reserva de jurisdição) é princípio reitor das medidas cautelares. Ou, de outro modo, que as medidas cautelares no processo penal somente poderiam ser decretadas por ordem judicial<sup>14</sup>. Apesar disso, e estranhamente, a doutrina também não diverge quanto à possibilidade de a autoridade policial (e até mesmo o Ministério Público, em alguns casos), determinar a prática de diversas medidas de caráter cautelar, a exemplo da própria prisão em flagrante (não se desconhece a discussão acerca de sua natureza subcautelar<sup>15</sup> ou pré-cautelar<sup>16</sup>); da requisição de dados cadastrais de suspeitos e vítimas de crimes; fiança; da identificação criminal do indiciado; da apreensão<sup>17</sup>, seja quando decorrente de busca pessoal, seja em outras hipóteses em que o delegado de polícia não dependerá de autorização judicial para apreender o que interessar à investigação.

Desse modo, apesar de a maioria das medidas cautelares penais encontrarem-se acobertadas pela reserva de jurisdição, nenhum problema, técnico ou de legitimidade, haverá na atribuição, pelo legislador ordinário, a outras autoridades, como delegados de polícia, membros do Ministério Público ou parlamentares (quando membros de CPI's), de poder para determinar ou decretar medidas cautelares penais.

Vejamos agora os aspectos técnicos dessa nova medida cautelar, essenciais para alcançarmos o objetivo principal deste trabalho.

---

<sup>14</sup> Por todos, cf. ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 173; PUJADAS TORTOSA, Virginia. *General de medidas cautelares penales: peligrosidad del imputado y protección del proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 156; LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 32; MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 59; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, p. 13; e NICOLITT, André. *Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares*. São Paulo: RT, 50.

<sup>15</sup> CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 488.

<sup>16</sup> LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

<sup>17</sup> PINTOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 109-117, analisa, com percuciência, a natureza jurídica da busca e da apreensão.

## 2. REDES MÓVEIS

Notícia veiculada pela Revista Exame, em 22 de abril 2016, informou que o brasileiro utiliza mais o aparelho celular do que o computador pessoal para acessar a Internet. O ano de 2015 encerrou-se com 191,8 milhões de acessos 3G e 4G. O Brasil, em 2014, já era o sexto maior mercado da venda de *smartphones*. Revelou ainda que a grande maioria dos seus usuários não sai de casa sem o dispositivo.<sup>18</sup>

Um *smartphone* é um tipo de dispositivo móvel que se constitui em um equipamento telefônico que inclui recursos computacionais, interfaces de redes, sistema operacional e que é capaz de executar aplicações. As redes celulares foram estendidas para dar suporte, além da comunicação vocal, ao acesso à rede mundial de computadores, capacitando o telefone celular com recursos de acesso e troca de dados e serviços. A comunicação entre esses dispositivos se dá através do uso de diferentes tecnologias que constituem uma grande infraestrutura denominada de redes móveis.

A Estação Rádio Base (ERB) é um importante mecanismo dessa infraestrutura, sendo responsável pela transmissão e recebimento de voz e dados de um dispositivo que está ligado a ela. Cada estação base recebe e envia informações ao dispositivo móvel e se conecta a outras redes (à Internet, inclusive). Uma ERB fornece, ao mesmo tempo, serviços para vários dispositivos móveis.

Ao se conectar a uma ERB, o dispositivo recebe todos os serviços de rede disponíveis pela empresa prestadora de serviços. Isso inclui a criação de um enlace (*link*) direto entre o dispositivo e a ERB, bem como a distribuição de endereços lógicos de identificação (endereço IP - *Internet Protocol*).<sup>19</sup>

As ERB's compreendem antenas que emitem sinais de radiofrequência - dispostas em torres de transmissão - e que fornecem sinais que abrangem uma área geográfica (de cobertura) denominada célula

---

<sup>18</sup> Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/dino/estatisticas-de-uso-de-celular-no-brasil-dino89091436131/>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

<sup>19</sup> KUROSE, James; ROSS, Keith. *Redes de computadores e a internet: uma abordagem top-down*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2011, p. 379.

-, normalmente representados sobre um formato de hexágono. Células adjacentes possuem faixas de frequência diferentes, evitando interferência entre os serviços fornecidos por diferentes antenas, conforme ilustrado pela figura 1.

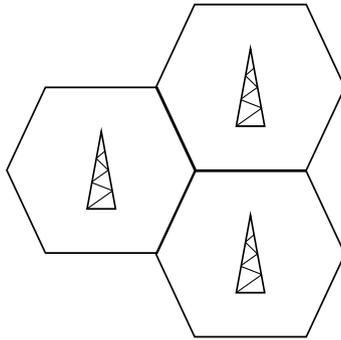


FIGURA 1. Antenas de transmissão e células<sup>20</sup>

Segundo Kurose e Ross<sup>21</sup>, a área de cobertura de uma célula depende de vários fatores, tais como: potência de transmissão da antena e do dispositivo móvel do usuário; tipo, altura e posicionamento da antena, faixa de frequência utilizada, obstáculos (como prédios), dentre outros. As antenas transmitem sinais de rádio de maneira unidirecional ou omnidirecional (em várias direções), dependendo do seu tipo.

O número de telefone do dispositivo móvel não identifica a localização física do mesmo, como acontece com as linhas fixas. São os dígitos iniciais que permitem a identificação da rede de origem da linha telefônica. A rede nativa do telefone mantém um Registro Nativo de Localização (*Home Location Register - HLR*).

Em caso de *roaming*, os centros de comutação móveis (*Mobile Switching Center - MSC*) demandam ao HLR que localize o dispositivo móvel. Neste caso, o dispositivo móvel recebe um número efêmero<sup>22</sup>, o

<sup>20</sup> Adaptado de KUROSE, James; ROSS, Keith. *Redes de computadores e a internet: uma abordagem top-down*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, p. 403.

<sup>21</sup> KUROSE, James; ROSS, Keith. *op. cit.*, p. 381.

<sup>22</sup> KUROSE, James; ROSS, Keith. *op. cit.*, p. 417.

qual é fornecido pelo HLR de maneira temporária, através de um serviço semelhante ao de distribuição de um endereço IP. O MSC nativo, em sequência, estabelece a conexão com o MSC visitado, e por sua vez, com a ERB que está atendendo o usuário móvel naquele momento.

Quando o usuário móvel – utilizando os serviços de telefonia – está em trânsito e ultrapassa os limites de determinada célula, é necessário que se faça uma transferência (denominada de *handoff*) entre ERBs. Outros fatores que demandam o *handoff* são: degradação do sinal da ERB que fornece o serviço, sobrecarga das células mediante grande número de conexões, entre outros.

### **3. EFICÁCIA DOS MEIOS TÉCNICOS LEGAIS PARA A COLETA DE DADOS E INFORMAÇÕES POR MEIO DE DISPOSITIVOS MÓVEIS**

Como já anunciado, a Lei n.º 13.344/2016 ampliou significativamente o poder requisitório do delegado de polícia, especialmente com o novel e especial meio de investigação de acesso aos meios técnicos adequados à localização de vítimas e suspeitos de tráfico de pessoas.

Com efeito, como assevera Aury Lopes Jr.<sup>23</sup>, por meio da redação do art. 13-B, pode-se depreender ser possível a obtenção da localização do suspeito (ou vítima) através do posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência. Essas informações são fornecidas pela Estação Rádio Base (ERB), acionada quando da realização ou recebimento das chamadas do telefone celular da vítima (ou dos suspeitos), relacionados aos crimes de tráfico de pessoas.

O mesmo autor afirma ainda, com acerto, que os dados de localização, fornecidos pela empresa de telecomunicações, indicam apenas uma localização aproximada do dispositivo móvel e que estas informações não podem ser confundidas com seu conteúdo, ao qual somente se terá acesso mediante autorização judicial, nos termos da Lei n.º 9.296/96<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> LOPES JR., Aury. *op. cit.*, p. 148.

<sup>24</sup> LOPES JR., Aury. *op. cit.*, p. 149.

É precisamente a eficácia da localização do dispositivo móvel, através da técnica de medição da intensidade do sinal, que norteia a presente investigação e sobre a qual passamos a analisar.

A Associação Nacional de Advogados de Defesa Criminal<sup>25</sup> dos EUA utiliza duas das técnicas existentes para a localização de um dispositivo móvel celular, quais sejam: a Informação da Localização pelo Local da Célula (CSLI) e o Sistema de Posicionamento Global (GPS). Ademais, um dispositivo móvel pode ser localizado pela técnica do Sistema de Posicionamento Baseado em Wifi.

Pela técnica do CSLI, a posição do dispositivo móvel é localizada mediante a intensidade do sinal de transmissão entre o aparelho e a Estação Rádio Base (ERB). Essa é a técnica autorizada, como regra, pela Lei nº. 13.344/2016. Passemos à sua análise.

Como a ERB fornece serviço a uma área de cobertura com até quilômetros de distância, através de sinal de radiofrequência – normalmente, transmitidos em diversas direções –, a identificação da ERB que está fornecendo serviço a um dispositivo não permitirá sua localização precisa. Através deste recurso, ter-se-á apenas a área de cobertura em que o usuário móvel se encontra. Uma possível análise, à distância, da intensidade do sinal de recepção do aparelho, fornecerá estimativas quanto à sua proximidade da torre de transmissão.

Esta técnica, por si só, mostra-se ineficaz para a localização de um indivíduo, não contribuindo, assim, com a investigação policial que estiver em curso.

### 3.1. TRIANGULAÇÃO E TRILATERAÇÃO

A literatura científica sobre o tema da localização por meio da intensidade do sinal apresenta dois métodos que permitem uma maior acurácia na identificação do posicionamento do dispositivo móvel, a saber: a triangulação e a trilateração.

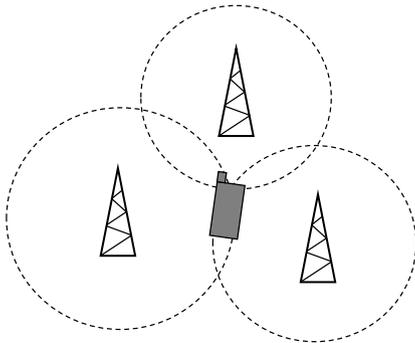
---

<sup>25</sup> NATIONAL ASSOCIATION OF CRIMINAL DEFENSE LAWYERS (NACDL), *Cell Phone Location Tracking*, 2016. Disponível em: <[https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/2016-06-07\\_Cell-Tracking-Primer\\_Final.pdf](https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/2016-06-07_Cell-Tracking-Primer_Final.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2017. p 1.

Sem olvidar do propósito deste artigo, que se concentra na análise da eficácia, apresentaremos esses métodos, sem aprofundamentos quanto aos cálculos matemáticos ou algoritmos que os envolve.

A triangulação, segundo Roxin *et al*<sup>26</sup>, permite a estimação da direção de chegada do sinal do dispositivo móvel pela intersecção da identificação de seu sinal por três torres (ERB) adjacentes.

Na trilateração - um avanço da triangulação -, segundo o mesmo autor, é calculada a distância entre a ERB e o dispositivo móvel, por meio da análise da força do sinal recebido pelo aparelho (*Received Signal Strength* – RSS). Esta análise é realizada através de um algoritmo matemático que envolve como parâmetro o raio de alcance do sinal, também calculado pela intersecção entre três torres. A figura 2 ilustra este princípio.



**FIGURA 2.** Intersecção do raio de cobertura de três torres<sup>27</sup>

As técnicas mencionadas para localização do dispositivo por meio da análise da intensidade do sinal, e que se interpreta como estando entre as permitidas pelo texto legal, quando menciona o referido termo, explicando o seu significado (§ 1º do art. 13-B), a saber: “posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência”.

<sup>26</sup> ROXIN, A., GABER, J., WACK, M., NAIT SIDI MOH, A. *Wireless Geolocation Techniques: a survey. Globecom Workshops*, IEEE, 2007.

<sup>27</sup> Adaptado de ROXIN, A., GABER, J., WACK, M., NAIT SIDI MOH, A. *Wireless Geolocation Techniques: a survey. Globecom Workshops*, IEEE, 2007.

As técnicas baseadas em RSS não apresentam acurácia, nem precisão na localização do dispositivo, fornecendo informação de posicionamento do dispositivo móvel com margem de erro de até centenas de metros. A imprecisão aumenta em área rural ou de baixa densidade populacional, pois, pelo maior espaçamento entre as células (ou seja, entre as ERBs), a triangulação/trilateração se torna menos eficaz.

Outros algoritmos matemáticos podem ser utilizados em técnicas de mapeamento - frutos de pesquisas científicas sobre o problema da geolocalização -, para aumentar a precisão do cálculo do posicionamento mediante a análise do sinal (permitida pela lei em análise). Nada obstante, necessitam de um conjunto complexo de parâmetros, como: altura precisa da torre, posição da antena na torre, ângulo de inclinação da antena, real intensidade do sinal no instante da análise, tempo de chegada do sinal, análise dos obstáculos que as ondas de rádios frequência atravessam, entre outros. O esquema da figura 3 ilustra alguns parâmetros utilizados nessa análise.

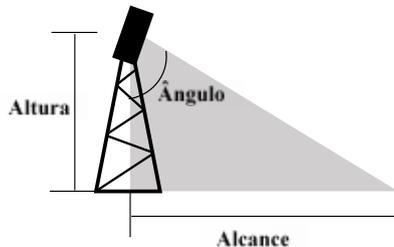


FIGURA 3. Alguns parâmetros utilizados para aumentar a acurácia na localização<sup>28</sup>

Mesmo que seja possível a inferência de tais fatores, e que a prestadora de serviços de telecomunicações possua recursos humanos e materiais para calculá-las; a localização pela análise do sinal continuará sendo uma tarefa demorada e imprecisa. Yassin e Rachid<sup>29</sup> também cor-

<sup>28</sup> Adaptado de ROXIN, A., GABER, J., WACK, M., NAIT SIDI MOH, A. *Wireless Geolocation Techniques: a survey. Globecom Workshops, IEEE, 2007.*

<sup>29</sup> YASSIN, M.; RACHID, E. *A Survey of Positioning Techniques and Location Based Services in Wireless Networks. In: IEEE 2015 Int. Conf. Signal Processing, Informatics, Communication and Energy Systems, Feb 2015, Kozhikode, India. 2015.*

roboram esse entendimento, ao relatarem os problemas da acurácia das técnicas de CSLI, em virtude da interferência e variedade de direções das ondas de radiofrequência.

### 3.2. OUTRAS TÉCNICAS DE LOCALIZAÇÃO

Técnica mais moderna de geolocalização, e que fornece precisão muito maior - com margem de erro de centímetros -, na identificação do posicionamento do dispositivo móvel celular, é o GPS (*Global Position System*). Para Roxin *et al.*<sup>30</sup>, o GPS é considerado o dispositivo de localização *outdoor* de maior precisão, e é um recurso presente na grande maioria dos dispositivos móveis disponíveis no mercado. Nada obstante, os dados de localização não são fornecidos pela Estação Rádio Base (ERB), mas por satélites.

Os satélites que orbitam em torno da Terra fornecem a posição do dispositivo móvel do usuário através de sinais de *broadcasting* contínuos, informando o posicionamento e a direção em caso de deslocamento. A distância entre o satélite e o receptor é calculada pelo tempo preciso que o sinal leva até chegar ao seu destino<sup>31</sup>. Aqui a técnica utilizada também é a trilateração, porém, livre das interferências que acometem a localização CSLI.

Yassin e Rachid<sup>32</sup> também apresentam gráfico comparativo sobre a acurácia da localização por meio das técnicas mencionadas, que mostram o GPS com acurácia muito superior à identificação do celular por intensidade do sinal de rádio.

A *Mobile Marketing Association* (MMA)<sup>33</sup> publicou documento que trata da acurácia de dados de localização de dispositivos móveis. No referido artigo, esclareceu que a acurácia (exatidão) se relaciona com

<sup>30</sup> ROXIN, A., GABER, J., WACK, M., NAIT SIDI MOH, A. op. cit.

<sup>31</sup> YASSIN, M.; RACHID, E. op. cit.

<sup>32</sup> YASSIN, M.; RACHID, E. op. cit.

<sup>33</sup> MOBILE MARKETING ASSOCIATION. *Demystifying Location Data Accuracy: The new frontier and biggest mobile opportunity*. Outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.mmaglobal.com/documents/demystifying-location-data-accuracy>>. Acesso em: 01 abr. 2017. p. 7.

a localização real do dispositivo no momento da medição; e precisão refere-se à proximidade de duas ou mais medições entre si. A figura 4 elucida estes termos técnicos.

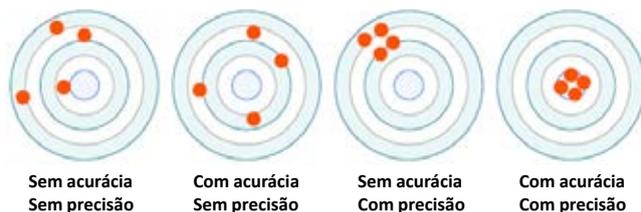


FIGURA 4. Acurácia e Precisão na localização de dispositivos móveis [Adaptado de *Mobile Marketing Association*]

A MMA também esclarece que o GPS possui maior acurácia e precisão; e que a triangulação celular possui acurácia, mas constitui-se em técnica imprecisa – sendo mais adaptada para localização por vizinhança.

Ademais, as vantagens da localização por GPS em relação ao CSLI, os sistemas operacionais dos dispositivos móveis (e.g. IOS e Android) fornecem, nativamente, serviços de localização por meio de aplicativos computacionais. Outros, inúmeros softwares também são encontrados para localizar o dispositivo móvel em casos de perda ou furto. Outros sensores, também disponíveis em diversos *smartphones* permitem, por meio desses aplicativos que rodam no sistema operacional do dispositivo, incrementar a acurácia com dados de altitude e velocidade de deslocamento. Informações como endereço IP do dispositivo também são úteis no processo de localização.

A localização através da tecnologia GPS pode se enquadrar em “outros” meios técnicos dos quais faz referência o citado art. 13-B, do CPP, não se tratando, portanto, de prova atípica, aplicável por analogia ou interpretação extensiva<sup>34</sup>. Em verdade, estamos diante de uma interpretação analógica, o que está de acordo com o princípio da legalidade. Entretanto, alguns detalhes técnicos são necessários para a utilização

<sup>34</sup> Para SOARES, Gustavo Torres, *op. cit.*, p. 299, inovações investigativas baseadas na analogia e na interpretação analógica são toleráveis.

deste recurso – mais rápido e preciso de localização –, de acordo com as situações que se esmiúçam a seguir:

*Dispositivo possui pacote de dados habilitado e a antena GPS está habilitada:* constitui-se no cenário ideal e mais simples para captura da informação desejada, *i.e.*, a identificação remota dos dados de localização é imediata. Inclusive com possibilidade de acesso, não só ao posicionamento atual, como ao histórico de navegação do GPS. Há, ademais, aplicativos nativos de alguns sistemas operacionais de *smartphones* e *tablets* que permitem tal localização automática, como um serviço de auxílio de localização em caso de perdas.

*Dispositivo possui pacote de dados habilitado e a antena GPS está desabilitada:* a prestadora de serviços deve usar recurso tecnológico necessário para habilitação remota da antena GPS, para então capturar as informações de localização.

*Dispositivo não possui pacote de dados habilitado e a antena GPS está habilitada:* a provedora de serviços deve habilitar remotamente um pacote de dados para aquela linha telefônica, a fim de que se possa capturar as informações de localização. Haja vista, que os dados de localização são transmitidos por pacote de dados e não por cálculo de intensidade do sinal de radiofrequência.

*Dispositivo não possui pacote de dados habilitado e antena GPS está desabilitada:* a prestadora de serviços deve habilitar remotamente tanto o pacote de dados, quanto a antena GPS.

Faz-se necessário esclarecer que, em todos os casos supracitados, a habilitação/utilização de um pacote de dados gerará um ônus financeiro cuja responsabilidade deve ser questionada, se pertencente ao Estado, à provedora de serviços de telefonia, à vítima ou ao suspeito. Para o caso da simples captura da localização atual do dispositivo, não há que se falar em ônus substancial; nada obstante, o mesmo não acontece com um monitoramento da navegação do dispositivo durante um intervalo considerável de tempo, ou seja, a análise da movimentação do aparelho.

Ademais, conforme mencionado nos itens (ii) e (iv), a habilitação remota da antena GPS requer – em caso de não haver aplicativos gerenciadores de localização pré-instalados e configurados no dispositivo –, o acesso remoto ao aparelho para instalação de aplicativos/serviços que venham habilitar o dispositivo de localização por GPS.

A análise da intensidade do sinal de rádio frequência, diferentemente da captura de dados de geolocalização por GPS, é transparente ao usuário<sup>35</sup>, haja vista não necessitar de nenhuma informação de dados fornecida pelo seu dispositivo móvel.

Outra técnica de localização, discutida por Akabari *et al.*<sup>36</sup>, trata do uso da trilateração para localização de dispositivos via rede Wi-fi. Nesta técnica, semelhante à trilateração anteriormente discutida, a localização é realizada pela intensidade do sinal dos dispositivos móveis que estão conectados à uma determinada rede Wi-fi (com acesso à Internet), como as disponíveis em: aeroportos, *shoppings*, empresas, restaurantes, dentre outros. A acurácia desta técnica – apesar de utilizar a intensidade do sinal da antena Wi-fi – é bem maior, haja vista, que não se trata de grandes áreas geográficas (como as redes de telefonia móvel celular), mas pequenas áreas (normalmente, uma infraestrutura *indoor*) de abrangência de um sinal Wi-fi.

Nada obstante, a problemática legal é semelhante à discutida na localização por GPS, qual seja, é necessário que o dispositivo móvel possua um pacote de dados habilitado, bem como sua antena Wi-fi deve estar habilitada e que o usuário esteja conectado à Internet através da rede sem fio do estabelecimento. Algumas redes Wi-fi, anteriormente acessadas pelo dispositivo, podem ter conexão automática quando o mesmo se encontrar em sua área de alcance. Isto pode facilitar a localização de uma vítima, nestas situações.

Ademais, a localização através desta técnica necessita de algumas informações adicionais, a saber: a identificação do usuário e do endereço IP (*Internet Protocol*) que está utilizando para acessar a Internet (naquele dado momento). O endereço IP permitirá a identificação da

---

<sup>35</sup> AKABARI, Vrajesh., DHEDHI, Divyesh., RABADIYA, Vishal., DOIPHODE, Siddhesh. *A Survey on Android based Indoor Wi-Fi Positioning System using Tri-Lateration*. In: International Journal of Computer Applications – IJCA. Proceedings on National Conference on Role of Engineers in National Building. NCRENB 2016, p. 25, 2016. Disponível em: <<http://research.ijcaonline.org/ncrenb2016/number1/ncrenb4032.pdf>>. Acesso em: 6 mai. 2017.

<sup>36</sup> AKABARI, Vrajesh; DHEDHI, Divyesh; RABADIYA, Vishal; DOIPHODE, Siddhesh, *op. cit.*, p. 26.

infraestrutura Wi-fi (localização do estabelecimento) a qual o dispositivo móvel está conectado.

A partir desta informação, a trilateração para a localização *indoor*, segundo Akabari *et al.*<sup>37</sup>, pode ser realizada por diferentes algoritmos computacionais, com acurácia de até 1,5 metros em ambientes internos.

Outra técnica é a identificação do endereço IP, a qual mostra-se de grande importância para a localização, sobretudo quando o dispositivo móvel se encontra conectado a uma rede Wifi. Tal tipo de conexão já se tornou bastante frequente e é instrumento de grande acurácia para localização em locais fechados (*indoor*), como em residências, shoppings, aeroportos, universidades ou outros estabelecimentos que fornecem o acesso (gratuito ou não) a essas redes. Por meio do endereço IP fornecido ao dispositivo móvel pelos pontos de acesso Wifi, pode-se determinar a sua localização enquanto fizer uso dos serviços dessa rede.

Tal mecanismo permite que outros dispositivos, da vítima ou dos suspeitos, possam ser localizados – mesmo os que não acessam as redes móveis 3G ou 4G –, o que incluem *tablets* ou *laptops*.

Técnicas e serviços mais modernos, já disponíveis e em pleno uso, permitem a combinação de dados de triangulação celular, triangulação Wifi (realizada pela intersecção de três pontos de acesso Wifi) e posicionamento GPS, proporcionando grande acurácia na localização.

#### **4. LEGALIDADE E CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS “OUTROS” MEIOS TÉCNICOS DISPONÍVEIS PARA A LOCALIZAÇÃO DE DISPOSITIVOS MÓVEIS**

Para se obter a informação de localização do dispositivo móvel, através das técnicas supracitadas, que perpassam a simples análise da intensidade do sinal de radiofrequência, faz-se necessário o acesso a recursos e serviços inovadores que, como dito acima, encontram-se entre os “outros” meios previstos no art. 13-B do CPP.. Apesar disso, não faltarão vozes questionando sua legalidade e conformação constitucional.

---

<sup>37</sup> AKABARI, Vrajesh; DHEDHI, Divyesh; RABADIYA, Vishal; DOIPHODE, Siddhesh, *op. cit.*, p. 27.

Antes de tudo, é necessário que o dispositivo móvel tenha ativado o sensor GPS e habilitado um pacote de dados, uma vez que as informações de localização, por essas técnicas, são transmitidas via tráfego de pacote de dados e não por cálculo de intensidade de sinal de antenas.

Com o GPS e o pacote de dados habilitados, poder-se-á identificar, em tempo real, a localização do dispositivo via posição do GPS ou – se autenticado em alguma rede Wifi pública ou privada – pela identificação do local do dispositivo que lhe forneceu o endereço IP. Pode-se, inclusive, combinar as diferentes técnicas de localização, como apresentado.

Caso o dispositivo não tenha habilitado os serviços referidos, a operadora de serviços de telecomunicações pode fazê-lo remotamente, como explicado acima. Existem aplicações de software disponíveis no mercado que também permitem a habilitação remota do sensor GPS.

As rotas percorridas pelo dispositivo móvel também são armazenadas no histórico de tais aplicações, as quais permitem uma análise do percurso que o aparelho fez durante determinado tempo. Nada obstante, a habilitação do pacote de dados pode gerar ônus financeiro para o usuário do dispositivo móvel, e, em casos normais, precisa de sua autorização.

Na investigação policial, a utilização desses recursos se constitui em técnicas mais precisas e rápidas para a localização da vítima e/ou suspeito. Ademais, não há necessidade de conhecimento técnico aprofundado para habilitar tais serviços e obter essas informações. Reitera-se, existem ferramentas disponíveis pelo próprio fabricante do dispositivo que permitem sua localização remota. Nada obstante, normalmente a ativação de tais recursos necessita da autorização do proprietário da linha habilitada no dispositivo.

A informação da posição – por meio do GPS – embora não se configure como “sinal”, sem dúvida está autorizada legalmente, vez que se mostra como “outro” meio técnico adequado à localização de vítimas ou suspeitos, podendo, portanto, ser requisitado pelo delegado de polícia, nos termos do art. 13-B, *caput*, do CPP.

O que não está previsto em lei e cuja constitucionalidade mostra-se questionável é a obrigação de as empresas prestadoras de serviços telefônicos e/ou telemáticos habilitarem um pacote de dados sem autorização do cliente (vítima ou suspeito de tráfico de pessoas), quando esses não o tiverem, claro. A quem caberia o ônus financeiro dessa

medida? À vítima ou ao suspeito de tráfico de pessoas? À operadora telefônica e/ou telemática? Ao Estado?

*No direito comparado, a NACDL*<sup>38</sup> apresenta uma variedade de regimes legais utilizados nos EUA, para permitir o acesso à informação de localização do dispositivo móvel. Tais permissões englobam o acesso a essa informação via CSLI e via GPS. Segundo esse documento, para fatos específicos e articuláveis que mostram que as informações solicitadas são materiais e relevantes para a investigação criminal em andamento, permite-se liberação ao histórico de localização, e, mais raramente, informações prospectivas de localização.

Ponderando-se a importância dos bens jurídicos em questão, especialmente a vida e a liberdade da vítima de tráfico de pessoas, de um lado, e o patrimônio (da vítima ou do suspeito), de outro, entendemos que é razoável a habilitação automática, pelas empresas de serviços telefônicos e/ou telemáticos, do pacote de dados necessários para a localização de vítimas e suspeitos de crime de tráfico de pessoas, através das técnicas mais precisas e eficazes, a exemplo do GPS.

Sobre o ônus de arcar com os custos financeiros de tais medidas, entendemos que deve ser do Estado, detentor do monopólio da investigação criminal. Nada obsta, porém, que haja um acordo de parceria entre o Estado e as empresas prestadoras de serviços telefônicos e/ou telemáticos, para que caiba a estas, e não ao Estado, arcar com os custos dessas operações. Esse ônus só não pode recair às vítimas ou aos suspeitos, pelo menos não na atual arquitetura constitucional e legal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar se os meios técnicos disponíveis e normalmente utilizáveis são eficazes para a localização de vítimas e suspeitos de crime de tráfico de pessoas. Para tanto, apresentou uma perspectiva técnica e tecnológica de alguns dos principais recursos

---

<sup>38</sup> National Association of Criminal Defense Lawyers (NACDL), *Cell Phone Location Tracking*, 2016. Disponível em: <[https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/2016-06-07\\_Cell-Tracking-Primer\\_Final.pdf](https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/2016-06-07_Cell-Tracking-Primer_Final.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2017. p.1.

disponíveis para a localização de dispositivos móveis que – em inúmeras situações –, podem auxiliar na localização da vítima ou dos suspeitos de um delito.

Ademais, foi apresentada uma análise da eficácia dos meios técnicos disponíveis, notadamente, a Localização pelo Local da Célula (CSLI) que se dá por técnicas de triangulação e trilateração, envolvendo a aplicação de cálculos matemáticos. Tais artifícios são necessários para que se aumente a acurácia e precisão na localização, pois a intensidade do sinal de recepção do aparelho permite apenas uma localização aproximada.

Mesmo que a provedora de serviços de telecomunicações possua recursos para aplicação de tais técnicas, estas ainda são consideradas – pela literatura –, meios imprecisos de localização. Apesar disso, a análise da intensidade do sinal de radiofrequência, bem como seu posicionamento na área de cobertura da rede celular é a regra entre os recursos técnicos previstos pelo art. 13-B do CPP, incluído da Lei nº 13.344/2016.

Existem outras técnicas de localização, relatadas na literatura, como meios mais precisos para a localização, *e.g.*, o *Global Position System*, que permite a localização do dispositivo através da captura da informação de sua localização pelo sinal GPS. Constitui-se em método com maior acurácia e precisão, sobretudo para a localização em áreas externas.

O GPS até se enquadra nos “outros” meios técnicos dos quais faz referência o citado art. 13-B do CPP, atendendo, pois, ao princípio da legalidade probatória, reconhecível a partir da, assim chamada, interpretação analógica. Entretanto, para a utilização desse recurso, faz-se necessária a ativação da antena GPS do dispositivo móvel, bem como a utilização da rede de dados, o que geraria custos financeiros.

Quanto à habilitação de dados da vítima, ou apenas a utilização do seu pacote, caso já o possua, parece razoável se sustentar que o ônus de arcar com esses custos estaria dentro do que poderíamos chamar de consentimento presumido, já que, nas circunstâncias do caso, ela não poderia expressar seu aceite, mas que, igualmente pela configuração do caso concreto, seria justificável, por ser necessário, adequado e proporcional à cessação de um estado flagrancial. Veja-se que a restrição ao direito fundamental de propriedade, mais especificamente, do *patrimônio*, da vítima, mostra-se justificada diante da salvaguarda dos demais

direitos fundamentais cuja afetação ou restrição, pelos autores de crimes, estaria em risco ou já configurada.

O problema maior revela-se quando a necessidade for de habilitação de dados dos suspeitos. De quem será o ônus de sua ativação? Deles mesmos, ainda que sem autorização? Das empresas prestadoras desses serviços? Ou do Estado?

Entendemos deva ser, como regra, do Estado, detentor do monopólio da investigação criminal e do próprio poder punitivo. Nada obsta, porém, que haja um acordo de parceria entre o Estado e as empresas prestadoras de serviços telefônicos e/ou telemáticos, para que estas, e não o Estado, arque com os custos dessas operações. Esse ônus só não pode recair aos suspeitos, ao menos não na atual arquitetura constitucional e legal.

Por fim, concluímos que os sinais, informações e outros meios técnicos que possibilitem localizar vítimas e investigados não se encontram protegidos por sigilo. E, embora restrinja os direitos fundamentais à privacidade e/ou intimidade dos envolvidos (vítimas e suspeitos), sua restrição não depende de prévia autorização judicial. Mesmo para aqueles que defendem que a restrição à privacidade e/ou intimidade está reservada à autorização judicial, ainda assim esta seria afastada, já que em todas as hipóteses autorizadoras da medida analisada configuram situação flagrancial permanente, ensejadoras de medidas investigativas análogas às excludentes de ilicitude.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. *A retórica do direito fundamental à privacidade: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Tráfico de pessoas: lei 13.344/2016 comentada por artigos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

AKABARI, Vrajesh., DHEDHI, Divyesh., RABADIYA, Vishal., DOIPHODE, Siddhesh. *A Survey on Android based Indoor Wi-Fi Positioning System using Tri-Lateration*. In: International Journal of Computer Applications – IJCA. Proceedings on National Conference on Role of Engineers in National Building. NCRENB 2016, p. 25, 2016. Disponível em: <<http://research.ijcaonline.org/ncrenb2016/number1/ncrenb4032.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

KUROSE, James; ROSS, Keith. *Redes de Computadores e a Internet: uma abordagem top-down*. 5ª ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2011.

LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

MOBILE MARKETING ASSOCIATION. *Demystifying Location Data Accuracy: the new frontier and biggest mobile opportunity*. Outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.mmaglobal.com/documents/demystifying-location-data-accuracy>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

National Association of Criminal Defense Lawyers (NACDL), *Cell Phone Location Tracking*, 2016. Disponível em: <[https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/2016-06-07\\_Cell-Tracking-Primer\\_Final.pdf](https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/2016-06-07_Cell-Tracking-Primer_Final.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NICOLITT, André. *Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares*. São Paulo: RT, 2015.

PINTOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales: peligrosidad del imputado y protección del proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

RAMÓN AUGUSTINA, José. *Sobre la utilización oculta de GPS en investigaciones criminales y detención de fraudes laborales: análisis jurisprudencial comparado en relación con el derecho a la intimidad*. La ley penal: revista de derecho penal, procesal penal y penitenciario, Madrid, v. 10, n. 102, p. 21-29, mai./jun. 2013.

ROXIN, A., GABER, J., WACK, M., NAIT SIDI MOH, A., *Wireless Geolocation Techniques: a survey*. Globecom Workshops, IEEE, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leito. *Direito à intimidade e à vida privada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.*

SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

YASSIN, M.; RACHID, E. *A Survey of Positioning Techniques and Location Based Services in Wireless Networks.* In: IEEE 2015 Int. Conf. Signal Processing, Informatics, Communication and Energy Systems, Feb 2015, Kozhikode, India. 2015.

---

#### DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 10/04/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 11/04/2017
- Avaliação 1: 16/04/2017
- Avaliação 2: 21/04/2017
- Avaliação 3: 27/04/2017
- Decisão editorial preliminar: 28/04/2017
- Retorno rodada de correções 1: 15/05/2017
- Decisão editorial final: 16/05/2017

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (MMGV)
- Revisores: 3

---

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SANTOS, Cleopas I.; VALE, Samyr B. A Lei nº 13.344/2016 e as novas técnicas de localização de vítimas e suspeitos de crimes de tráfico de pessoas: eficácia, legalidade e conformação constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 633-658, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.77>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

*Fundamentos de*  
*Direito Processual Penal*

---



# Gênese da reforma constitucional do “*giusto processo*” na Itália<sup>1</sup>

*The genesis of the “giusto processo” constitutional reform in Italy*

**Paolo Ferrua**

Professor Ordinário/titular de Processo Penal na *Università degli Studi di Torino*/Itália  
paolo.ferrua@unito.it

 [orcid.org/0000-0002-7459-6762](https://orcid.org/0000-0002-7459-6762)

---

**RESUMO:** Este escrito analisa o complicado cenário que, a partir da promulgação do vigente código de processo penal italiano, em 1999 resultou na reforma constitucional do “*giusto processo*”. Inspirado em uma lógica acusatória, o código de 1988 tinha introduzido a “regra de ouro” do contraditório na formação da prova, estabelecendo a irrelevância probatória das declarações secretamente recolhidas pelos órgãos de investigação preliminar. Mal recebidos pela maioria da magistratura, os princípios acusatórios foram suprimidos em 1992 pela “revolução inquisitória” ocasionada por três sentenças da Corte constitucional (n. 24, 254, 255). Partindo do pressuposto de que o contraditório na formação da prova viola o *accertamento* da verdade, a Corte constitucional demoliu a “regra de ouro”, atribuindo valor probatório a todas (ou quase) declarações unilateralmente recolhidas na investigação preliminar pelo MP ou pela polícia. De fato, o erro da Corte constitucional não foi ter colocado como finalidade do processo penal o *accertamento* da verdade, o que precisa ser almejado por qualquer processo que aspire a confiança dos cidadãos. Ele foi, na verdade, ter considerado que o contraditório como um obstáculo à busca da verdade, ocasionando uma infeliz oposição entre dois valores que deveriam se relacionar intimamente. Essencial para a função cognitiva do processo é, de fato, exatamente o contraditório, ou seja, o método que, como ensina a ciência, consiste em submeter as hipóteses a serem provadas

---

<sup>1</sup> Versão em português do capítulo 1 do livro: FERRUA, Paolo. *Il ‘giusto processo’*. 3ª ed. Bologna: Zanichelli, 2012. p. 1-17. Tradução de Bruna Capparelli e Vinicius Gomes de Vasconcellos. Agradece-se a editora Zanichelli pela autorização da publicação.

às mais severas tentativas de confrontação e falsificação; enquanto, por outro lado, parece totalmente razoável desconfiar daquilo que foi formado em segredo e, especialmente, das declarações que inevitavelmente tomam primazia na influência de quem, em posição de autoridade, as tenha unilateralmente recolhido. Uma tímida e parcial tentativa de recuperação do contraditório foi posteriormente operada pela lei 267 de 1997, que negou valor probatório às anteriores declarações sobre a responsabilidade de outros coimputados que depois em juízo tenham exercido o direito ao silêncio. A lei, todavia, até mesmo em razão das suas objetivas incongruências, acaba novamente declarada ilegítima pela Corte constitucional com a sentença 361 de 1998. Dessa vez, porém, surgem, junto com a União das Câmaras penais, também as forças políticas, feridas pela censura a uma lei que pouco antes tinha sido aprovada quase que unanimemente. Rapidamente acaba aprovada a reforma constitucional do “*giusto processo*” (lei constitucional n. 2 de 23 de novembro de 1999), com a qual se afirma textualmente que “o processo penal é regulado pelo princípio do contraditório na formação da prova” (tradução livre, art. 111, inciso 4º Const).

**PALAVRAS-CHAVE:** *Giusto processo*; prova; prova declarativa; sistema acusatório; contraditório; Corte constitucional; Constituição; processo penal italiano.

**ABSTRACT:** *This paper analyzes the complicated scenario that, starting with the promulgation of the current Italian criminal procedure code, in 1999 resulted in the constitutional reform of the “giusto processo”. Inspired by an accusatory logic, the 1988 Code had introduced the contradictory “golden rule” in the formation of evidence, establishing the irrelevance of declarations secretly collected by the preliminary investigation actors. Unhappily received by the majority of the judiciary, the accusatory principles were suppressed in 1992 by the “inquisitorial revolution” caused by three constitutional court decisions (No. 24, 254, 255). Assuming that the contradictory in evidence production violates the search for the truth, the Constitutional Court has demolished the “golden rule,” attributing probative value to all (or almost) statements unilaterally collected in the preliminary investigation by the prosecutor or the police. In fact, the mistake of the Constitutional Court was not figuring that the function of the criminal process is the revelation of the truth, which must be sought by any process that aspires the confidence of the citizens. The mistake was actually considering the contradictory as an obstacle to the pursuit of truth, causing*

*an unfortunate opposition between two values that should be closely related. Essential to the cognitive function of the process is, in fact, the contradictory, the method which, as science clarifies, consists in subjecting the hypotheses to be proved to the most severe attempts of confrontation and falsification; while, on the other hand, it seems entirely reasonable to distrust what has been formed in secrecy, and especially the declarations that inevitably take preference to influence those who, in a position of authority, have unilaterally collected them. A reticent and partial attempt to recover the contradictory was later operated by Law 267 of 1997, which denied the probative value of previous statements on the responsibility of other co-defendants who afterwards exercised their right to silence. The law, however, even by reason of its objective inconsistencies, has been declared illegitimate once more by the Constitutional Court, with sentence 361 of 1998. But this time, together with the Union of Criminal Chambers, also appear the political forces, wounded by the censorship of a law that had been adopted almost unanimously shortly before. After that, promptly was approved the constitutional reform of the “giusto processo” (Constitutional Law No. 2 of November 23, 1999), which affirms that “criminal proceedings are regulated by the contradictory principle in the production of evidence (Article 111, paragraph 4, Const).*

**KEYWORDS:** *Giusto processo; evidence; declarative evidence, accusatorial system; confrontation; constitutional court; constitution; Italian criminal procedure.*

**SUMÁRIO:** 1. Um longo caminho reformador - 2. O código de 1988 e a regra de ouro do contraditório - 3. A reviravolta inquisitória: a sentença constitucional sobre o depoimento de policial judiciário - 4. 4. (Segue): a sentença constitucional sobre a eficácia probatória das contestações - 5. Tentativas de recuperação das garantias: o garantismo “seletivo” da lei 267 de 1997 e o projeto da Comissão bicameral - 6. A sentença constitucional 361 de 1998 - 7. A reforma do art. 111 da Constituição - 8. Princípios de civilidade processual ou *esprit de ressentiment*? - Referências.

---

## **1. UM LONGO CAMINHO REFORMADOR**

Com a expressão “*processo justo*” se pode indicar tanto um modelo ideal de processo, independentemente das suas realizações históri-

cas, quanto as descrições que caracterizam o processo dentro dos sistemas que a esta ou a outras fórmulas se lembre: o *fair trial* e o *due process of law* da tradição anglo-americana, o *procès équitable* da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e, enfim, o *giusto processo* nos termos do artigo 111 Const. italiana. Aqui a análise se direcionará principalmente neste último diapasão, sem negligenciar as relações com outros modelos ideais ou históricos de justiça procedimental.

Na Itália o antecedente imediato da reforma constitucional sobre o “*processo justo*” é, sem dúvida, o projeto apresentado na XIII legislatura pela Comissão bicameral para as reformas constitucionais, cujo art. 130 se refere em larga medida este texto em análise. Mas dificilmente se entenderia o sentido das novas disposições constitucionais (e o projeto da comissão), se não o enquadrasse em um cenário reformador maior, iniciado com o código de processo penal vigente e, em alguns momentos, caracterizado pela forte conflitualidade entre o poder político e o Judiciário, entre o parlamento e a Corte constitucional.

Vamos recapitular brevemente as principais etapas desse percurso.

## 2. O CÓDIGO DE 1988 E A REGRA DE OURO DO CONTRADITÓRIO

O ponto de partida, como dito, é dado pela promulgação do novo código de processo penal que marcou uma mudança radical do modelo e, em particular, uma revolução no modo de conceber o contraditório no âmbito da prova oral<sup>2</sup>, resumido eficazmente no slogan “do contraditório sobre a prova ao contraditório para a prova”.<sup>3</sup> Ao modelo misto que, com diferentes variantes, constantemente dominou na Itália, substituiu-se o modelo acusatório, já almejado por grande parte da doutrina, mas sempre objeto de feroz resistência. O contraditório, que no sistema anterior se exercia essencialmente sobre provas já produzidas, como as atas dos depoimentos das declarações

<sup>2</sup> Determinante sobre as escolhas acusatórias do código de 1988, o pensamento de F. Cordero (v., sobretudo, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, mas também as várias edições da primeira *Procedura penale*, Milano, 1966).

<sup>3</sup> D. Siracusano, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, em *Legislazione penale*, 1989, 84.

recolhidas pelos órgãos investigadores, agora se realiza no momento exato de formação da prova. Em razão disso, há a separação clara entre a investigação preliminar, onde a acusação e a defesa realizam unilateralmente a busca de fontes de prova, e o *dibattimento*,<sup>4</sup> no qual as provas se formam em contraditório diante do juiz com a contribuição direta das partes. Funcional à ideia do contraditório em sentido forte é o complexo das disposições a garantir aquela que o bom direito pode definir como a *regra de ouro do processo acusatório*: as declarações de testemunhas e coimputados valem como prova no processo somente se “produzidas”<sup>5</sup> com o método do exame cruzado; e, salvo exceções taxativamente previstas (por ex. a superveniente irrepetibilidade), nenhuma declaração recolhida unilateralmente pode ser utilizada como prova no julgamento, nem sequer ser contestada durante o depoimento oral de quem as declarou.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> N. d. T.: Regulamentado pelos artigos 470-523 CPP italiano, o *dibattimento* é um segmento do *giudizio* e consiste na fase central do processo penal italiano, onde são recolhidas e adquiridas as provas no respeito do contraditório entre as partes. Ver: ILLUMINATI, Giulio. *Il giudizio*. In: CONSO, Giovanni, GREVI, Vittorio, BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*. Padova: CEDAM, 2014, p. 797 s. Trata-se do momento de juízo oral, que pode ser comparado com a audiência de instrução e julgamento do procedimento ordinário penal brasileiro, embora com distinções, em razão de sua essencialidade oral e concentrada, além de sua caracterização como efetiva segunda fase do procedimento, após o juízo de abertura realizado na etapa intermediária do processo.

<sup>5</sup> N. d. T.: O modelo típico do sistema processual italiano impõe, como regra geral, o princípio de disponibilidade das provas entre as partes, que é formada no *dibattimento* e em contraditório, excluindo tendencialmente poderes de iniciativa do juiz: a função deste é limitada à vigilância do correto exercício dos poderes atribuídos às partes e à verificação do cumprimento do ônus que recai sobre elas. Tanto que o art. 190, inciso 1, CPP italiano dispõe que “as provas são admitidas sob requerimento das partes”. Dito princípio se realiza por meio da *cross examination*.

<sup>6</sup> N. d. T.: A “contestação” é um instrumento jurídico previsto no art. 500 do c.p.p. italiano de 1988, o qual almeja impugnar uma declaração realizada na fase de juízo oral (audiência de instrução) que se mostre distinta a depoimentos anteriormente prestados pela mesma pessoa, em momento da investigação preliminar. Por meio da “contestação” pretende-se fragilizar a credibilidade do depoimento oral prestado em contraditório, afastando a sua importância para a posterior decisão judicial. Contudo, ainda que tenha contato com a versão apresentada pelo depoente na investigação prelimi-

Duas disposições são particularmente relevantes a esse propósito e, não por acaso, sobre elas recairão, com a reviravolta inquisitória, o machado da Corte constitucional.

A primeira, norma-símbolo de um processo fundado no contraditório, fixa uma clara regra de exclusão probatória em relação às declarações recolhidas na investigação preliminar e contestadas à testemunha que, no *dibattimento*, sustente uma diferente versão dos fatos: “A declaração utilizada para a contestação, até mesmo se lida pela parte, não pode constituir prova dos fatos nela afirmados”; regra submetida a limitadíssimas exceções em caso de “declarações recolhidas pelo ministério público ou pela polícia judiciária durante as buscas e apreensões ou no lugar e na proximidade-imediação do fato” (texto original do art. 500, 3º e 4º incisos, c.p.p.). A segunda regra se refere à proibição da testemunha indireta<sup>7</sup> da polícia judiciária: “Os oficiais e os agentes de polícia judiciária não podem depor sobre o conteúdo das declarações prestadas por testemunhas” (texto original do art. 195, 4º inciso, c.p.p.); proibição plenamente compatível com a irrelevância probatória daquelas próprias declarações, porque seria completamente ineficaz proibir a leitura das atas dos depoimentos *verbali* se autorizasse quem as produziu de testemunhar sobre o seu conteúdo.

### **3. A REVIRAVOLTA INQUISITÓRIA: A SENTENÇA CONSTITUCIONAL SOBRE O DEPOIMENTO DE POLICIAL JUDICIÁRIO**

Não duraram muito as novas regras de exclusão probatória, acolhidas com grande desconfiança por boa parte da magistratura que, longe de conceber o contraditório na formação da prova como um método,

---

nar, o juiz não poderá valorar tais fatos, mas somente fragilizar a credibilidade do novo depoimento.

<sup>7</sup> N. d. T.: Testemunha indireta é a “testemunha de ouvir dizer”, ou seja, um depoente que não presenciou os fatos que descreve, mas somente ouviu a descrição realizada por outra pessoa, que efetivamente tenha presenciado a sua ocorrência. Em diversos ordenamentos jurídicos existem vedações ou restrições à produção de provas desse modo.

como técnica de *accertamento*,<sup>8</sup> continuava a perceber, segundo a antiga tradição, um potencial obstáculo à busca da verdade. Escrevia Max Karl Planck na sua Autobiografia científica que “uma nova verdade científica não triunfa convencendo os opositores e mostrando-lhes a luz, mas porque seus oponentes morrem, e cresce uma geração que está acostumada a ela”.<sup>9</sup> *Si parva licet*, pode até se afirmar que seja algo do gênero a explicação em termos sociológicos das dificuldades que tem encontrado a radical mudança do modelo processual.

Em nome dessa infeliz antítese – contraditório *versus* busca da verdade – os juízes da *Consulta*<sup>10</sup> acolhem as questões de inconstitucionalidade tempestivamente elevadas e, com três sentenças de 1992, demolem os pilares do edifício acusatório (nn. 24, 254, 255).<sup>11</sup> Digno de nota é o fato de que a Corte se assegura em não indicar qualquer princípio que tenha direta relevância processual com o qual aquelas regras se contradiriam; ou, melhor, o único citado é um pretense “princípio de não dispersão das provas”, do qual não encontramos traços na Constituição, mas que a própria Corte extrai para amplificação das

---

<sup>8</sup> N. d. T.: *Accertamento* é expressão comumente utilizada para determinar a finalidade do processo, como uma “averiguação” do caso penal, uma “reconstrução histórica dos fatos” ou a busca da verdade, dependendo das premissas teóricas adotadas. Há quem traduza para “acertamento” em língua portuguesa, embora não se trate de palavra utilizada na doutrina jurídica tradicionalmente.

<sup>9</sup> *Autobiografia scientifica ed ultimi saggi* [1942], trad. it., Torino, 1956, 33 s., sobre a qual T.S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* [1962], Torino, 2009, 183.

<sup>10</sup> N. d. T.: como é notório, a Corte constitucional, no sistema italiano, é um órgão de garantia constitucional, à qual é demandada a tarefa de julgar a legitimidade dos atos do Estado e das Regiões, resolver eventuais conflitos de atribuições entre poderes dessas ditas instituições e entre as mesmas Regiões, e se pronunciar sobre eventuais atos de acusação contra o presidente da república. Prevista já no ditado constitucional de 1948 no artigo 134, encontrou atuação somente em 1955 depois da lei constitucional 1/1953 e da lei ordinária 87/1953 e teve a sua primeira audiência em 1956. A sua sede é em Roma, no *palazzo della Consulta*, do qual se atribui à Corte o nome informal, por metonímia, de Consulta.

<sup>11</sup> Sobre a reviravolta inquisitória de 1992 Sulla cfr. G. Di Chiara, *Processo penale e giurisprudenza costituzionale. Itinerari*, Roma, 1996, 17 s.; P. Ferrua, *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfoosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 157 s.

derrogações à oralidade e ao contraditório previstos no código processual (com o singular resultado de transformar as regras em exceções). Quanto ao resto, o julgamento de ilegitimidade é motivado com base no não razoável obstáculo que as disposições impugnadas colocariam à busca da verdade, finalidade inquestionável do processo penal. Tal argumento carece de fundamento, não porque o processo possa prescindir da busca da verdade, mas porque exatamente a esta finalidade eram razoavelmente dirigidas as regras que negavam valor probatório às declarações colhidas na investigação preliminar. Infelizmente o conflito entre verdade e contraditório, aberto pela Corte constitucional, terminará condicionando pesadamente cada subsequente intervenção do legislador, forçado a manter a noção fraca de contraditório sobre a prova, típica do código revogado; a ideia, simétrica e contrária, de que a essência da correta reconstrução dos fatos possa ser tutelada exatamente pelas regras que proíbem o uso de elementos recolhidos em segredo não influencia os juízes constitucionais.

A primeira sentença declara inconstitucional o art. 195, 4º inciso, c.p.p., relativo à proibição de testemunho indireto da polícia judiciária.<sup>12</sup> Derrubada essa proibição, as informações sigilosamente recolhidas durante o inquérito da polícia judiciária penetram no *dibattimento* por meio do testemunho do depoente, seja ou não possível o exame da fonte direta; de fato, até mesmo quando a parte pedir e obter o exame da testemunha direta, as declarações feitas por ela em contraditório não substituem, mas acompanham aquelas indiretas da polícia judiciária, e o juiz avalia livremente ambas. Nem sequer atenua o *vulnus* ao contraditório a circunstância de que o instrumento de ingresso dos atos investigativos não seja constituído pela leitura dos *verbali*, mas pelo depoimento oral de quem o formou. Não é possível acreditar que quem recolhe declarações pelo dever profissional lembre o seu conteúdo sem ter acesso as atas do depoimento anterior, e a própria eficácia do contra-exame, que visa a invalidar a credibilidade da testemunha,

---

<sup>12</sup> Para a crítica da sentença constitucional 24 de 1992, v. G. Giostra, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 127 s.; F. Peroni, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria al vaglio della Corte costituzionale*, em *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 688 s.

parece substancialmente comprometida pelo fato de que negar pleno crédito à testemunha da polícia judiciária equivale a acusá-la de negligência ou falso testemunho.

Mas era verdadeiramente irrazoável a proibição de testemunho indireto imposta à polícia judiciária? De modo nenhum, porque representa simplesmente o corolário da irrelevância probatória das declarações recolhidas pela polícia judiciária. Se é proibida a aquisição dos *verbali* que as contém, deve também ser proibido o testemunho de quem as recebeu; admitir essa última equivale, de fato, a esvaziar a proibição de aquisição dos *verbali*. Os adversários do processo acusatório insistiam muito nas incongruências que seriam derivadas da proibição de testemunho indireto. Com grande ironia, se citava a anedota da vítima que, moribunda, possuiu sobre os lábios o nome do assassino; a polícia judiciária está ali e escuta, mas é inútil porque não poderá relatar nada ao juiz, podendo somente esperar que alguém escute as fatídicas palavras e, como cidadão privado, testemunhe em julgamento. Ou, menos fantasiadamente, imaginava-se a superveniente irrepitibilidade das declarações pronunciadas à polícia judiciária (per exemplo, por um estrangeiro); informações que seriam inevitavelmente excluídas do julgamento, dada a original remissão ao art. 512 c.p.p. somente aos autos recolhidos pelo ministério público.

Independentemente do fato de que citando casos-limites se consegue demolir até mesmo o mais elementar sistema de garantias, não teriam faltado pontos de apoio interpretativos para um diferente enquadramento do dramático episódio há pouco mencionado. O art. 195 c.p.p. não proibia a polícia judiciária de relatar qualquer palavra proferida por terceiros, mas somente “as declarações adquiridas por testemunhas”; e não teria sido irrazoável supor que fossem assim caracterizadas somente aquelas proferidas no curso da investigação preliminar, em um diálogo entre testemunha e oficial ou agente de polícia judiciária, cada um na sua própria qualidade; em resumo, as declarações ditas dentro de um específico ato de polícia judiciária.<sup>13</sup>

Mas, afastados os casos-limites, a perda da eficácia probatória de um testemunho ouvido pela polícia judiciária, que tenha se torna-

---

<sup>13</sup> Em sentido análogo, Giostra, *Equivoci sulla testimonianza*, cit.

do impossível o exame em juízo, não era tão ilógica: ao sigilo das declarações se adicionava o fato de inquestionável relevância de serem recolhidas por órgãos que, na delicada entrevista com as testemunhas, não oferecem as mesmas garantias de um magistrado. E, até mesmo querendo considerá-la irrazoável, teria sido suficiente declarar a inconstitucionalidade do art. 512 c.p.p. na parte em que não permitia a leitura dos atos realizados pela polícia judiciária, quando por fatos ou circunstâncias imprevisíveis tivesse se tornado impossível a repetição.<sup>14</sup> Igualados os autos da polícia judiciária àqueles do ministério público, teria sido resolvida a suposta anomalia, sem alterar a estrutura acusatória do processo.

#### **4. (SEGUE): A SENTENÇA CONSTITUCIONAL SOBRE A EFICÁCIA PROBATÓRIA DAS CONTESTAÇÕES**

A declaração de inconstitucionalidade do 4º inciso do art. 195 c.p.p. cria uma profunda contradição no sistema. Admitida a recuperação probatória das declarações recolhidas pela polícia judiciária no inquérito, não seria incongruente que análoga recuperação fosse consentida também para as declarações colhidas pelo ministério público, obviamente não com a testemunha indireta, mas por meio da leitura dos *verbali*? Por que os atos realizados pelo ministério público deveriam ser submetidos, quanto à relevância probatória, a um regime mais severo em comparação àquele previsto para a polícia judiciária?

Isso foi evidenciado prontamente pela maior autoridade exponente do “Movimento para a revisão do código de processo penal”, que em um artigo publicado em *Magistratura indipendente* propôs uma “revisão do mecanismo de formação e de avaliação da prova” nesses

---

<sup>14</sup> Exatamente nessa direção será posteriormente reformado o art. 512 com o d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. em l. 7 agosto 1992, n. 356. Com mais sabedoria Peroni, *La testimonianza indiretta*, cit., 698 tinha convidado, imediatamente depois da declaração de ilegitimidade do art. 195, 3º inciso, c.p.p., “a reconsiderar (...) a hipótese de uma restauração da norma censurada, a propósito balanceada por uma correlativa dilatação do mecanismo de recuperação do art. 512, em grau de re-compreender até mesmo os atos (*rectius* “verbali”) da polícia judiciária”.

termos:<sup>15</sup> “revogar o disposto do art. 500 inciso 3 c.p.p. (...) tornado até mesmo anacrônico depois da sentença da Corte constitucional (...). E de fato, por efeito de tal pronunciamento, agora é possível ‘recuperar’, durante o *dibattimento*, boa parte dos atos da investigação preliminar realizados pela polícia judiciária; torna-se absurdo e mortificante que isso não possa ocorrer – obviamente em outras formas - para aqueles do ministério público”.

“Obviamente em outras formas”: ou seja, certamente não com o testemunho indireto do representante do ministério público (claro, só faltava que o defensor contra-examinasse o acusador!), mas por meio da leitura das transcrições dos depoimentos anteriores. E porque destes *verbali* já o art. 512 c.p.p. autorizava a leitura em caso de irrepetibilidade superveniente, a disposição sobre a qual concluir a manobra de “recuperação” dos autos do inquérito não podia deixar de ser o 3º inciso do art. 500 c.p.p., que regulava o uso em função puramente “crítica” das precedentes declarações “incongruentes” contestadas à testemunha no curso do exame: “A declaração utilizada para a contestação, até mesmo se lida pela parte, não pode constituir prova dos fatos nela afirmados. Pode ser avaliada pelo juiz para estabelecer a credibilidade da pessoa examinada”.

A previsível resposta chega com as duas posteriores sentenças constitucionais. Uma declara ilegítimo o art. 513, 2º inciso, c.p.p. “na parte em que não prevê que o juiz, ouvidas as partes, ordene a leitura dos *verbali* das declarações no sentido do inciso 1º do mesmo artigo, prestadas pelas pessoas indicadas no art. 210, quando elas se aproveitarem da faculdade de não responder”.<sup>16</sup> A outra censura à norma-símbolo do processo acusatório, declarando ilegítimo o art. 500, 3º e 4º incisos, c.p.p. “na parte em que não prevê a introdução no *fascicolo* para o *dibattimento*,<sup>17</sup> se forem utilizadas para as contestações previs-

---

<sup>15</sup> M. Maddalena, *I termini di un impegno*, em *Magistratura indipendente*, 1992, n. 1, 16.

<sup>16</sup> Sent. 254 del 1992.

<sup>17</sup> N. d. T.: No sistema introduzido pelo código de processo penal italiano de 1988 há a separação de dois *fascicoli*, ou seja, autos físicos do processo: um para os documentos e atos da investigação preliminar e outro para a fase realmente processual do juízo oral (*dibattimento*). Assim, almejou-se a exclusão

tas pelos incisos 1 e 2, das declarações precedentemente ditas pela testemunha e contidas nos autos do ministério público”.<sup>18</sup> O resultado é que, quando a testemunha depõe em julgamento, as declarações já feitas ao ministério público ou à polícia judiciária permanecem inutilizáveis somente no caso em que ele a reproduza fielmente; se silencia ou faz declarações “distintas”, a precedente, pelo trâmite das contestações, é regularmente transportada ao *fascicolo* para o julgamento. O juiz será, assim, chamado a efetuar uma escolha entre duas diferentes versões dos fatos, uma secreta, outra pública, nada mais nada menos como o que ocorre nos sistemas “mistos”. A experiência ensina que quase sempre a primeira prevalece, porque é a mais próxima à ocorrência dos fatos e pelas suspeitas de intimidação ou pressão que pesam sobre a segunda.

O efeito sobre o sistema é, sem dúvida, destruidor, tornando o inquérito em uma espécie de “gigantesca instrução sumária”<sup>19</sup> destinada a influenciar invariavelmente sobre o juízo oral; ou, algo pior, portanto, que um simples retorno à instrução formal do modelo misto, porque os atos que se tornaram utilizáveis com finalidade probatória não são realizados pelo juiz, mas diretamente pelo acusador e pela polícia judiciária.

Alguns apontam que a revogação das regras de exclusão probatória não anulam o exame cruzado nem o contraditório *dibattimentale*.<sup>20</sup> É verdade, não os anulam, mas alteram e desvirtuam. Um processo fundado sobre o contraditório pode admitir que, quando se torne impossível recolher testemunhas no julgamento, se utilizem as declarações ditas anteriormente. Mas, quando a testemunha depõe no julga-

---

dos atos investigativos, vedando o seu transporte entre os autos, o que, contudo, foi relativizado pelas sentenças constitucionais aqui expostas.

<sup>18</sup> Sent. 255 del 1992.

<sup>19</sup> Segundo a eficaz definição de L. Pepino, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria, Relazione al X Congresso nazionale di Magistratura democratica*, Chianciano 29 ottobre/1º novembre 1993, em *Questione giustizia*, 1993, 282.

<sup>20</sup> Por exemplo, M. Maddalena, em *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione, Associazione tra gli studiosi del processo penale, Atti del convegno presso l'Università di Bari – Mattinata, 23-25 settembre 1994*, Milano, 1996, 142 s.; G. Salvi, *ibidem*, 211 s.

mento, a única alternativa que se abre em tema de prova é se ela disse a verdade ou mentiu em tal momento. Nisso consiste a prerrogativa, a força do exame cruzado: averiguar se são verdadeiras ou falsas as declarações feitas em contraditório, não aquelas realizadas em outro lugar, transcritas nos *verbali*, que servem de fato somente aos fins das contestações. Superado esse limite, a distinção entre informação recolhida na investigação preliminar e o testemunho declarado em julgamento se inverte invariavelmente. Não é a primeira que serve para a crítica da segunda, mas é esta última que serve para a crítica da precedente. O objeto, o tema da alternativa verdadeiro/falso, se altera do *dibattimento* para a investigação preliminar, e o contraditório se torna funcional à utilização dos *verbali* como provas.

Muitos magistrados aplaudem as decisões da Consulta, em que cada pessoa nostálgica do velho regime probatório verá naquele momento o seu aliado mais fiel. Outros as deploram; entre esses, alguns docentes universitários e, sobretudo as Câmaras penais, embora os tons dos protestos tenham permanecido muito abaixo dos níveis que foram alcançados seis anos depois em ocasião da segunda declaração de inconstitucionalidade do art. 513 c.p.p. (com a proclamação pelos penalistas de uma semana de abstenção às audiências). Por outro lado, nem sempre o teor das críticas são pertinentes. A argumentação da Corte se desenvolveu a partir de duas premissas: a busca da verdade como fim iniludível do processo penal e o obstáculo irrazoável causado àquele objetivo pelas normas de exclusão probatória. Em realidade, a polêmica se concentra mais sobre o primeiro que sobre o segundo ponto; em lugar de denunciar como arbitrária a reivindicada antítese contraditório/busca da verdade e insistir sobre a aliança dos dois valores, se contesta que o processo acusatório tenha como finalidade a busca da verdade.

Discurso ardiloso porque, além da linguagem pouco cuidadosa utilizada pela Corte, a função do processo penal não pode ser outra que aquela de averiguar se é verdadeiro ou falso o enunciado formulado pela acusação; a busca da verdade é um bem precioso, seria postura suicida deixá-lo ao monopólio do processo inquisitório. O problema consiste no método da busca, que o código de 1988 tinha acertadamente individualizado no contraditório *para* a prova, sobre a premissa plenamente ra-

zoável de uma substancial inconfiabilidade das declarações colhidas em segredo. Infelizmente, o reconhecimento do valor epistêmico do contraditório é frequentemente inexistente entre os próprios defensores do processo acusatório; sob a influência de um paradigma enganador que estava se expandindo exatamente naqueles anos – processo para solução de conflitos/processo para implementação de escolhas políticas<sup>21</sup> – são muitos os que consideraram o contraditório como um simples instrumento para a solução de uma lide, excluída toda a sua eficácia como método, de ferramenta cognitiva.

Escassas ou nulas as reações do poder político, que ratifica rapidamente os ditames da Corte constitucional com o d.l. 8 de junho de 1992, n. 306 (convertidos em modificações pela l. 7 de agosto de 1992, n. 356). Ninguém imagina modificações constitucionais; quanto à lei ordinária, abstratamente existiria a possibilidade de reafirmar o contraditório – e com ele a regra de exclusão probatória já contida no art. 500, 3º inciso, c.p.p. – em um contexto mais coerente, depurado das exceções a partir das quais a Corte constitucional construiu o formidável princípio da “não dispersão”. Mas o clima de emergência criminosa é pouco propício a aberturas garantistas. No dia 23 de maio foi consumada a *strage* de Capaci, à qual segue no dia 19 de julho o assassinato de Borsellino, enquanto está em pleno desenvolvimento a investigação “Mãos limpas”, que envolverá progressivamente políticos e empreendedores de toda Itália, sobrecarregando de investigados o Parlamento.

Se destaca nesse quadro a fraqueza do poder legislativo, pois sobre as suas iniciativas recaem uma permanente suspeita de autotutela, frequentemente não injustificada. Reciprocamente, a aprovação da opinião pública à ação da magistratura terminará por atribuir, durante um logo período, aos magistrados do *pool* milanês o impróprio papel de interlocutores para cada reforma em matéria penal (todos recordam, por exemplo, que em 1994 a intervenção televisiva dos magistrados da “Mãos limpas” foi determinante para enterrar o d.l. 14

---

<sup>21</sup> Fundado por M.R. Damaška, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparativa del processo* [1986], trad. it., prefacio de M. Taruffo, Bologna, 1991.

de julho de 1994, n. 440 em tema de medidas cautelares).<sup>22</sup> Assim se explica a substancial aceitação à demolição do modelo acusatório em razão desses mesmos princípios, aos quais a simples remissão em 1998 provocará, ao contrário, uma fortíssima reação até a reforma do artigo 111 da Constituição italiana.

## **5. TENTATIVAS DE RECUPERAÇÃO DAS GARANTIAS: O GARANTISMO “SELETIVO” DA LEI 267 DE 1997 E O PROJETO DA COMISSÃO BICAMERAL**

Duas tentativas tardias de recuperação do contraditório chegam em um panorama bem diferente em 1997. Com um misto de entusiasmo popular e de “sujeição” parlamentar que tinha marcado os anos de ouro da “Mãos limpas”, substituiu-se a aberta estigmatização da “estação judiciária”; vão se difundindo fórmulas tanto sugestivas quanto vazias (“restabelecer o primado da política”, obrigar a magistratura a dar um “passo atrás” etc.), enquanto fica cada vez mais frequente a acusação aos membros do ministério público e, às vezes, até aos juízes, de endereçar as suas ações para fins políticos.

A primeira iniciativa se realiza a nível de lei ordinária. Com base em um projeto apresentado no dia 16 de julho de 1996 pelo sen. Melchiorre Cirami e outros,<sup>23</sup> a l. 7 de agosto de 1997, n. 267 (Modificações das disposições do código de processo penal em tema de valoração das provas), reformula-se inteiramente o art. 513 c.p.p., já declarado parcialmente inconstitucional em 1992; as declarações feitas na investigação preliminar pelo imputado ou pelo coimputado em outros processos separados, que exercitarem o direito ao silêncio em julgamento, não podem ser utilizadas no confronto contra os outros (salvo se houver os seus consentimentos ou acordo entre as partes). Paralelamente, para evitar a perda da contribuição probatória em caso de silêncio *dibattimentale*, se autoriza o incidente probatório para o exame dos coimputados, admitido até mesmo além dos originais limites

---

<sup>22</sup> Modificações ao código de processo penal em tema de simplificação dos procedimentos, de medidas cautelares e de direito de defesa.

<sup>23</sup> S/964 (Modificação das disposições do código de processo penal em tema de valoração das provas).

fixados pelo art. 392 c.p.p. (fundado motivo a considerar que a pessoa não possa “ser examinada no julgamento por enfermidade ou outro grave impedimento” ou seja “exposta a violência, ameaça, oferta ou promessa de dinheiro ou de outra utilidade para que não deponha ou preste falso testemunho”).

Seria uma iniciativa louvável, se não fossem outros dois fatores que a estragassem, indícios de “garantismo seletivo”. Em primeiro lugar, a setorialidade e, de reflexo, a inevitável incoerência de uma lei que reafirma o valor do contraditório somente em relação ao silêncio do coimputado já declarante sobre fatos concernentes a outros, desinteressando-se do regime inquisitório prevalente sobre o terreno da prova testemunhal, com a eficácia probatória das contestações e o depoimento indireto da polícia; em seguida, a disposição transitória que, desviando da regra do *tempus regit actum*, desperta a suspeita de propensões a interferências sobre processos em curso.<sup>24</sup>

A segunda iniciativa se desenvolve a nível constitucional, com a inserção da justiça entre os temas dados à Comissão bicameral para as reformas constitucionais, instituída com lei constitucional de 24 de janeiro de 1997, n. 1; escolha contrariada pela maior parte da magistratura que a interpretou como uma ação punitiva, como uma “vingança” sobre a jurisdição por parte do poder político intolerante aos controles de legalidade. A derrocada da Comissão bicameral é oficialmente decretado em junho de 1998; mas os princípios e as regras do *giusto processo*, definidos no art. 130 do projeto por esta elaborado serão em larga parte recuperados pela reforma constitucional do art. 111 da Constituição.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> V. Grevi, *Sull'applicabilità del nuovo articolo 513 c.p.p. nei processi in corso*, em *Diritto penale e processo*, 1997, 1505 s.

<sup>25</sup> Art. 130 do projeto de lei constitucional C/3931 transmitido para as Câmaras em 4 de novembro de 1997 no texto resultante da pronúncia da Comissão sobre as emendas apresentados nos sentidos do 5º inciso do art. 2, l. cost. 24 de janeiro de 1997, n. 1: “a jurisdição se atua mediante justos processos regulamentados pela lei, inspirados nos princípios de oralidade, de concentração e imediação. Cada processo se realiza no contraditório entre as partes, em condições de paridade e diante à juiz terceiro. A lei assegura a duração razoável. No procedimento penal a lei assegura que a pessoa acusada por um crime seja informada, no mais breve tempo possível, sobre a natureza e os motivos da acusação formuladas contra ele; disponha do tempo e das condições necessárias para preparar a sua defesa; tenha a faculdade de interrogar ou fazer

Com algumas variantes, todavia, porque, quanto a garantias processuais, o projeto da Bicameral, por um lado, vai além da tutela oferecida pelo art. 111 Const. e, por outro lado, permanece aquém.<sup>26</sup> Assim, no primeiro texto se mencionam os princípios da oralidade, da concentração e da imediação que não são incluídos no segundo; e ainda, se prevê a instituição de “ofícios públicos de assistência legal para garantir aos que não têm condições o direito de agir e se defender diante de cada jurisdição”. Por outro lado, no projeto da Bicameral, não se menciona nem a regra do contraditório na formação da prova que será, ao seu lugar, o centro do novo art. 111 Cost.; nem, conseqüentemente, as mais detalhadas previsões ligadas àquela regra (subtrair por sua livre escolha o interrogatório do imputado; exceções ao contraditório por consenso do imputado, por averiguada impossibilidade de natureza objetiva ou por efeito de provada conduta ilícita).<sup>27</sup>

---

interrogar por meio de seu defensor as pessoas das quais provêm as acusações contra ele; tenha a faculdade de obter a convocação e o interrogatório de pessoas que se caracterizem nas mesmas condições daquelas da acusação e obtenção de cada meio de prova a seu favor; seja assistida gratuitamente por um intérprete se não compreende ou não fala a língua empregada. A lei assegura que a custódia cautelar em cárcere se execute em institutos especialmente previstos. A lei institui ofícios públicos de assistência legal ao fim de garantir aos que não têm condições o direito de agir e se defender diante de cada jurisdição”.

<sup>26</sup> Cfr., em sentido variado, M. Chiavario, *La Bicamerale chiude il capitolo giustizia: ora bisogna operare con spirito costruttivo*, em *Guida al diritto*, 1997, fasc. 42, 10 s.; V. Grevi, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, em *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, 726 s.; L. Pepino, *La posta in gioco e un primo sguardo d'insieme*, em *Questione giustizia (fascicolo speciale: Giustizia e Bicamerale)*, 1997, 503 s.; G. Ubertis, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione bicamerale, c) la previsione del giusto processo*, em *Diritto penale e processo*, 1998, 44 s.; P. Ferrua, *Garanzie del giusto processo e riforma costituzionale*, em *Critica dir.*, 1998, 164 s.

<sup>27</sup> Outras variantes de detalhe é a remissão, no texto bicameral, à “gratuidade” da assistência ao interprete e a adição, no art. 111, 2º inciso, Cost., da qualificação de assistente “imparcial” ao sintagma “juiz terceiro”; retoque este ultimo, aparentemente de pouco significado, mas de fato destinado a desencadear fortes polêmicas porque, com a pressuposição de uma plena autonomia dos dois termos que compõem a expressão, a *Unione delle Camere penali* reivindicará a separação das carreiras entre juiz e ministério publico (cfr. *infra*, Cap. 3, par. 6).

Evidentemente a polêmica contra a Consulta ainda não ousou ao ponto de sugerir a constitucionalização de princípios opostos àqueles afirmados na reviravolta inquisitória; ou, simplesmente, não se compreendeu bem qual hipótese a jurisprudência de 1992 jogou sobre cada futura reforma processual, vinculando-a a uma ideia fraca de contraditório, compatível com a recuperação das declarações recolhidas unilateralmente na investigação preliminar. A consciência virá com a nova declaração de inconstitucionalidade do art. 513 c.p.p.

## 6. A SENTENÇA CONSTITUCIONAL 361 DE 1998

Como era previsível, assim que entrou em vigor, o novo texto do art. 513 c.p.p. foi submetido ao exame da Corte constitucional por oito juízes de mérito. Todas as questões de legitimidade têm o foco na irrazoável dispersão das provas que derivariam da inutilização da declaração dita *erga alios* na investigação preliminar por parte do coimputado que permaneceu em silêncio no julgamento; e, naturalmente, é constante a remissão à anterior jurisprudência, em particular, à sentença 254 de 1992.

É suficientemente previsível que com base nessa jurisprudência o destino da nova disposição estava marcado; ou melhor estava pendurado no frágil fio do incidente probatório, cuja extensão representa uma forma de temperamento entre o valor do contraditório e a exigência de não dispersão da prova. A Corte constitucional o elimina, declarando ilegítimo o art. 513 c.p.p. “na parte em que não prevê que, se o declarante recusa ou se omite completamente ou em partes de responder sobre fatos concernentes à responsabilidade de outros já objeto das suas precedentes declarações, em falta de acordo entre as partes, à leitura se aplica o art. 500, inciso 2º *bis* e 4º, do código de processo penal”.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Sentença 361 de 1998 sobre a qual v., em vários sentidos, M. Chiavario, *Dichiarazioni a carico e contraddittorio tra l'intervento della Consulta e i progetti di riforma costituzionale*, em *Legislazione Penale*, 1998, 925 s.; G. Gemma e R. Pellati, *Processo e verità: un'altra decisione sostanzialmente coerente della Corte*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 3153; E. Marzaduri, *Una sentenza additiva molto discussa*, b) *il diritto al silenzio del coimputato*, em *Diritto penale e processo*, 1998, 1514; M. Scaparone, *Diritto al silenzio*

Em outros termos, diante do silêncio do coimputado se desencadeia o mesmo mecanismo de recuperação probatória previsto para o exame das testemunhas, isto é, a contestação e a incorporação das declarações feitas anteriormente ao *fascicolo* de julgamento.

Sem dúvida, pode-se imputar à Corte o fato de não se ter valorizado adequadamente o distinto contexto processual, que oferecia às partes a possibilidade de prevenir o risco do silêncio, recolhendo o depoimento do imputado em sede de incidente probatório. Mas, diversamente do que normalmente se afirma, a nova declaração de ilegitimidade não é por nada “política”; ela é, ao contrário, demasiadamente “impolítica”, por não ter percebido que, aquilo que tinha sido concebido à Corte na época da reviravolta inquisitória, não seria tolerável seis anos depois, no clima cada vez mais quente entre poder político e magistratura.

Quanto ao resto, nas desoladoras páginas da jurisprudência constitucional sobre o contraditório, talvez esta seja a menos criticável. Em primeiro lugar pela objetiva dificuldade de repudiar os princípios fixados nas precedentes sentenças, fortemente orientados à recuperação das declarações recolhidas na investigação preliminar; depois, porque a recusa de responder ao coimputado é já por si só uma derrota do contraditório, um evento em que qualquer resposta se diria inadequada. Usar como prova as declarações ditas em outro lugar esvazia o fundamental direito do imputado de ser colocado em confronto paritário com quem o acusa; mas não é um exemplo edificante de contraditório o desfile no julgamento de atores mudos que opõem o silêncio a quem os interroga sobre fatos dos quais eles falaram aos órgãos investigativos;<sup>29</sup> ainda mais se aquele silêncio, livre já por anos de qualquer risco de incriminação, é

---

*e diritto al controesame del coimputato*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 3149; P. Tonini, *Una sentenza additiva molto discussa*, a) *il diritto a confrontarsi con l'accusatore*, em *Diritto penale e processo*, 1998, 1506 s.; P. Ventura, *Escussione della prova e contraddittorio*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 3183 s.; N. Zanon, *La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all'«ultima parola» al cospetto delle decisioni d'incostituzionalità*, *ibidem*, 3169 s.

<sup>29</sup> Para uma denúncia nesses termos v. *Il processo penale dopo la sentenza n. 361/1998 della Corte costituzionale (Un appello di magistratura democratica)*, em *Questione Giustizia*, 1998, 1020 s.

fruto de chantagens ou de adulações. O protesto de injustiça que, em um processo similar, a vítima do crime levantaria contra a absolvição não é menos fundado do que aquele do imputado contra a condenação com base em provas unilaterais.

## 7. A REFORMA DO ART. 111 DA CONSTITUIÇÃO

Desta vez a reação é dura, liberatória de um ressentimento que por muito tempo se acumulou. Sobre a Corte constitucional se abate uma avalanche de críticas, as vezes próximas à injúria: da acusação de ter demolido a garantia do contraditório com uma sentença de forte conteúdo político, àquela de ter usurpado a função legislativa, transbordando a própria competência. Em resumo, aquilo que com boas razões e, em termos pacatos, teria sido certíssimo denunciar na época da reviravolta inquisitória, explodiu seis anos depois, com força duplicada, contra uma sentença que é somente um corolário das precedentes.

As *Camere penali*<sup>30</sup> proclamam imediatamente uma semana de abstenção às audiências (de 9 a 14 de novembro) como sinal de protesto à sentença da Corte que atirou a defesa “em um abismo”. Mas quem reagiu com força e determinação foi, em primeiro lugar, o mundo político, muito diferente de como, tímido e sofrido, apareceu em 1992; e, amargando a disputa já incendiada entre política e justiça, concorreu o fato de que a declaração de inconstitucionalidade não envolve, como anteriormente, disposições do código processual, materialmente compiladas pela comissão ministerial com base na lei de delegação de 1987, mas uma lei aprovada diretamente e com larga maioria do mesmo parlamento, que vê o seu prestígio ameaçado pelas censuras da Corte.<sup>31</sup> Os principais membros da maioria como da opo-

<sup>30</sup> N.d.T.: Criada pela União das *Camere penali* (UCPI), a “câmara penal” é uma associação sem finalidade lucrativa cujos membros são advogados que exercem a profissão no âmbito de procedimentos penais. Sobre isso, ver: *Chi Siamo - Camere Penali sito ufficiale*. Disponível em: <[www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it)>. Acesso em: 4 fev. 2017.

<sup>31</sup> Na comissão de justiça da câmara, no dia 3 de dezembro de 1998 se iniciou um procedimento formal de exame da sentença constitucional, conforme o

sição criticaram a fragilização das garantias e a intrusão da *Consulta* na esfera do legislador,<sup>32</sup> com a arbitrária pretensão de indicar as normas destinadas a preencher as lacunas posteriores às declarações de inconstitucionalidade.<sup>33</sup>

Assim, é reaberto o debate sobre a justiça que fora fechado com a derrocada da Bicameral. Imediatamente se apresentaram doze projetos de emendas constitucionais. Um desses – depois arquivados durante a legislatura – modifica o art. 136, 1º inciso, Const., especificando que “as sentenças de acolhimento [da Corte constitucional] são decisões de mero *accertamento* da legitimidade”.<sup>34</sup> Como dizer, banimento das sentenças *manipolativas*<sup>35</sup>, seja na forma substitutiva seja naquela aditiva; a Corte se limita a cancelar as disposições consideradas inconstitucionais. Os outros onze – depois conjugados, por meio do desenho da lei constitucional S/3619, na reforma do art. 111 Cost. – fornecem, de vários modos, a constitucionalização das garantias pro-

---

art. 108 do regulamento. O exame se concluiu no dia 14 de abril de 1999 com a aprovação do documento apresentado pelo relator Antonio Borrometti (anexo 2 da sessão do dia 18 de fevereiro de 1999), onde se exprimiram fortes perplexidades sobre o uso do princípio de razoabilidade pela Consulta e se sublinhou a oportunidade de uma constitucionalização das garantias do *giusto processo*.

<sup>32</sup> Cfr., para os fundamentos opostos, C. Salvi, *Criticare è giusto*, em *L'Unità*, 9 de novembro de 1998, 1; G. Pecorella, *Il pubblico ministero oggi non è una mera parte ma un quasi giudice*, em *ItaliaOggi*, 17 de novembro de 1998, 1.

<sup>33</sup> De fato, sentenças “aditivas” a Corte já tinha emanado por mais de trinta anos. Como nota Enzo Cheli (entrevistado por Donatella Stasio, *Una Corte ‘politica’ per necessità*, em *Il Sole 24 Ore*, 6 de novembro de 1998, 4), “estas sentenças (...) representam sem dúvida uma expansão do poder e da esfera de intervenção da justiça constitucional; mas são as bases do desenvolvimento do nosso sistema de liberdade constitucional e da atuação positiva que a Constituição teve em quase 40 anos. Não se tratou, portanto, somente de uma expansão de poderes, mas de utilização flexível do instrumento judiciário para realizar os fins constitucionais, especialmente no setor da liberdade”.

<sup>34</sup> C/5371 (Modificação ao artigo 136 da Constituição, em matéria de poder da Corte constitucional), apresentado no dia 5 de novembro de 1998 pelo deputado Soda e outros.

<sup>35</sup> N.d.T: Sentenças *manipolitivas* são as decisões oriundas do caso Mani Puliti, conhecido como operação mãos limpas, que marcou a perseguição da máfia na Itália nos anos 1980 e 1990.

cessuais derrubadas pela Consulta.<sup>36</sup> *Leit-motiv* de todas as propostas é, com diferentes intensidades, a remissão polêmica às sentenças da Corte – e, em particular, à 361 de 1998 – que “de fato, transformaram inteiramente a estrutura do código, convertendo uma reforma garantista em um verdadeiro instrumento inquisitório e coercitivo contra os imputados, e o juízo oral em uma fase puramente formal e quase inútil, voltada somente a ratificar as teses pré-constituídas pela acusação na fase da investigação preliminar”.

Em um breve período de tempo – pouco menos de um ano – e, inclusive, uma rapidez excepcional em relação aos ritmos habituais de trabalho, a reforma constitucional foi aprovada definitivamente pela Câmara na sessão de 1 de novembro de 1999 com um quórum que evitou o pedido de referendun.<sup>37</sup> A nova lei constitucional, 23 de novembro de 1999, n. 2 (“Inserção dos princípios do *giusto processo* no artigo 111 da Constituição”) se compõe em dois artigos: o primeiro relativo aos princípios e às regras do *giusto processo*, e o segundo relativo ao

---

<sup>36</sup> S/3619 (Inserção dos princípios do *giusto processo* no artigo 111 da Constituição), apresentado o dia 4 de novembro de 1998 pelos senadores Pera e outros; S/3623 (Integração do artigo 24 da Constituição), apresentado em 5 de novembro de 1998 pelos senadores Follieri e outros; S/3630 (Modificação do artigo 101 da Constituição), apresentado em 5 de novembro de 1998 pelos senadores Pettinato e outros; S/3638 (Norme constitucionais em matéria de *giusto processo* e de garantia dos direitos no processo penal), apresentado em 11 de novembro de 1998 pela senadora Salvato; S/3665 (Inserção na Constituição do artigo 110 bis, relativo aos princípios do *giusto processo*), apresentado em 24 de novembro pelos senadores Salvi e outros; C/5359 (Modificações ao artigo 24 da Constituição, trazendo princípios para o *giusto processo*), apresentado em 4 de novembro de 1998 pelos deputados Pecorella e outros; C/5370 (Introdução do artigo 110 bis da Constituição, que traz princípios para o *giusto processo*), apresentado pelos deputados Saraceni e outros; C/5377 (Modificação do artigo 111 da Constituição em matéria de exercício da jurisdição), apresentado em 9 de novembro de 1998 pelo deputado Pisapia; C/5443 (Disposições concernentes à justiça e às garantias do *giusto processo*), apresentado em 25 de novembro de 1998 pelo deputado Soda; C/5475 (Modificação ao artigo 25 da Constituição em matéria de garantias do contraditório), apresentado em 2 de dezembro de 1998 pelo deputado Pecorella; C/5696 (Modificações aos artigos 25 e 111 da Constituição em matéria de *giusto processo*), apresentado em 17 de fevereiro de 1999 pelos deputados Pecoraro Scanio e outro.

<sup>37</sup> De 626 deputados, 522 votos a favor, 6 contrários, 13 abstiveram-se; portanto, uma maioria não inferior aos dois terços, ou seja, a 409 deputados.

regime de transição, referente ao qual se delimita que “a lei regula a aplicação dos princípios contidos na presente reforma constitucional aos procedimentos penais em curso na data de sua entrada em vigor” (ou seja, em 7 de janeiro de 2000).

A detalhada enunciação das garantias processuais avançam ao ponto de pretender, com clara negação dos ditames da Corte Constitucional, que “a culpabilidade não pode ser provada com base em declarações feitas por quem, por livre escolha, omite-se sempre voluntariamente ao interrogatório por parte do imputado” (art. 111, 4º inciso. parte 2, Const.); preceito que, mais do que qualquer outro, era importante aos legisladores e que, desde o início dos trabalhos parlamentares, se apresenta como epônimo da inteira reforma, logo definido vulgarmente pela *mass-média* como ‘super 513’. De fato, como veremos, exatamente este enunciado, ditado pela *vis polemica* mais do que por escolhas racionais, fomentará o risco de favorecer uma interpretação redutiva, depois felizmente derrotada, da fundamental regra que o precede, relativa ao contraditório na formação da prova.

Grande satisfação foi expressada pelo *Polo* e, com tom menos enfático, pela Centro-esquerda (a semente foi jogada durante a Bicameral, lembra o “verde” Marco Boato). Alguma voz da esquerda não esconde um certo desconforto por ter deixado fora do *giusto processo* a defesa das pessoas que não têm condições e a tutela da vítima do crime; outros exprimem viva preocupação pelos contragolpes nos processos em andamento, se as normas de atuação não fossem tempestivamente efetivadas.<sup>38</sup> Fora do Parlamento, exultam as *Camere penali*, enquanto a Associação Nacional dos Magistrados se mantém crítica,

---

<sup>38</sup> Preocupações longe de serem infundadas. A lei de atuação do *giusto processo* (l. 1º de março de 2001, n. 63, “Modificações ao código penal e ao código de processo penal em matéria de formação e valoração da prova em atuação da emenda constitucional de reforma do artigo 111 da Constituição”) será aprovada um ano depois da entrada em vigor da reforma constitucional. Quanto aos processos em andamento, somente diante da catastrófica perspectiva de suas suspensões até a inevitável declaração de ilegitimidade das normas ainda vigentes, o Governo intervirá com o d.l. 7 de janeiro de 2000, n. 2, que traz disposições urgentes para a atuação do art. 2 da l. cost. 23 de novembro de 1999, n. 2, em matéria de *giusto processo* (convertido, com modificações, pela l. 25 de fevereiro de 2000, n. 35, em vigor em 2 de março de 2000).

continuando a invocar uma redução da área do direito ao silêncio como corolário das novas regras constitucionais.

Como era previsível, assim que entrou em vigor a reforma, os seus opositores, que durante o processo legislativo tinham profetizado catastróficas consequências em caso de aprovação, mudam radicalmente o enfoque. O novo texto do art. 111 Const. não desmentiria por nada as orientações das escolhas manifestadas pela Corte constitucional em 1992, salvo na limitada parte da “ausência por livre escolha” ao exame defensivo. Em relação ao resto, houve ratificações: a regra do contraditório na formação da prova seria perfeitamente compatível com a utilização probatória das declarações feitas na investigação preliminar, quando fossem contestadas à testemunha ou ao coimputado no exame *dibattimentale*; e a remissão à impossibilidade de formar a prova em contraditório consagraria oficialmente o princípio de “não dispersão da prova”. A leitura do preceito niilista se une, em um singular contraste, à máxima exaltação de outras partes do ditame constitucional: a duração razoável, cuja atuação deveria constituir o prioritário compromisso do legislador; e a própria fórmula do “*giusto processo*”, que causaria um estigma às práticas dilatórias da defesa, com o objetivo de perseguir a prescrição do crime. Em breve, seguindo essa perspectiva original, a reforma do art. 111 Const., longe de potenciar a defesa, já tutelada suficientemente, lhe teria imposto novos ônus e responsabilidades.

## **8. PRINCÍPIOS DE CIVILIDADE PROCESSUAL OU *ESPRIT DE RESENTIMENT*?**

Sobre a reforma constitucional, como também sobre a atividade da Comissão bicameral, existe uma variedade de opiniões, resumíveis, forçando um pouco, a duas perspectivas opostas: aquela de quem vê a afirmação de basilares princípios de civilidade processual, que estavam se enfraquecendo, e outra oposta, de quem a inscreve em um mais amplo desenho de “vingança” do poder político sobre o Judiciário; iniciada com os trabalhos das Bicamerais e animada pelas intenções punitivas sobre a ação da magistratura.

Certamente é provável que a reforma do art. 111 Const. tenha sofrido uma notável influência, até mesmo acelerando os tempos, do

*esprit de ressentiment* do mundo político, intolerante ao progressivo aumento dos controles de legalidade depois da derrogação dos privilégios parlamentares. Mas isso não significa que a reforma constitucional não era útil e necessária. Como nos tempos da Bicameral, os críticos argumentam que teria sido preferível realizar as reformas processuais com lei ordinária, evitando envolver a Constituição. Sim, se a Corte constitucional tivesse o consentido; sem dúvida ter-se-ia economizado o efeito deslegitimante sobre a anterior ação da magistratura, que a opinião pública associou à inserção das garantias do *giusto processo* na Carta fundamental.

Mas o *excursus* aqui exposto mostrou que uma recuperação com lei ordinária das garantias derogadas na reviravolta inquisitória de 1992 era impossível. Não porque tinham normas da Constituição que, aliás, para boa parte da doutrina teriam sido, já na sua versão original, plenamente compatíveis com aquelas garantias. Lembre-se, por exemplo, do art. 24, 2º inciso, Const., relativo à inviolabilidade do direito de defesa. Em geral, essa disposição – cujo déficit é definir “inviolável” um direito sem especificar os conteúdos<sup>39</sup> – não obrigava, talvez, a uma escolha pelo contraditório na formação da prova; mas, certamente, não a impedia. O que, ao contrário, opunha, com o peso de um pedregulho, as intervenções do legislador naquela direção era a consolidada orientação da jurisprudência constitucional que, em nome do princípio da “não dispersão”, condenava o nosso processo a valorizar como prova cada declaração unilateralmente recolhida pelos órgãos investigativos. A Constituição vale por aquilo que a faz valer a Corte constitucional<sup>40</sup> e esta última já tinha assumido uma postura claramente hostil ao contraditório na formação da prova.

Para sair do impasse e reafirmar o valor do contraditório era, portanto, indispensável a reforma da Constituição. Certo, a constitucio-

---

<sup>39</sup> Sobre a pobreza denotativa do art. 24, 2º inciso, Const., onde a defesa figura conceitualmente, não menos que sintaticamente, como postulado, como uma entidade da qual seja notório e indefectível o conteúdo, v. P. Ferrua, *La difesa nel processo penale*, Torino, 1988, 28.

<sup>40</sup> Assim L. Elia, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nell'istruzione sommaria*, em *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1965, 554 s.

nalização dos princípios e das garantias do *giusto processo*, especialmente na forma detalhada que prevaleceu, pode ter introduzido elementos de rigidez no sistema, obrigando a uma atitude que, talvez, teria sido preferível deixar à avaliação discricionária do legislador. Não obstante, a responsabilidade do êxito se atribui, mais uma vez, inteiramente à Consulta e à sua pretensão de censurar certas regras até mesmo diante de preceitos constitucionais que, embora não as impusessem, as teriam amplamente tolerado;<sup>41</sup> com o paradoxal resultado de obrigar quem queria simplesmente confirmar a legitimidade de tais regras à sua constitucionalização, vinculando a elas qualquer futura reforma processual. Assim, isso que, erradamente, a Corte persistia em considerar constitucionalmente intolerável, se converteu em constitucionalmente obrigatório.

## REFERÊNCIAS

CHIAVARIO, *La Bicamerale chiude il capitolo giustizia: ora bisogna operare con spirito costruttivo*, em *Guida al diritto*, 1997.

CHIAVARIO, *Dichiarazioni a carico e contraddittorio tra l'intervento della Consulta e i progetti di riforma costituzionale*, em *Legislazione Penale*, 1998.

CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*, Milano, 1966.

DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo* [1986], trad. it., prefacio de M. Taruffo, Bologna, 1991.

DI CHIARA, *Processo penale e giurisprudenza costituzionale. Itinerari*, Roma, 1996.

FERRUA, *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992.

FERRUA, *Garanzie del giusto processo e riforma costituzionale*, em *Critica dir.*, 1998.

GEMMA; PELLATI, *Processo e verità: un'altra decisione sostanzialmente coerente della Corte*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1998.

---

<sup>41</sup> Por exemplo, a irrelevância probatória das declarações usadas para as contestações não descendia do direito de defesa (como, ao contrário, se fundamenta hoje o contraditório na formação da prova), mas certamente não contrastava nem com isso nem com outras garantias constitucionais.

GIOSTRA, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1992.

GREVI, *Sull'applicabilità del nuovo articolo 513 c.p.p. nei processi in corso*, em *Diritto penale e processo*, 1997.

GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, em *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998.

KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* [1962], Torino, 2009.

MADDALENA, *I termini di un impegno*, em *Magistratura indipendente*, 1992.

MADDALENA, em *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, *Associazione tra gli studiosi del processo penale*, *Atti del convegno presso l'Università di Bari – Mattinata, 23-25 settembre 1994*, Milano, 1996.

MARZADURI, *Una sentenza additiva molto discussa, b) il diritto al silenzio del coimputato*, em *Diritto penale e processo*, 1998.

PEPINO, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, *Relazione al X Congresso nazionale di Magistratura democratica*, Chianciano 29 ottobre/1° novembre 1993, em *Questione giustizia*, 1993.

PEPINO, *La posta in gioco e un primo sguardo d'insieme*, em *Questione giustizia (fascicolo speciale: Giustizia e Bicamerale)*, 1997.

PERONI, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria al vaglio della Corte costituzionale*, em *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992.

SCAPARONE, *Diritto al silenzio e diritto al controesame del coimputato*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1998.

SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, em *Legislazione penale*, 1989.

TONINI, *Una sentenza additiva molto discussa, a) il diritto a confrontarsi con l'accusatore*, em *Diritto penale e processo*, 1998.

UBERTIS, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione bicamerale, c) la previsione del giusto processo*, em *Diritto penale e processo*, 1998.

VENTURA, *Escussione della prova e contraddittorio*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1998.

ZANON, *La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all'«ultima parola» al cospetto delle decisioni d'incostituzionalità*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1998.

## DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 06/11/2016
- Retorno rodada de correções: 06/03/2017
- *Autor convidado*

<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies#custom-1>

## Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-assistente: 1 (BC)

## COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

*Persecução Penal:  
investigação, juízo oral,  
provas e etapa recursal*



# Medidas cautelares pessoais, poder geral de cautela e a taxatividade mitigada

*Precautionary measures of personal character, general power of caution and mitigated category list*

**Pedro Machado de Almeida Castro<sup>1</sup>**

Professor Voluntário na Universidade de Brasília (UnB) – Brasília/DF

[pmacastro@gmail.com](mailto:pmacastro@gmail.com)

[lattes.cnpq.br/6442871646831648](https://lattes.cnpq.br/6442871646831648)

[orcid.org/0000-0003-3219-8771](https://orcid.org/0000-0003-3219-8771)

---

**RESUMO:** Trata-se de estudo que visa a analisar a possibilidade de se adotar uma posição intermediária entre as visões extremas de aplicação de medidas cautelares pessoais no direito processual penal, quais sejam, o poder geral de cautela vs. a taxatividade do rol de medidas aplicáveis. Ou seja, não se pretende analisar requisitos e formas de aplicação das medidas cautelares pessoais, mas, tão somente, se há, ou não, uma liberalidade de criação e aplicação destas medidas, previstas em lei ou não, pelo magistrado.

**PALAVRAS-CHAVE:** processo penal; cautelaridade; poder geral; taxatividade; hermenêutica.

**ABSTRACT:** *This is a study that aims to point the possibility of adopting an intermediate vision between the extreme positions of application of personal precautionary measures in the criminal procedural law, namely, the general power of caution vs. closed list of applicable measures. Thus, it is not intended to analyze requirements and forms of application of personal precautionary measures, but only whether or not there is a liberality of creation and application of these measures, provided by law or not, by the magistrate.*

**KEYWORDS:** *criminal proceedings; precautionary; general power; list; hermeneutics.*

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado pelo UniCEUB. Editor-assistente da RBCCRIM. Professor-Voluntário na Universidade de Brasília (UnB). Advogado.

**SUMÁRIO:** Introdução – 1. Breve histórico – 2. A proporcionalidade como critério de escolha e a questão da taxatividade – 3. Hermenêutica das normas de processo penal: a interpretação das leis – Conclusão.

---

## INTRODUÇÃO

A introdução de novas medidas cautelares pessoais diversas da prisão, advindas com entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, trouxe a necessidade em se aprofundar o debate quanto a forma de aplicação destas medidas.

Isto porque há, em nossa visão, claro equívoco na interpretação dos ensinamentos traçados por González-Cuéllar Serrano (1990, p. 200-201, tradução livre), para quem, ao defender na Espanha aplicação de medidas cautelares alternativas, condicionou esta utilização a três requisitos: “idoneidade e menor lesividade das medidas alternativas; b) legalidade das restrições impostas pelas medidas; e c) existência de infraestrutura para sua aplicação”.

Por aqui, é pacífico o entendimento de que toda medida estatal, em sede de direito e processo penal, de caráter restritivo, deve ter sua formatação prévia, escrita, estrita e se dirija a um fim constitucionalmente legítimo. Trata-se dos preceitos do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV da Constituição Federal)<sup>2</sup>, legalidade geral (art. 5º, inc. II da Constituição) e penal material (art. 5º, inc. XXXIX, Constituição da República) (MORAES, 2010, p. 315; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 1990, p. 78).

Fernandes (2012, p. 60) coloca que “[...] em virtude do princípio da legalidade, estendido ao direito processual penal, não poderia a restrição a direito individual ser admitida sem prévia lei, elaborada por órgão constitucionalmente competente, imposta e interpretada de forma estrita” e sobre o pressuposto da justificação teleológica (ou constitucional), “[...] decorre que a limitação a direito individual só tem razão de ser se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional”.

---

<sup>2</sup> Os constitucionalistas afirmam que seria neste preceito a consolidação própria da *proporcionalidade*, de maneira autônoma, conforme Gilmar Ferreira Mendes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009. p. 363).

No presente estudo, impõe-se trazer, assim, a percepção de Badaró (2011b, p. 75) sobre a abertura traçada por González-Cuéllar Serrano:

“Atente-se, contudo, para a premissa da aceitação da aplicação das medidas atípicas ‘a pesar de la falta de regulamentación de medidas alternativas en nuestra Ley procesal y sin perjuicio del deseable desarrollo legislativo de alternativas menos gravosas [...]’. Ou seja, com o desenvolvimento legislativo e a expressa previsão legal de medidas alternativas, a necessidade de aceitação de medidas atípicas deixa de ter sentido. É o caso brasileiro, posteriormente à Lei 12.403/11”

Desta feita, longe de querer debater os requisitos para aplicação de medidas cautelares pessoais,<sup>3</sup> pretendemos, aqui, fazer uso da hermenêutica, a fim de se esboçar interpretação lógico-sistêmica, sugerindo um caminho intermediário entre as correntes que defendem o poder geral de cautela vs. a taxatividade do rol de medidas aplicáveis.

Isto porque, em nossa visão, ambos os grupos encontram-se em posição por demais extremada, que nada ajudam na aplicação cotidiana do direito.

## 1. BREVE HISTÓRICO<sup>4</sup>

*“A prisão cautelar é, sem dúvida, a instituição mais cruel e angustiante no paradoxo dramático de todo o processo penal que, como repeti-*

---

<sup>3</sup> O que fizemos em nossa dissertação de mestrado.

<sup>4</sup> Após o advento do Código de Processo Penal de 1941 – reconhecidamente influenciado pelo Código Rocco, autoritário e repressivo (DELMANTO, 2006, p. 137) –, diversas alterações legislativas importantes ocorreram, transformando-o, paulatinamente, em um código mais humanitário e garantista – Badaró chega a dizer que “[...] não seria exagero afirmar que este [prisão vs. liberdade] foi o tema do Código de Processo Penal em que houve mais mudanças, quer do ponto de vista quantitativo, quer do ponto de vista qualitativo” (2011a, p. 171). Alguns projetos, no entanto, apesar de toda notoriedade e proposta evolutiva, não chegaram a ser aprovados, ou mesmo votados, pelo Congresso Nacional. Os mais conhecidos são o Anteprojeto Hélio Tornaghi, de 1963, o Anteprojeto Frederico Marques, de 1970, e o Anteprojeto de 1981, todos com um pensamento, no tocante à matéria em estudo, mais garantista, prevendo formas mais amenas de acautelar o processo. Deixamos, todavia, de analisá-los detidamente, vez que, apesar das pertinentes discussões e proposições, não chegaram a alterar nossa legislação, como tantos outros projetos de menor porte.

damente enfatizado, sendo em si mesmo um castigo, se instaura para decidir a final se é o caso de punir”, afirma Pertence (CRUZ, 2011. Prefácio, XIV).<sup>5</sup> Assim, considerando-se que as novas medidas cautelares pessoais – advindas com a Lei nº 12.403/2011 - traçam um marco no processo penal brasileiro, pertinente fazer um breve incurso histórico das alterações ocorridas em relação à prisão processual e às novas formas de garantir o correto andamento do processo.<sup>6</sup>

Nosso Código de Processo Penal, embora cada vez mais se pareça com uma *colcha de retalhos* (LOPES JUNIOR, 2011, p. 5), data de 1941, e previa, em seu nascedouro, como única hipótese cautelar pesso-

---

<sup>5</sup> A prisão em si, na antiguidade clássica, surgiu mesmo como uma medida cautelar, sendo que possuía como finalidade única evitar a fuga do acusado e não a penalização, vez que isso só veio a ocorrer séculos depois. Barros coloca: “Na antiguidade clássica a prisão embora tivesse por finalidade fazer atuar a pena definitiva, para a sua efetivação sempre se exigia a evidência do fato, tanto assim que já entre os visigodos a captura era conseqüência da notoriedade do crime. Não obstante, com o advento da Idade Média e a introdução do processo inquisitório, ampliando o poder do magistrado com relação à pessoa do acusado, a prisão preventiva apresentou-se como forma indispensável para imposição da tortura” (1976, p. 223).

<sup>6</sup> Do princípio do devido processo legal, estabelecido em consonância com o pensamento libertário da Revolução Francesa, previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 9º, “[...] resultou a norma inserta na Constituição Imperial de 1824, que em seu art. 179, §§ 8 e 10, dispunha: ‘Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei. A exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada se não por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu, e quem a tiver requerido, serão punidos com as penas que a lei determinar’. Diante dessa ordem constitucional, a nossa legislação processual do tempo colonial, condensada nas Ordenações Filipinas, veio a ser substituída, em 1832, pelo Código de Processo Criminal do Império, marco indelével na história do nosso processo penal. Este dispunha em seu art. 175: ‘Poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança; porém, nestes, e em todos os mais casos, à exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legítima’. Nesse esforço histórico, atinente ao instituto da prisão preventiva, adquire-se a certeza de que a medida foi sempre facultativa e utilizada para atender os fins do processo, jamais tendo sido lembrada, nem mesmo nas discussões parlamentares ou na doutrina dos praxistas reinícolas, como uma obrigação ao órgão julgante, atendendo à presunção de sua necessidade e conveniência”, coloca Barros (1976, p. 223-224).

al do processo a prisão, que podia decorrer do flagrante, da decretação da prisão preventiva, da decisão de pronúncia, da sentença penal condenatória<sup>7</sup>, ainda que recorrível ou, ainda, do *quantum* de pena cominado (GOMES FILHO, 2011, p. 33).<sup>8</sup>

No que diz respeito ao flagrante, Barros (1982, p. 119), fazendo referência a Pontes de Miranda, afirma que significa “[...] encontrar alguém na prática do delito, ou em circunstâncias tais que signifiquem estar a praticá-lo, ou no termo do ato delituoso, inclusive havendo fuga”. E explica que o “[...] pressuposto do poder de prender não é, portanto, a flagrância, mas o ser surpreendido na flagrância, demonstrando-se a prevalência do conceito de atualidade sobre o de visibilidade”.<sup>9</sup>

Assim, ocorrendo uma das hipóteses do artigo 302 do CPP e lavrado o auto de prisão nos moldes do artigo 304, a custódia era automática, a menos que a infração fosse apenada com multa ou pena privativa de liberdade com máximo inferior a 3 meses, quando o detido deveria, então, ser posto em liberdade após a lavratura do auto. Caso a pena fosse maior, a liberdade poderia ser concedida mediante

---

<sup>7</sup> De se notar que a classificação deste tipo – prisão decorrente de sentença penal condenatória – não tem sua natureza jurídica categorizada de forma unânime. Enquanto a maioria entende ter caráter cautelar (GOMES FILHO, 1992. p. 60; BARROS, 1982. p. 275-278), outros, como Marques (2009. p. 53) e Jardim (2007. p. 266), tem-na como execução provisória, o que pontuamos apenas para conhecimento, vez que não se trata do mote do presente estudo.

<sup>8</sup> “[...] com o advento do atual Código do Processo Penal, a 3 de outubro de 1941, o seu art. 312 dispunha: ‘A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada a pena de reclusão, por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos’. Estava implantada em nosso direito a prisão preventiva compulsória ou obrigatória, impossibilitando ao juiz examinar a necessidade da decretação dessa medida cautelar”, como coloca Barros (1976, p. 224). Cruz coloca que “[...] na seara das prisões cautelares, o recrudescimento legislativo foi anunciado expressamente na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, após a afirmação de que a prisão em flagrante e a preventiva passavam a ser ‘definidas com maior latitude do que na legislação em vigor’, uma vez que ‘o interesse da administração da justiça não pode - dizia-se - continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos [...]’.” (2011. p. 36).

<sup>9</sup> Isto explica, assim, a aceitação da prisão em flagrante nos moldes do inciso IV, do artigo 302, do Código de Processo Penal; enquanto nos demais incisos a visibilidade é pressuposta.

fiança, salvo as vedações dos artigos 323 e 324 – que hoje, modificados pela Lei nº 12.403/11, possuem um rol diferenciado (GOMES FILHO, 2011. p. 33).

O artigo 310 do CPP, modificado pela mesma lei, passou a prever, além das já antigas hipóteses de colocação do réu em liberdade – mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo (que se tornou medida cautelar prevista no rol do artigo 319); quando o fato houver sido praticado nas condições excludentes de ilicitude; ou quando ausentes os requisitos da prisão preventiva<sup>10</sup> – a necessidade de avaliação da possibilidade de aplicação das novas medidas cautelares pessoais, constantes do artigo 319.

A prisão preventiva, decretada pelo juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante,<sup>11</sup> já foi obrigatória nos

---

<sup>10</sup> Esta última, uma inovação trazida pela Lei nº 6.416/77, cujo teor foi assim comentado por Grinover: “Mas agora, acrescentando um parágrafo único ao dispositivo, a Lei 6.416/77 amplia a possibilidade de liberdade provisória, para abranger, na mesma sistemática, as hipóteses para as quais não se autoriza a prisão preventiva (arts. 311 e 312 do CPP, com a redação determinada pela Lei 5.349/67). Ou seja, haverá possibilidade de liberdade provisória, também no flagrante, sem necessidade de fiança, e mediante termo de comparecimento, quando: a) não houver prova de existência do crime (*rectius*, do fato criminoso em sua materialidade) e indícios (ou melhor, provas ainda que leves) suficientes da autoria; b) não houver necessidade da prisão para assegurar a aplicação da lei penal. Como se vê, sob a letra *a* o legislador explicita os casos que podem caracterizar o *fumus boni iuris*, para efeito de prisão preventiva e manutenção do flagrante; e sob a letra *b*, configura expressamente aquilo que pode representar o *periculum in mora*” (1977, p. 104).

<sup>11</sup> Concordamos com a visão de Badaró, para quem não cabe fixação de medidas, na fase do inquérito policial, por mera representação da autoridade policial, afinal, “não se trata de requerimento, mas de representação. A autoridade policial não é parte. Não formula pretensão alguma. Assim sendo, sua representação não deve ser dirigida ao juiz, mas ao Ministério Público, para que este, considerando-a correta, requeira a prisão preventiva [ou outra medida qualquer]” (2014. p. 735). Nesse mesmo sentido é a *Orientação nº 4/2014*, lançada pelo Procuradoria Geral da República aos Membros do Ministério Público Federal por meio de sua 7ª Câmara de Coordenação e Revisão (controle externo da atividade policial e sistema prisional): “Orienta os membros do Ministério Público Federal a, respeitada a independência funcional, pugnam pelo não conhecimento de pedido de medida cautelar formulado por autoridade policial diretamente em Juízo, sem o prejuízo de pleitearem a medida cautelar, em petição própria, quanto entenderem

crimes a que fosse cominada pena de reclusão máxima igual, ou superior, a dez anos, desde que houvesse prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.<sup>12</sup>

A reforma de 1967, com o advento da Lei nº 5.349, tornou a decretação deste tipo de prisão facultativa, eliminando o caráter imperioso vinculado à pena abstrata do crime imputado, mantendo-se os demais requisitos.<sup>13</sup> Foi a Lei nº 6.416/77 que eliminou o critério da afiançabilidade, concentrando-se, seu fundamento, na gravidade da infração cometida (GRINOVER, 1977, p. 106).<sup>14</sup>

Outra forma de prisão que desapareceu se dava com a pronúncia, que implicava a necessária custódia do réu, “[...] com recomendação na prisão onde se achasse, ou na expedição de ordem para sua captura,

---

pertinente” (Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/recomendacao-mpf-medida-cautelar-pf.pdf>> Acesso em: 22 mar. 2017). Em sentido contrário, aceitando a fixação por pedido feito pela autoridade policial, Mendonça (2011, p. 61-62).

<sup>12</sup> “Na sistemática do código processual de 1941, dois fatores eram levados em consideração, na decretação da prisão preventiva: a gravidade do crime, que devia ser punido com pena de reclusão, por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos (art. 312, determinando nesse caso a obrigatoriedade da medida); e a afiançabilidade, ou não, dos crimes, pela qual se media a decretação facultativa da medida cautelar. Presente, ainda, devia estar o requisito representado pela garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou segurança da aplicação da lei penal, igualmente enquadráveis no *periculum in mora* (art. 313)” (GRINOVER, 1977, p. 106).

<sup>13</sup> Barros assim se manifestou sobre a mudança: “[...] decorridos 26 anos da vigência dessa malsinada norma, de tão triste memória, ainda voltando a normalidade democrática com a Constituição de 1946, somente com o advento da Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967, é que essa draconiana forma de medida cautelar desapareceu” (1982, p. 178).

<sup>14</sup> “Cabe ressaltar, todavia, que essa proibição de absoluta concessão de liberdade provisória, baseada tão-somente na gravidade do crime perseguido, sem questionar a real necessidade cautela da medida, mostra-se inconstitucional, por violação da garantida da não-consideração prévia de culpabilidade ou da presunção de inocência” (DELMANTO, 2006, p. 139). Além, “[...] não se pode deixar de destacar que, com a Lei nº 6.416/77, o sistema do CPP perdeu totalmente a coerência. Para os crimes menos graves, era admissível que o investigado ou acusado fosse colocado em liberdade provisória, mediante fiança (CPP, art. 323, inc. I). Já quem cometia crimes graves, poderia ser beneficiado pela liberdade provisória sem fiança, do então inserido parágrafo único do art. 319 do CPP”, conforme Badaró (2011a, p. 174).

ressalvada a hipótese de crime inafiançável” (GOMES FILHO, 2011, p. 33), nos termos do antigo artigo 408 e parágrafos do Código de Processo Penal. O Código de Processo Penal, quando de sua entrada em vigor, trazia, nos moldes da prisão-pronúncia, o encarceramento decorrente de sentença penal condenatória, ainda que recorrível.

Ainda em período pré-Constituição de 1988, a Lei nº 5.941/73 (chamada Lei Fleury) abrandou tal obrigatoriedade, apesar de muito aquém das garantias de hoje. Gomes Filho pontua que tais “[...] modificações, embora aparentemente liberalizantes, foram notoriamente ditadas por momentânea conveniência relacionada ao envolvimento de funcionário da alta hierarquia policial em acusações de homicídio”; e completa, explicitando que a introdução de condição de *primariedade e bons antecedentes* na disciplina da prisão cautelar se deve à sua correspondência “[...] no âmbito da justiça repressiva, a algo próximo à idéia de ‘cidadania regulada’ segundo a qual os direitos do cidadão decorrem de concessões do poder público” (GOMES FILHO, 1992, p. 63).<sup>15</sup>

Anos se passaram, e foi somente com a reforma processual de 2008 que tais medidas foram extintas, exigindo-se do julgador, como manda a Carta da República, a motivação da manutenção, revogação ou decretação da prisão do réu.<sup>16</sup> Em relação à pronúncia, foi a Lei

<sup>15</sup> E conclui o autor: “Estabeleceu-se, assim, uma duplicidade de fundamentos para a custódia antes da sentença final, que não deixa de dar lugar a perplexidades: antes da pronúncia ou da sentença de primeiro grau, a cognição cautela refere-se ao *periculum libertatis*, que pode indicar, ou não, a necessidade da prisão; no momento das referidas decisões, deve o juiz proceder a um novo exame da medida, agora voltado à constatação de dados relativos à personalidade do acusado”.

<sup>16</sup> “Por isso [pelo princípio da presunção de inocência], desde a Constituição de 1988, vozes doutrinárias diziam que as duas modalidades de prisão contrariavam a regra de presunção de inocência do art. 5º, inciso LVII, pois representavam antecipação de pena, não sendo impostas com base em necessidade cautelar assentada em circunstâncias do processo, mas apenas com o sustento no fato de o acusado não ser primário ou não ter bons antecedentes. Ainda, em relação à prisão derivada de sentença, apontava-se outro fundamento de inconstitucionalidade, o de que impor a alguém o recolhimento à prisão para apelar é negar-lhe o direito constitucional ao duplo grau de jurisdição, também garantido por normas da Convenção de San José da Costa Rica (artigos 7º, n. 6, e 8º, n. 10)” (FERNANDES, 2012, p. 308).

nº 11.689/08 que deu nova redação ao artigo 413, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal. Do mesmo modo, no que se refere à prisão decorrente de sentença recorrível, onde a Lei nº 11.719/08 disciplinou o procedimento na nova redação do artigo 387 do CPP (já modificado pelo advento da Lei nº 12.403/11), e revogou expressamente o antigo artigo 594.

“A tarefa legislativa de atualização do sistema de medidas cautelares processuais-penais, à luz dos princípios e garantias introduzidos pela Constituição de 1988, foi agora completada – ainda que parcialmente”, como coloca Gomes Filho (2011, p. 38). Trata-se da introdução, pela Lei nº 12.403/11, de medidas alternativas à prisão cautelar, objeto do presente estudo.

O dever de fundamentação das decisões judiciais, ademais, vem reforçado, mesmo no processo penal, pela entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, onde, em seu artigo 489 caput e parágrafo 1º, traz elementos mínimos e essenciais das decisões judiciais.<sup>17</sup>

## **2. A PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE ESCOLHA E A QUESTÃO DA TAXATIVIDADE**

A entrada em vigor da Lei nº 12.403/11 parece não ter acabado com uma grande discussão que açula os operadores do Direito: o poder geral de cautela no processo penal. Embora forte corrente doutrinária nunca tenha aceitado este poder geral<sup>18</sup>, corriqueiramente se

---

<sup>17</sup> Como coloca Bedê Júnior, “cabe destacar que, embora prevista em dispositivos do CPC, qualquer garantia relevante deve ser aplicada no processo penal. De fato, é inconcebível que o processo civil proteja de modo mais eficiente as partes do que o processo penal. Não existe hierarquia entre cada ramo do direito, porém não se pode perder de vista que as normas processuais que densificam direitos fundamentais são, na verdade, heterotópicas e devem ser aplicadas em todas as searas jurídicas. (...) A título de exemplo, os artigos 10 e 489, §1º do CPC, que densificam o princípio do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais devem ser aplicados no processo penal.” (2016, p. 262).

<sup>18</sup> Sempre se mostraram contrários ao poder geral de cautela no processo penal, por exemplo: GOMES FILHO (1992, p. 95); LOPES JUNIOR (2009, p. 8-9); BADARÓ (2011b, p. 75); BOTTINI (2010, p. 26-27); BARROS (1982, p. 58).

vê sua aplicação pelos tribunais como forma de amenizar as mazelas trazidas pela prisão preventiva, sem, contudo, deixar de acautelar o processo em certa medida.<sup>19</sup> Há, também, considerável doutrina por sua aceitação.<sup>20</sup>

O poder geral de cautela, assim, nada mais é do que a possibilidade, para os que nele confiam, de que o magistrado se utilize de medidas cautelares inominadas (não previstas em lei) para a segurança processual. Ou seja, poderá o juiz – sempre fundamentadamente (presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*) – aplicar uma medida que entenda cabível, ainda que não prevista em lei.

A crítica que se fazia, e que vale ainda hoje, de forma a garantir que apenas as medidas previstas sejam aplicáveis, é que “[...] no processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para poderes gerais, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal”, coloca Aury Lopes Junior.<sup>21</sup>

Tanto antes, como agora, poderia se cogitar de um poder geral de cautela em consonância com a proporcionalidade, em especial sub-sunção à adequação, ou proibição do excesso, vez que nenhuma medi-

<sup>19</sup> LOPES JUNIOR, 2009, p. 8-9; BOTTINI, 2010, p. 26-27. Badaró explicita que “[...] antes, quando vigorava o reducionismo bipolar, argumentava-se, ante a inaceitável omissão legislativa, com a possibilidade de o Juiz penal, aplicando por analogia (CPP, art. 3º) o poder geral de cautela previsto no Código de Processo Civil (CPC), decretar medidas cautelares processuais atípicas, isto é, não previstas em lei. E, complementando-se tal raciocínio, fundamentava-se a necessidade de se socorrer de medidas não previstas em lei, *in bonam partem*, isto é, para beneficiar o acusado, pois, caso contrário, teria o Juiz que decretar a sua prisão preventiva ou mantê-lo preso em flagrante delito” (2011b, p. 72).

<sup>20</sup> Aceitando o poder geral, inclusive hoje, ainda que de forma temperada: CRUZ, 2011, p. 178; MENDONÇA, 2011, p. 80; LIMA, 2012, p. 565.

<sup>21</sup> LOPES JUNIOR, 2009, p. 8. E completa o autor: “Esclareça-se que nossa crítica ao poder geral de cautela não se esvaziará com mudanças legislativas, pois elas apenas ampliarão o leque de medidas cautelares, sem jamais poder contemplar uma cláusula geral, deixando ao livre arbítrio do juiz criar outras medidas além daquelas previstas em lei. Nesta linha, os Projetos de Lei 4208-C e o PL 156/2009 (Anteprojeto de CPP) instituem um modelo polimorfo, em que o juiz poderá dispor de um leque de medidas substitutivas da prisão cautelar. Mas, sublinhe-se, igualmente estará atrelado ao rol de medidas previstas em lei, não podendo criar outras medidas além daquelas previstas no ordenamento.”

da é perfeitamente adequada a todos os casos concretos, sendo certo que, independentemente do número de medidas previstas, sempre se pensará em uma alternativa – *supostamente* – melhor e mais benéfica ao acusado.<sup>22</sup>

Entretanto, como se sabe, o postulado da proporcionalidade, em sua maioria aceito sob os traços esboçados por Nicolas González-Cuéllar Serrano (1990) (adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu*), adotado por nós, jamais se esquivará do princípio da legalidade.<sup>23</sup>

Nesse ponto, a taxatividade implica que todas as medidas cautelares estejam previstas em lei, ou seja, que sua aplicação esteja condicionada às hipóteses expressamente previstas em lei (MENDONÇA, 2011. P. 79).

Ocorria, antes da reforma, por vezes, a falaciosa necessidade de imposição de uma medida diversa (e não prevista), como *v.g.* a entrega do passaporte, sob o pretexto de acautelar o processo, muito embora a prisão não se mostrasse adequada, ou mesmo, necessária. Argumentava-se que, assim, o acusado não sofreria constrição maior

---

<sup>22</sup> BADARÓ, 2011b, p. 73. No sentido, aceitando o poder geral de cautela temperado, Andrey Borges de Mendonça pontua: “Isto porque a realidade é muito mais ampla e variada que a imaginação do legislador. Haverá situações concretas que sequer foram imaginadas pelo legislador, em que o magistrado se verá diante de situações de risco que terão que ser enfrentadas. Nestes casos, surgirá a importância do poder geral de cautela” (2011, p. 80).

<sup>23</sup> Neste sentido, Badaró coloca: “A adoção de medidas atípicas, porque não previstas em lei como aptas a privar ou restringir o direito de liberdade em sede de medida cautelar, encontra inafastável barreira no pressuposto formal do Princípio da Legalidade. Ainda que a medida seja adequada, necessária e proporcional, se a restrição ao direito fundamental não estiver prevista em lei, não será legítima” (2011b, p. 75). Em sentido contrário, no entanto, temperando o poder geral de cautela, Cruz aduz “[...] que não se poderá subtrair do julgador a possibilidade de fazer uso de seu poder geral de cautela, de forma excepcional, tendo como objetivo evitar a prisão preventiva. Poderá o magistrado, então, impor ao investigado ou acusado medida que, embora não conste literalmente do rol positivado no artigo 319 do CPP, seja prevista em outra norma do ordenamento, ou possa ser considerada, por meio de interpretação extensiva, abrangida na dicção de algum dos incisos que compõem o elenco das cautelares pessoais diversas da prisão, previstas no referido dispositivo” (2011, p. 183). Acompanhado por: Mendonça (2011, p. 79-84).

[prisão!], sendo, desta maneira, uma cautelarização mais benéfica (LIMA, 2012, p. 568-569).

Todavia, como aponta Badaró (2011b, p. 79), “[...] corretamente estabelecidas as premissas, não se tratava de medidas atípicas para ‘beneficiar o acusado’ [...], mas de medida atípica que restringia seu direito de liberdade mais do que o permitido em lei”.<sup>24</sup> E completa, este autor (2011b, p. 79), que o mesmo raciocínio se aplica ao rol das novas medidas cautelares alternativas à prisão, afinal, nesta lista, há que se buscar aquela menos gravosa que atente ao fim almejado:

“[...] se nem mesmo a menos intensa das medidas se mostrar adequada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, caput, inciso II), é porque, no caso, não se deve impor qualquer medida cautelar alternativa à prisão.”

O *antigo* argumento de aplicação analógica (CPP, art. 3º) do poder geral de cautela previsto no antigo artigo 798 do *velho* CPC (hoje previsto no art. 301 do novo CPC) não pode prosperar. Conquanto a intenção era a suposta aplicação *in bonam partem*, não é o que ocorre; o discurso se esvazia, também, com a criação de um rol de medidas ante a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> “Assim sendo, se as alternativas legais eram a prisão ou a liberdade, e a prisão não se mostrava adequada, outro caminho não restaria, no marco da legalidade, que a concessão da liberdade provisória, no caso de prisão em flagrante delito, ou a não decretação da prisão preventiva, com a manutenção da liberdade plena, nos demais casos” (BADARÓ, 2011c, p. 2.228). Nesse sentido: Kehdi (2007).

<sup>25</sup> Se o argumento era a falta de medidas alternativas, a criação de um extenso rol não pode ser renegada sob o pretexto de que “[...] a realidade é muito mais ampla e variada que a imaginação do legislador” (MENDONÇA, 2011, p. 80). Nesse sentido, embora ainda pendente ao poder geral de cautela, Lima coloca, em pensamento anterior à promulgação da Lei nº 12.403/11: “A solução, para nós, seria a promulgação de uma reforma processual penal onde se restasse prevista uma gama maior de medidas cautelares não prisionais, como vem ocorrendo em outros países, tornando-se assim não necessária a utilização do poder geral de cautela. Contudo, é de ser que, mesmo com a criação ampla de medidas cautelares, sempre poderá ocorrer que, para determinado caso concreto, se faça necessária uma cautelar específica, já que é impossível

O uso da analogia e dos princípios gerais do Direito, ainda, constantes do enunciado no artigo 3º do CPP, não podem subsistir, também, por outra razão. A Constituição da República assegura o direito à liberdade (art. 5º, *caput*) e o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), assim como as garantias constantes de tratados internacionais concernente aos direitos humanos (art. 5º, §§ 2º e 3º).

Neste diapasão, o artigo 7.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, garantindo o princípio da legalidade das medidas cautelares (BADARÓ, 2011b, p. 80), afirma que “[...] ninguém poderá ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”.<sup>26</sup> Tem-se, desta feita, disciplina legal no que concerne ao processo penal, sem a necessidade de nos socorrermos ao processo civil.<sup>27</sup>

Como colocam Ramírez e Malarée (1997, p. 87), tratando do princípio da legalidade aplicado ao processo penal, “se trata que la actividad judicial no exceda de lo que estrictamente establece la ley y de excluir toda posibilidad de arbitrariedad en el proceso.”

Por tudo quanto exposto, não há que se cogitar de um poder geral de cautela no processo penal. Afinal, “[...] para além das boas intenções dos juízes (e quem nos protege da bondade dos bons?)”, repita-se Lopes Junior (2009): “[...] no processo penal, forma é garantia”.

---

que se esgotem todas as hipóteses abstratas imagináveis em previsão legislativa” (2012, p. 133).

<sup>26</sup> “Ressalte-se, ainda, que embora o artigo 7.2 se refira à ‘privação de liberdade’, este dispositivo tem sido interpretado com amplitude pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), de forma a compreender não apenas a privação da liberdade, mas também o caso de restrição da liberdade” (BADARÓ, 2011c, p. 231).

<sup>27</sup> Afinal, como o próprio artigo 3º do CPP preceitua, “[...] a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica”; entretanto, como explícita o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “[...] quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Assim, somente se utiliza da analogia, “quando a lei for omissa”, o que não é o caso. Para que se possa utilizar da analogia, que é uma forma de preenchimento da lacuna da lei, é necessário que haja omissão. Nesse sentido: TOURINHO FILHO, 2012, p. 201-206.

Por outro lado, diferentemente de um poder geral de cautela, há que se analisar a possibilidade de interpretação extensiva dos ditames legais previstos no Código de Processo Penal, ou mesmo, a aplicação de determinadas medidas cautelares pessoais previstas em leis esparsas a casos análogos. Tudo, sem perder de vista o princípio da legalidade e o critério da proporcionalidade.

### **3. HERMENÊUTICA DAS NORMAS DE PROCESSO PENAL: A INTERPRETAÇÃO DA LEI**

O processo não é um fim em si mesmo, mas meio de dispor na conformidade do que regula a lei de maneira geral. “Mais do que qualquer outra norma jurídica, a lei de processo penal se destina a conciliar a necessidade de Segurança com a exigência de Justiça”, coloca Tornaghi (1977, p. 69).<sup>28</sup> E nessa conciliação entre Segurança e Justiça, o autor coloca que a solução não pode ser apriorística, mas variável conforme o momento que atravessa uma sociedade. Em sendo maior a exigência de Segurança, necessário um Estado mais forte (que é maior quando o juiz se prende à lei); em não havendo risco de perturbação da ordem, um Estado liberal pode se mostrar mais adequado a seus fins (que pode ser aprimorada com certo temperamento das leis) (TORNAGHI, 1977, p. 73-75).

Sobre a variação de tempo e conteúdo, Mello (1972, p. 141-147) coloca que “[...] instrumental que é o Direito, seu conteúdo varia de acordo com as épocas, de acordo com os lugares, de acordo com os pontos-de-vista políticos dominantes em cada época. O conteúdo do

---

<sup>28</sup> E completa: “A justiça é para o Direito o que o belo é para a arte: valor supremo, meta perseguida, arquétipo que informa toda a obra realizada. É possível que varie o conceito de belo, a apreciação subjetiva do belo; da mesma forma a idéia de justiça difere de uma para outra cabeça; ela pode e deve diversificar para adaptar-se à variação dos costumes e à forma das instituições, sem que a Justiça em si mesma seja arranhada. O que ocorre aqui é igual ao que sucede com o belo: o que é bonito num fundo escuro pode não ser num fundo claro. E assim como um quadro ou uma composição musical eventualmente consagram o feio, o desgracioso, da mesma forma também a lei pode conter o iníquo, porque o real às vezes foge do ideal, quer por erro de concepção, quer por desvirtuamento da vontade” (TORNAGHI, 1977, p. 69).

Direito varia, não o Direito; o conteúdo dos mandamentos se altera, mas o Direito é como que o invólucro, capaz de reter dentro de si os mais variados conteúdos”.<sup>29</sup>

Assim, o *formalismo* está mais na forma que no conteúdo do Direito, sendo a regulamentação de cabimento, configuração, lugar, tempo, competências dentre outras características do ato processual, como vimos, por lei. A inobservância da norma constitui ilegalidade.<sup>30</sup>

Entretanto, a formulação da regra jurídica se mostra, muitas das vezes, complexa, intrincada, com idas e vindas, de difícil compreensão ou fora da lógica de uma construção retilínea, com diversas emendas e substitutivos, dificultando o reconhecimento da vontade do legislador, “[...] sem que um órgão do Estado a declare de forma concreta e individualizada” (TORNAGHI, 1977, p. 83).<sup>31</sup>

Para tanto é que se presta a *hermenêutica jurídica*.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> E sobre a *instrumentalidade* do Direito (e não do processo), coloca: “O Direito não é senão aquele instrumento que regulamenta os comportamentos humanos na vida social. Em outras palavras, e do modo mais singelo possível, poderíamos dizer que o Direito é meramente um aparelho de coação, é um instrumento de coação. É um instrumento através do qual são reguladas situações e comportamentos, não apenas comportamentos, como de hábito supomos”. (MELLO, 1972, p. 141-147)

<sup>30</sup> “O Estado de Direito ‘desconfia de si mesmo’, teme o abuso de poder, procura limitar-se e demarcar as atribuições de seus órgãos; prescreve a forma, o lugar e o tempo dos atos processuais. Nisso consiste o formalismo e essa é a sua significação. Não deve ser entrave à justiça, mas tem de acautelar a segurança. [...] Convém que o procedimento seja rápido e econômico; mas é indispensável que conduza à paz com justiça. Importa, entretanto, nunca perder de vista que as formas processuais são *meio* e não *fim*” (TORNAGHI, 1977, p. 77).

<sup>31</sup> Maximiliano aponta: “Resulta imperfeita a obra legislativa; porque as Câmaras funcionam com intermitência, deliberam às pressas, e não atendem somente aos ditames da sabedoria. Preocupam-se, de preferência, com alguns tópicos; fixado o acordo sobre estes, deixam passar sem exame sério os restantes: descuram do fundo, e talvez mais da forma, que é a base da interpretação pelo processo filológico” (2000, p. 119).

<sup>32</sup> Sobre a aplicação do Direito: “Nenhum aplicador do direito, por isso mesmo, conseguirá êxito na sua missão se se limitar à pura e simples aplicação dos textos legais em vigor. A infinita variação dos fatos humanos só encontrará a justa solução buscada pelo ideal do direito se o aplicador souber encontrar no espírito do ordenamento jurídico a norma individualizada que cada caso concreto reclama” (THEODORO JÚNIOR, 1981). Segundo Maximiliano citado por Queiroga: “A hermenêutica, na lúcida visão de Carlos Maximiliano,

### 3.1. INTERPRETAÇÃO DAS LEIS

“Interpretar a lei é descobrir ou revelar a vontade contida na norma jurídica ou, como diz Clóvis, é revelar o pensamento em que anima as suas palavras”, coloca Tourinho Filho (2012, p. 193).<sup>33</sup>

O que se busca com isto, no entanto, é o conteúdo da lei, voltando-se para sua inteligência e vontade, fim para o qual foi criada. Não se trata de descobrir a intenção do legislador, “[...] pessoa imaginária, cuja vontade dificilmente se chega a saber que coisa é, até porque o legislador é, na maioria dos casos, um órgão coletivo em que cada componente, como pessoa física, tem vontade própria e possivelmente diversa da dos demais”, preceitua Barros (1969, p. 86).

#### 3.1.1. TIPOS DE INTERPRETAÇÃO

Desta feita, do ponto de vista subjetivo, ou seja, do sujeito que interpreta a norma, esta pode ser autêntica, doutrinal ou judicial.

---

‘tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito’. [...] Carlos Maximiliano, no entanto, nos dá uma significação de hermenêutica, em seu sentido amplo. Nesse caso, abrange a interpretação e integração, e, quiçá, a própria aplicação que é a finalidade última de toda interpretação e integração” (QUEIROGA, 1980, p. 31-40).

<sup>33</sup> Ávila pontua: “De um lado, a compreensão do significado como o conteúdo conceptual de um texto pressupor a existência de um significado intrínseco que indefensa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto” (2011, p. 31).

Para os fins a que se destina o presente trabalho, interpretação autêntica, em linhas gerais, é aquela realizada pelo próprio legislador.<sup>34</sup> Doutrinal, como o próprio nome já diz, é aquela feita pelos *juris scriptores*, pelos doutrinadores do Direito, enquanto a jurisprudencial, também auto-explicativa, é aquela levada a efeito pelos juízes e tribunais (TOURINHO FILHO, 2012, p. 194).<sup>35</sup>

Do ponto de vista objetivo (e mais importante ao nosso estudo), no entanto, os meios empregados para se proceder à interpretação se distinguem em gramatical (ou literal), lógico (ou teleológico) e sistemático (ou histórico).<sup>36</sup>

Assim, a interpretação gramatical preocupa-se com as diversas acepções que o vocábulo pode ter. Hoje, tem menos importância para o Direito moderno do que já se atribuiu em tempos antigos.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> “A doutrina distingue a *interpretação autêntica* em *contextual* e *por lei posterior*. Se a interpretação é feita no contexto, ‘mediante disposiciones que mutuamente se aclaran’, diz-se contextual [...]. Se a interpretação se dá por lei posterior – o que constitui a regra –, fala-se em interpretação ‘por lei posterior.’” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 194).

<sup>35</sup> Essa, também, de valoroso significado para nosso estudo, vez que deve ser a concretizadora de nossas conclusões. Ávila elucida: “(...) é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentido, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicado, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto” (2011, p. 34).

<sup>36</sup> Tourinho Filho anota que “[...] do ponto de vista objetivo, isto é, levando-se em conta os meios ou expedientes intelectuais empregados para se proceder à interpretação, esta se distingue em *gramatical* ou *literal*, *lógica* ou *teleológica*, *sistemática* e *histórica*. Outros autores preferem dizer que os elementos “histórico” e “sistemático” são considerados na interpretação lógica ou teleológica” (2012, p. 195). Nos filiamos, assim, a esta outra corrente, por entender que o processo de interpretação lógica, como veremos, perpassa pela análise histórica e sistemática da lei e sua criação. Embora faça a separação, Tornaghi parece assim proceder mais para fins didáticos, pois assim disciplina: “E ainda para conhecer a finalidade da norma é útil o estudo de sua gestação, de sua elaboração, de seus precedentes, dos trabalhos preparatórios. É a *interpretação histórica*. Ela busca conhecer a vontade do legislador [...]” (1977, p. 128).

<sup>37</sup> “Tem menos importância para o Direito moderno do que lhe atribuíam para o antigo, escrito em línguas mortas. Nesse caso não se deparavam só com

“Se os termos usados têm aceção técnica, ainda que convencional, deve ela ser adotada pelo intérprete. Não, entretanto, nas hipóteses em que se saiba ter sido empregada com o significado vulgar ou pelo menos sem preocupação técnica”, afirma Tornaghi (1977, p. 126).<sup>38</sup> Assim é que se mostra necessário, em geral, a utilização de mais de um meio de interpretação para se chegar ao fiel cumprimento da lei.<sup>39</sup>

O processo gramatical pode ser o primeiro na ordem metódica, porém, em importância, a interpretação, por excelência, é a que se baseia no fim almejado, no modelo ideológico (MAXIMILIANO, 2000, p. 121). Daí surge a interpretação teleológica, visando que se pesquise o fim colimado pela norma legal. Do grego *telos* = final, enquanto *teleologia* = o estudo das causas finais (TORNAGHI, 1977, p. 127).

Isto posto, pretende-se, através desta forma de interpretação, fazer um estudo da norma em si, além do conjunto de normas do sistema jurídico, por meio do raciocínio dedutivo (MAXIMILIANO, 2000, p. 123).

---

difficultades possíveis de resolver com o auxílio de gramáticas e dicionários; surgiam graves problemas filológicos, dúvidas oriundas das variantes de edições ou diversidade de manuscritos, e outras controvérsias em que a Hermenêutica necessitaria aliar-se à Crítica erudita para se aproximar o mais possível da verdade” (MAXIMILIANO, 2000, p. 107).

<sup>38</sup> Como exemplo, o autor coloca: “Isso acontece, frequentemente, nas Constituições que usam com o sentido corrente vocábulos que em determinado ramo do Direito têm significação própria. Assim, por exemplo: a palavra *indulto*, no art. 81, nº XXII, da Constituição Brasileira está usada como perdão, em geral, sem atenção para o significado técnico dessa palavra em Direito penal (*indulto* = perdão coletivo; *graça* = perdão individual); [...]”.

<sup>39</sup> Tornaghi aponta o cuidado que teve o legislador italiano ao dispor no artigo 12 das “Disposições Preliminares” do Código Civil italiano que “Ao aplicar a lei, não se lhe pode atribuir outro sentido senão o que ressalta o significado próprio das palavras segundo sua conexão e a intenção do legislador” [tradução do autor]. E completa: “Cumpra não esquecer que a interpretação puramente gramatical faz da letra um cadáver. Com abundância de exemplos, mostra Ihering que ‘na interpretação das leis, a jurisprudência antiga não seguia o texto cegamente, sem se preocupar com o resultado. Bem ao contrário, tinha ela o olhar permanentemente voltado para as necessidades da vida prática e sabia interpretar as leis em coerência com essas necessidades.’” (1977, p. 125-127). “Quem só atende à letra da lei, não merece o nome de juriconsulto; é simples pragmático (dizia Vico)”, coloca Maximiliano (2000, p. 112).

Tourinho Filho (2012, p. 196) coloca que se dá este tipo de interpretação quando o intérprete “[...] se serve das regras gerais de raciocínio para compreender o espírito da lei e a intenção do legislador [...], porquanto visa precisar genuína finalidade da lei, a vontade nela manifestada”.

Conquanto alguns doutrinadores separam esta interpretação da sistemática e da histórica, entendemos que a apreciação do fim inserto na lei ou a vontade do legislador só podem ser alcançadas passando por tais etapas – histórico-sistêmica –, de forma que devem fazer parte da interpretação teleológica.

Assim, “[...] quando a dúvida não recai sobre o sentido de uma expressão ou de uma fórmula da lei, mas sim sobre a regulamentação do fato ou da relação sobre que se deve julgar” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 197), utiliza-se a apreciação sistêmica.<sup>40</sup>

Já a investigação histórica se dá quando há pesquisa do processo evolutivo da lei, seus precedentes, o projeto de lei, as discussões havidas durante o seu processo de elaboração, a Exposição de Motivos etc.

Interpretar a norma, destarte, tem por fim aclarar o sentido que lhe haja dado o legislador. Em regra, tem como consequência a declaração; visa tão somente a elucidar a norma interpretada.

Ocorre, muitas vezes, que a lei pode dar a entender mais do que pretendia, ou, em tantas outras, dizer menos do que deveria ter feito. Surge uma subclassificação das formas de interpretação das normas, de maneira que a compreensão pode ser, ainda, restritiva ou extensiva.<sup>41</sup>

### 3.1.2. AMPLITUDE DAS FORMAS INTERPRETATIVAS

Como vimos, a forma mais comum de interpretação é a declarativa, que se atém a iluminar o quanto estipulado pela norma jurídica.

---

<sup>40</sup> Tornaghi coloca que “[...] separada do conjunto, uma norma pode, às vezes, apresentar um sentido que desaparece quando ela é confrontada com as demais, que, inclusive, frequentemente a limitam ou alargam, determinam ou qualificam, modulam ou condicionam” (1977, p. 128).

<sup>41</sup> Barros coloca-as como *Classificação* (1969, p. 93); Tourinho Filho como *Resultado* (2012, p. 197), enquanto Tornaghi como *Natureza e Alcance* da interpretação (1977, p. 129).

A perspectiva restritiva deve diminuir a aparente extensão da norma, quando esta tiver dito, em geral de maneira genérica, mais do que pretendia o legislador, ou poderia se dar o alcance da norma (MAXIMILIANO, 2000, p. 198).<sup>42</sup>

Extensiva é a interpretação que, utilizando-se da interpretação teleológica (e suas vertentes histórica e sistêmica), torna a norma aplicável também aos casos não previstos no teor de sua literalidade (BARROS, 1969, p. 94).

Sobre o tema, mister os dizeres de Carlos Maximiliano (2000, p. 200), quando afirma: “Nenhuma norma oferece fronteiras tão nítidas que eliminem a dificuldade em verificar se se deve passar além, ou ficar aquém do que as palavras parecem indicar”.

Feitas estas breves considerações, devemos tentar responder à problemática exposta ao final do item 2 retro.

## **CONCLUSÃO – A CORRETA LEITURA DE ALGUNS PRECEITOS LEGAIS E A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA**

De tudo quanto exposto, cremos ser possível, para preencher a exigência cautelar do caso concreto, que se faça uso da interpretação extensiva e se aplique medidas acauteladoras previstas em leis esparsas a casos cuja tipificação não se encontram em tais leis. É o que podemos chamar de *taxatividade mitigada*.

Isto porque, como vimos, o processo legislativo se mostra intrincado, de forma que, por vezes, a evolução do pensamento não acompanha a produção das leis, v.g. as medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), fruto da evolução do pensamento de criação de medidas alternativas e que, apesar de pensada após o projeto de lei que ensejou a inserção das novas medidas cautelares (Projeto de Lei nº 4.208/01), viu-se promulgada anteriormente

---

<sup>42</sup> “É quando delimita a esfera dos casos previstos pela norma, ou declara-se que não abrange a casos nela não especificados”, afirma Barros (1969, p. 94).

àquele. Eis a razão para que se aceite a aplicação de medidas de resguardo constantes de leis avulsas.<sup>43,44</sup>

---

<sup>43</sup> Lima, colocando-se sobre o princípio da codificação e leis extravagantes, assim se pronuncia: “É de boa técnica legislativa, mormente no sistema penal que, pelo princípio da codificação, os delitos devam ser agrupados em um código, o que é a regra, objetivando a não proliferação de leis esparsas, e o mesmo se aplica em relação às regras processuais, facilitando a melhor dedução da pretensão punitiva em Juízo. [...] A sistematização penal é uma conquista científica obtida através dos séculos, desde o antigo Direito Romano. Entretanto, no Brasil, ultimamente, tem ocorrido a proliferação de leis especiais em matéria penal, sem a necessária sistematização e coerência de técnica legislativa, deixando perplexos doutrinadores e aplicadores do Direito Penal. [...] E, via de regra, tais leis extravagantes, além de normas materiais ou tipos penais, vêm dispendo, improrpiamente, sobre normas processuais, criando-se assim, um misto de normas penais e processuais penais especiais, em uma só lei, aplicadas àqueles casos específicos” (2001, p. 5-7).

<sup>44</sup> Da mesma forma que aqui se critica a previsão difundida de medidas cautelares, restringindo seu âmbito de aplicação, em Portugal também se o fez, quando das reformas operadas nos anos de 2007 a 2010, onde, embora a previsão de aplicação de detenção fora do flagrante delito exigisse pena máxima cominada superior a 5 anos, leis esparsas, como a *lei de armas e lei que estabelece o regime de prevenção da violência doméstica* vieram a permitir tal aplicação em hipóteses cuja pena máxima cominada ao crime em tese fosse de apenas 3 anos. Assim, fez-se a crítica: “[...] b) Deficiência de perspectiva sistémica. Principal responsável: legislador. Não é certamente possível reformar todo o sistema em simultâneo. Mas, quando se intervém em determinado sector, essa intervenção tem que incorporar uma visão global, não só de todo o sistema, mas, por maioria da razão, do subsector onde se está a intervir, sob pena de gerar incongruências na aplicação da lei. Apesar de algumas melhorias nesse campo, de que é exemplo a reforma do mapa judiciário, ainda está muito enraizada a tradição portuguesa de alterações ou de reformas mais ou menos avulsas, sem que no seu lastro haja um conhecimento sólido e integrado de todo o campo ao qual se dirigem. O *continuum* do processo de reforma, que se seguiu à reforma penal, veio agravar algumas incongruências internas do sistema. Mas, acima de tudo, a reforma não teve em conta nem procurou cuidar de desarticulações várias, algumas delas há muito diagnosticadas, como, por exemplo, entre os tribunais e o sistema prisional e entre os vários órgãos de polícia criminal (OPC) e os serviços do MP” (SANTOS; GOMES (Coord.), 2009, p. 10); “[...] c) Detenção fora de flagrante delito. A reforma de 2007 veio dificultar a detenção fora de flagrante delito, ainda que haja perigo de continuidade da actividade criminosa. Posteriormente, a lei das armas e a lei que estabelece o regime de prevenção da violência doméstica vieram permitir essa possibilidade. Não há razões materiais significativas para tal diferenciação

Um exemplo poderá aclarar o argumento: um grupo de estudantes que vive em uma república, fazendo-se dessa seu lar; o cometimento de *bullying* ou outra forma violência por parte de um dos estudantes, a outro, poderia, aceitando-se a tese, ensejar a medida protetiva de afastamento do lar, constante do inciso II do artigo 22 da Lei nº 11.340/06; claro que, assim como em qualquer aplicação de medidas cautelares, faz-se indispensável a demonstração da necessidade acauteladora, dos requisitos da proporcionalidade etc. Mas como tal medida está prevista no âmbito da Lei contra a violência doméstica contra a mulher<sup>45</sup>, em não se aceitando o quanto posto, impossível sua aplicação.

Neste exemplo, não há que se falar em aplicação de medida não prevista ou em poder geral de cautela, mas, tão somente, em aplicação de medida prevista de modo a abranger situações a que a mera literalidade do preceito não a autorizaria; não por proibição, mas pela forma como o emaranhado processo legislativo se dá.

Outra forma de interpretação extensiva é a proposta por Cruz (2011, p. 182-183), quando, em atenção ao inciso II do artigo 319 do CPP, propõe que a “[...] proibição de acesso ou frequência a determinado lugar”, constante desta medida, se *estenda* à proibição de acesso à internet pelo acusado, vez que, poderia alguém “[...] duvidar que, com recursos tecnológicos do mundo moderno, uma pessoa pode estar virtualmente presente em qualquer lugar do planeta?”, questiona o autor,

---

normativa. A diferenciação tem efeitos contraproducentes sobre a actuação de quem no terreno (em regra as forças policiais) se depara com situações de complexa catalogação nos diferentes regimes legais vigentes, mas que exigem tomada de decisões imediatas em contextos, por vezes, de grande tensão. [...] Consideramos, ainda, que opção legislativa de não inscrever no CPP determinadas condições particulares de admissibilidade da detenção fora de flagrante delito em sectores normativos específicos abre espaço para uma tendência de criação de novos regimes especiais, sempre que se considere conveniente alargar as margens da detenção em certo contexto, correndo-se, assim, o risco de pulverização dos pressupostos da detenção. Recomendamos a harmonização das regras legais vigentes, tanto quanto possível, no CPP” (SANTOS; GOMES (Coord.), 2009. p. 15-16).

<sup>45</sup> De se lembrar, no entanto, que tal lei tem sido aplicada, ante o preceito da igualdade, à violência doméstica cometida pela mulher contra o marido, ou mesmo em caso de relações homossexuais, o que, por si só, alargou o âmbito de emprego da medida.

fazendo referência aos crimes tipificados no artigo 241-A do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

Concordamos, assim, com o quanto dito no estudo da Universidade de Coimbra<sup>46</sup>, repudiando a previsão de medidas acauteladoras em leis espalhadas, vez que terminam por criar regimes especiais, muitas vezes sucumbindo-se à pressão popular, correndo-se o risco de pulverização dos pressupostos de sua aplicação, ou, mesmo, da desordem sistêmica, acarretando severas injustiças.

A harmonização do sistema exige que todas as medidas estejam ou previstas em nosso Código de Processo, ou em leis avulsas<sup>47</sup>. Imprescindível, todavia, que já prevista em nossa estrutura (é o que chamamos, repita-se, de *taxatividade mitigada*), tornando-se impossível (e ilegal) a aplicação de medidas criadas pelo julgador.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* - 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Prisão em flagrante delito e liberdade provisória no Código de Processo Penal: origens, mudanças e futuro de um complicado relacionamento. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. (Coords.). *Setenta anos do Código de Processo Penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011a.

BADARÓ, Gustavo Henrique. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. *Revista do Advogado*, n. 113, p. 80, set. 2011b.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011c.

---

<sup>46</sup> SANTOS; GOMES (Coord.), 2009. p. 15.

<sup>47</sup> Esta última, como vimos, causadora do complexo emaranhado, mas que podem ser aplicadas a casos externos à lei (exemplo: medidas cautelares previstas na Lei Maria da Penha).

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* - 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no Processo Penal Brasileiro. In: CABRAL, Antonio Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (orgs.). *Processo penal* (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.13). Salvador: Juspodivm, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Medidas cautelares: superação da medíocre dicotomia*. Boletim IBCCrim, edição especial CPP, ago. 2010.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1992.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A nova lei processual penal: comentários à Lei 6.416/77*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

KEHDI, André Pires de Andrade. A retenção do passaporte como medida cautelar alternativa à prisão provisória. *Boletim IBCCrim*, n. 172, mar. 2007.

LIMA, Marcellus P. *O processo penal dos crimes de trânsito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES JUNIOR, Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. *Boletim IBCCrim*, n. 203, out. 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCrim*, n. 223, p. 5, jun. 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Considerações em torno dos princípios hermenêuticos. *Revista de Direito Público*, n. 21, p. 141-147, jul./set. 1972.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

QUEIROGA, Antônio Elias de. Aplicação do direito. *Revista de Direito Civil*, v. 4, n. 14, p. 31-40, out.-dez. de 1980.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos, MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal - Vol. 1*. Madrid: Trotta, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Dir. Científico); GOMES, Conceição (Coord.). *Monitorização da Reforma Penal*. Relatório Complementar. Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia de Coimbra. Coimbra, out. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de Processo*, v. 23, jul. 1981.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal - 2ª ed.* São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

## DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 08/03/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/03/2017
- Avaliação 1: 14/03/2017
- Avaliação 2: 14/03/2017
- Avaliação 3: 19/03/2017
- Avaliação 4: 27/03/2017
- Decisão editorial preliminar: 28/03/2017
- Retorno rodada de correções 1: 29/04/2017
- Decisão editorial preliminar 2: 30/04/2017
- Retorno rodada de correções 2: 05/05/2017
- Decisão editorial final: 06/05/2017

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 4

## COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CASTRO, Pedro M. A. Medidas cautelares pessoais, poder geral de cautela e a taxatividade mitigada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 691-716, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.60>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

## ***Execução Penal***



# Notas sobre a política de monitoração eletrônica no estado do Rio de Janeiro<sup>1</sup>

*Notes on the electronic monitoring policy  
in the state of Rio de Janeiro*

**Thiago Bottino<sup>2</sup>**

Professor adjunto e coordenador do curso de Direito  
da Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro/RJ  
Doutor em Direito PUC-Rio e Pós-Doutor Columbia Law School  
thiago.bottino@fgv.br

 [lattes.cnpq.br/3134056986747443](https://lattes.cnpq.br/3134056986747443)

 [orcid.org/0000-0003-0557-5412](https://orcid.org/0000-0003-0557-5412)

**Fernanda Prates<sup>3</sup>**

Professora substituta na Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ  
Pós-doutoranda na Fundação Getúlio Vargas –  
Rio de Janeiro/RJ. Doutora Universidade de Montréal.  
fernanda.fraga@fgv.br

 [lattes.cnpq.br/7503304222812900](https://lattes.cnpq.br/7503304222812900)

 [orcid.org/0000-0001-6420-6778](https://orcid.org/0000-0001-6420-6778)

- 
- <sup>1</sup> A pesquisa foi realizada como parte do estágio de pós-doutorado da autora Fernanda Prates realizado na Fundação Getúlio Vargas – RJ e financiado pela Capes, através do Programa Nacional de Pós-Doutorado (PNPD), sob a supervisão do autor Thiago Bottino, seu orientador de estágio. Participaram da coleta dos dados que embasaram a pesquisa alunos de graduação em direito que desenvolviam atividade de iniciação científica da Fundação Getúlio Vargas (Daniel Alves Pereira, Gustavo Schreiber Britto, Lucas Florençano de Castro Monteiro e Matheus Eleon Peixoto Figueiredo Vieira) e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Daniella Teixeira e Marcelo Engelke Muniz), a quem os autores agradecem.
- <sup>2</sup> Pós-Doutor em Direito pela Columbia Law School (2014). Doutor (2008) e Mestre (2004) em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professor Adjunto e Coordenador de Graduação da FGV Direito Rio. Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Membro efetivo da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB.
- <sup>3</sup> Pós-doutoranda em Direito (FGV Direito Rio), Pós-doutora em Criminologia (Universidade de Ottawa, Canada) e Doutora em Criminologia (Universidade de Montréal, Canada). Professora substituta de Direito Penal e Criminologia da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ.

---

**RESUMO:** Partindo da análise de decisões proferidas ao longo de um ano (2015) pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, buscou-se examinar de que forma a tecnologia da monitoração eletrônica vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário. O presente artigo apresenta os resultados desta análise, discutindo (1) a questão da limitação do uso desta ferramenta como alternativa à prisão cautelar e (2) as problemáticas ligadas à sua aplicação pelo Tribunal no âmbito da execução penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Monitoração eletrônica; Prisão cautelar; Execução penal; Pesquisa empírica; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; Disparidade de tratamento.

**ABSTRACT:** *Through the analysis of the decisions passed by the Criminal Court of Justice of Rio de Janeiro, we examine how the Judiciary has adopted electronic monitoring technology. This article discusses (1) the limited use of electronic monitoring as an alternative to pre-trial detention and (2) the problems related to the adoption of electronic monitoring during the course of a sentence.*

**KEY WORDS:** *Electronic monitoring; Pre-trial detention; Correctional system; Empirical research; Rio de Janeiro State Court of Justice; Sentencing disparity.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Resultados; 1.1. A monitoração eletrônica como alternativa à prisão cautelar; 1.2. A monitoração eletrônica no âmbito da execução penal; 1.2.1. As decisões do Tribunal de Justiça; Considerações finais; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Criada nos Estados Unidos na década de 1960, a tecnologia de monitoração eletrônica se popularizou nos anos 1980, tendo sido gradualmente adotada em vários países, tais como Inglaterra, África do Sul, Alemanha, Bélgica, Canadá, China e Portugal (Japiassú e Macedo, 2008, p. 15; Oliveira e Ghiringhelli, 2011, pp. 100-103). As finalidades do emprego desta tecnologia seriam as seguintes: (1) a detenção, asse-

gurando a permanência do indivíduo em determinado lugar; (2) a restrição, garantindo que o indivíduo não frequente certos locais ou não se aproxime de certas pessoas; e, finalmente, (3) a vigilância, permitindo o controle e acompanhamento de todos os atos praticados pelo monitorado de forma irrestrita (Mariath, 2009, pp. 4-5; Duarte e Menezes, p.80; Fonseca, 2012, p. 75).

De modo geral, podemos identificar três objetivos principais que justificaram a introdução da monitoração eletrônica em diversos países, quais sejam: (1) o combate à superpopulação carcerária; (2) a diminuição dos encargos com pessoas encarceradas; e, (3) a redução de riscos de reincidência criminal (Campello, 2013, p. 41). Nesse sentido, Iglesia e Parente esclarecem que:

En primer plano, desde una perspectiva prioritariamente pragmática, se sostiene que la vigilancia electrónica contribuye a una disminución de la población carcelaria y a un ahorro de costes ligados a la administración penitenciaria. En segundo lugar (...) el control electrónico evita o reduce la privación de libertad en prisión, por lo que contribuye a favorecer y acelerar el proceso de resocialización del condenado, evitando al mismo tiempo los efectos negativos inherentes la prisionalización<sup>4</sup>. (Iglesia e Parente *apud* Ministério da Justiça, 2008, p. 15)

A monitoração eletrônica foi inicialmente instituída no Brasil através da Lei nº 12.258/10, dispondo sobre sua utilização na fase da execução penal nas hipóteses de autorizações de saída temporária, no regime semiaberto e na prisão domiciliar. Ressalte-se, entretanto, que algumas unidades federativas implementaram o uso da monitoração eletrônica antes mesmo da regulamentação legal, podemos citar, por exemplo, o Estado da Paraíba (2007) e de São Paulo (2008) (Campello, 2013, pp. 160-165).

---

<sup>4</sup> “Em primeiro lugar, a partir de uma perspectiva principalmente pragmática, argumenta-se que a vigilância eletrônica contribui para uma redução da população da população carcerária bem como dos custos associados à administração prisional. Em segundo lugar (...) a monitoração eletrônica evita ou reduz a privação de liberdade da prisão, favorecendo e acelerando o processo de ressocialização do condenado, e evitando ao mesmo tempo os efeitos negativos inerentes ao encarceramento” (Tradução livre).

Em 2009 o Rio de Janeiro também já havia aprovado lei própria<sup>5</sup>, regulamentando a monitoração eletrônica de apenados no regime aberto e semiaberto, prevendo a possibilidade de vigilância através de bracelete ou tornozeleira, além de “chip subcutâneo”<sup>6</sup>. Entretanto, a implementação desta tecnologia no âmbito da justiça penal fluminense só se deu em 2010, com a entrada em vigor da Lei 12.258/10.

Posteriormente, em 2011, foi sancionada a Lei 12.403/2011, aplicando a vigilância eletrônica como medida cautelar diversa da prisão preventiva<sup>7</sup>. Buscava-se com a referida Lei uma redução significativa do número de presos provisórios no País, que representam um dos principais fatores de superlotação penitenciária (Depen, 2015, p.9).

Percebe-se que a tecnologia da monitoração eletrônica constitui uma inovação recente no âmbito do sistema de justiça criminal. Nesse sentido, pouco ainda se sabe sobre a aplicação desta nova ferramenta. Por outro lado, tal análise se mostra fundamental para a avaliação das práticas e formulação de políticas.

Nesse sentido, o presente artigo apresenta os resultados de pesquisa que buscou examinar de que forma a tecnologia da monitoração eletrônica vem sendo entendida e aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>8</sup>. Para isso, realizamos uma pesquisa da jurisprudência produzida pelas Câmaras Criminais do Rio de Janeiro acerca do tema. A análise foi feita a partir da palavra chave “monitoração eletrônica”<sup>9</sup> e estipulou-se um recorte temporal de 13 meses, período que iniciado em 01 de janeiro de 2015, com término em 01 de fevereiro

---

<sup>5</sup> Lei Estadual nº 5.530/2009, de autoria da Deputada Estadual Cidinha Campos (PDT/RJ).

<sup>6</sup> Tecnologia vedada em alguns países, como a França (Corrêa Junior, 2012, p. 120).

<sup>7</sup> A Lei 12.403/11 não regulamentou o monitoramento eletrônico, delegando aos Estados a competência para tanto (Oliveira e Ghiringhelli, 2011, p. 106).

<sup>8</sup> Trata-se de uma pesquisa que possui dois eixos de análise, o primeiro destaca as práticas dos atores penais no que diz respeito à monitoração eletrônica e o segundo, que busca examinar a experiência dos indivíduos monitorados e que será objeto de um próximo artigo.

<sup>9</sup> Utilizamos a palavra-chave “monitoração” por ser este termo empregado nas duas leis que regulam a matéria (Lei 12.258/10 e Lei 12.403/2011).

de 2016<sup>10</sup>. A busca resultou em 687 decisões. Entretanto, após análise mais aprofundada dos julgamentos, eliminamos 387 decisões daquele universo inicial, tendo em vista que as mesmas não tinham como objeto a monitoração eletrônica, apenas faziam referência ao tratar de outras questões. Assim, para fins de análise, a pesquisa contou com um universo de 300 decisões, todas proferidas pelo TJ do Rio de Janeiro.

As decisões foram separadas por Câmara (existem oito Câmaras Criminais no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro) e para cada processo foi criada uma ficha contendo campos padronizados: Número do Processo; Câmara; Tipo de Procedimento; Autor; Pedido Completo; Síntese do Pedido; Decisão e Fundamentação da Decisão. Concluindo a análise vertical de cada Câmara, era produzido um *relatório de análise vertical por Câmara* indicando os resultados de cada órgão colegiado (p.ex. padrão de decisão da câmara, fundamentos recorrentes, discussões regulares etc.). Finda a análise vertical, procedeu-se à análise horizontal das Câmaras (análise cruzada), buscando identificar o padrão de decisão do Tribunal de Justiça através do exame das similitudes e diferenças das decisões proferidas pelas Câmaras do TJ/RJ. Apresentaremos a seguir os resultados deste estudo.

## 1. RESULTADOS

Os principais resultados do presente estudo podem ser separados em dois grandes tópicos, que serão abordados a seguir. O primeiro diz respeito ao alcance da ferramenta da monitoração eletrônica enquanto instrumento desencarcerador, especialmente no que diz respeito a sua utilização como alternativa à prisão cautelar. No segundo tópico delimitamos nossa análise à monitoração no âmbito da execução penal, trazendo à tona determinadas problemáticas ligadas à sua aplicação.

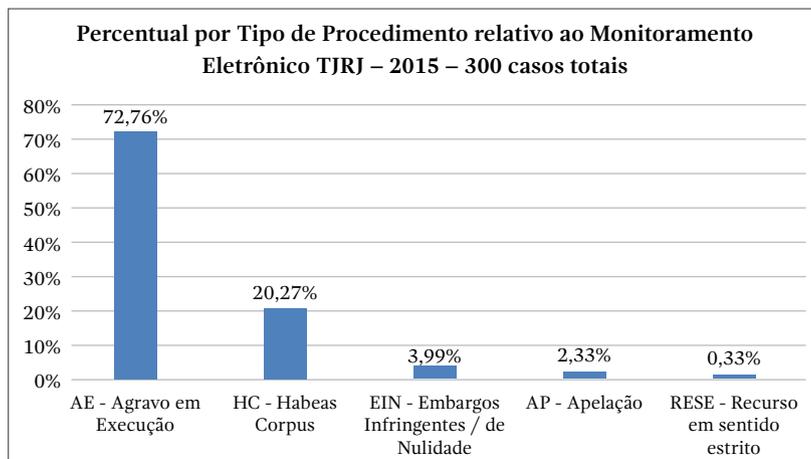
---

<sup>10</sup> O recorte de tempo foi definido como sendo o período de um ano imediatamente anterior ao início da pesquisa. Devido à exiguidade de tempo para a realização da pesquisa (a fim de coincidir com o período de pós-doutorado da segunda autora, bem como dos alunos bolsistas de iniciação científica) e a grande quantidade de julgados sobre o tema, consideramos que o recorte de um ano seria adequado.

### 1.1. A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA COMO ALTERNATIVA À PRISÃO CAUTELAR

Conforme dito anteriormente, analisaremos aqui a implementação da política de monitoração eletrônica, tendo como foco os objetivos pretendidos com sua adoção pelo legislador. Estariam os desembargadores aproveitando eficazmente o potencial desencarcerador dessa nova tecnologia? Em que medida essa ferramenta é empregada, por exemplo, como alternativa à prisão preventiva? Enfim, qual destino dado a essa tecnologia pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O gráfico abaixo apresenta algumas respostas a estas indagações.

Analisando a natureza dos procedimentos foi possível observar que dos 300 casos identificados, pelo menos 72,76% dizem respeito a processos em fase de execução da pena<sup>11</sup>, indicando que o debate da monitoração eletrônica como medida cautelar alternativa à prisão ainda se apresenta bastante limitado, apesar desta tecnologia ter sido introduzida em nosso ordenamento jurídico há mais de cinco anos.



**GRÁFICO 1.** Natureza dos Procedimentos. Gráfico que demonstra o percentual de cada tipo de procedimento.

<sup>11</sup> Essa afirmação decorre do fato de que o agravo em execução só pode ser manejado durante a fase de execução da pena. Mas o percentual pode ser maior, dado que outros instrumentos processuais (habeas corpus, apelação, recurso em sentido estrito e embargos) podem ser utilizados tanto na fase de execução como na fase de conhecimento.

A baixa representatividade da monitoração eletrônica enquanto mecanismo desencarcerador no Estado do Rio de Janeiro acompanha uma tendência nacional. Em recente relatório publicado pelo Ministério da Justiça (primeiro diagnóstico nacional sobre a utilização da monitoração eletrônica), vemos que em mais de 86% dos casos o sistema de monitoração é utilizado na fase de execução da pena, ou seja, em indivíduos que já foram condenados, sendo muito pouco empregada em casos de medidas protetivas de urgência (p. ex. Lei Maria da Penha) ou medidas cautelares diversas da prisão (Ministério da Justiça). Segundo o relatório, dos 18.172 monitorados no país, apenas 1.450 pessoas estão cumprindo medidas cautelares diversas da prisão. No Rio de Janeiro, dos 1.436 monitoramentos, apenas 36 se referem a medidas cautelares diferentes da prisão (Ministério da Justiça, 2015, p.10).

Esses dados se tornam especialmente relevantes – e preocupantes – ao serem analisados em conjunto com aqueles relativos ao uso abusivo das prisões provisórias (Ministério da Justiça e IPEA, 2015, pp. 26-29). De acordo com os últimos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias<sup>12</sup> (Ministério da Justiça, 2014, pp. 14-17), o Brasil possuía, em 2014, a quarta maior população carcerária do mundo - com 622.202 presos - dentre os quais 40,13% são presos provisórios.

No Rio de Janeiro temos realidade bem representativa do cenário nacional, com 22 presos mil aguardando julgamento, número que representa 44% de toda a população carcerária do Estado<sup>13</sup> (Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro, 2016, p.10).

Percebe-se que a escassa discussão da monitoração eletrônica como alternativa à prisão no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reflete um movimento no qual essa nova tecnologia parece se consolidar mais como um mecanismo de controle disciplinar utilizado na gestão prisional (Karam, 2007, p. 5) do que como instrumento de uma política de desencarceramento, frustrando assim o objetivo inicial presente na Lei nº 12.403/11 de enfretamento ao grande volume pre-

---

<sup>12</sup> Dados de dezembro de 2014.

<sup>13</sup> Número total de presos já ultrapassa 50.000 (Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro, 2016, p. 10).

nos provisórios no Brasil. É justamente nesse sentido a conclusão de Campello (2015, p. 24):

O emprego do monitoramento nos casos previstos não apresenta impacto algum no sentido de reduzir a população carcerária ou possibilitar o desencarceramento anunciado por aqueles que defendiam a medida e contribuíram para a sua ratificação. Permitem, ao contrário, o reforço do controle sobre os que já transitam entre o cárcere e sua extensão a céu aberto, supervisionando os fluxos estabelecidos em meio aos seus poros e re-dimensionando os limites dados pelos muros da prisão-prélio.

## 1.2. A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL

Conforme indicado no gráfico anterior, os dois procedimentos mais frequentes no que tange a monitoração eletrônica são os *habeas corpus* (20,27%) e os agravos de execução penal (72,76%), representando, juntos, 93,03% dos casos identificados.

Em relação aos *habeas corpus*<sup>14</sup>, cogitou-se inicialmente que essas ações poderiam versar – ao menos em parte – sobre a aplicação da monitoração eletrônica como medida alternativa à prisão cautelar. Entretanto, a análise dos dados indicou que, em quase sua totalidade, os *habeas corpus* que têm como objeto a monitoração eletrônica dizem respeito à matéria de execução penal. Podemos citar, por exemplo, *writs* de *habeas corpus* requerendo o benefício de visita periódica ao lar e a progressão de regime, a expedição de carta de execução de sentença com transferência para unidade prisional compatível com o regime da condenação, bem como a nulidade da decisão que determinou a regressão cautelar para o regime semiaberto baseada em informação de rompimento do dispositivo eletrônico.

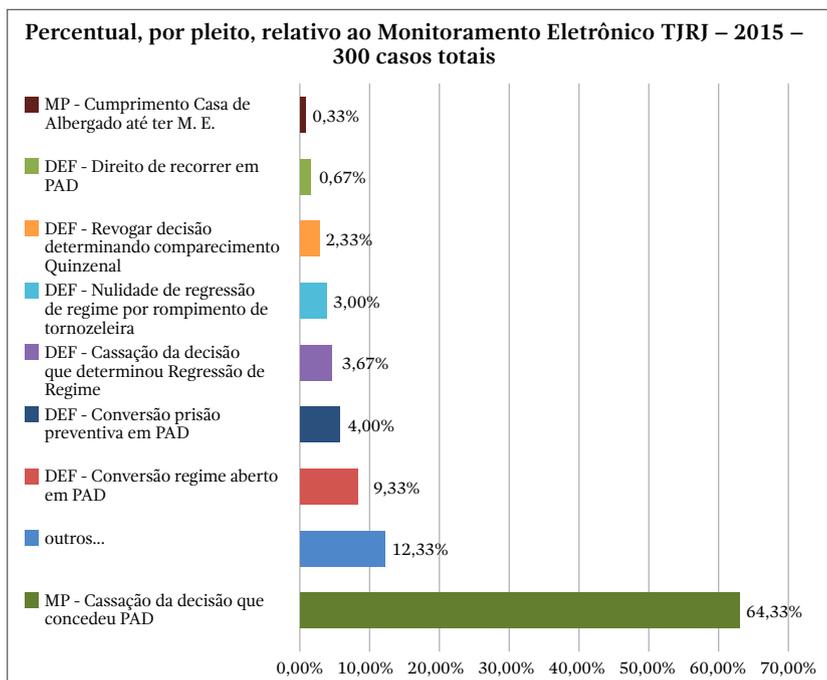
É possível notar assim que tais procedimentos funcionam frequentemente como alternativa ao agravo de execução, tendo em vista a urgência do pedido e o alegado excesso de prazo para apreciação do pleito pela autoridade coatora.

---

<sup>14</sup> Representando 20,27% dos casos identificados.

Esses *habeas corpus* “alternativos” ao agravo em execução se somam aos agravos propriamente ditos, que correspondem à imensa maioria dos procedimentos em curso no Tribunal de Justiça. Entretanto, diferentemente dos *habeas corpus* – impetrados pela defesa – os agravos de execução são em sua grande maioria interpostos pelo Ministério Público da Vara de Execuções Penais, apresentando como pleito mais frequente o pedido de cassação da decisão de primeira instância que concedeu direito do apenado cumprir pena em prisão albergue domiciliar (PAD), com ou sem monitoração eletrônica.

Na realidade, o pedido sistemático de cassação da concessão de PAD feito pelo *Parquet* representa de longe a questão mais debatida no Tribunal de Justiça, no que diz respeito à monitoração eletrônica. A figura abaixo ilustra essa proporção:



**GRÁFICO 2.** Natureza dos pedidos

Para uma melhor compreensão das discussões presentes nos referidos pedidos do Ministério Público é necessária uma breve contex-

tualização acerca do instituto da progressão de regime e de como ele é implementado do Estado do Rio de Janeiro.

Os regimes de cumprimento de pena estão elencados no art. 33 do Código Penal, havendo previsão legal para os regimes fechado, semiaberto e aberto. Fixado pelo juiz sentenciante, a decisão que determina o regime inicial de cumprimento de pena deverá se fundamentar nos requisitos legais objetivos e subjetivos, observando o disposto no artigo 59 do Código Penal<sup>15</sup>.

Em relação aos diferentes tipos de regime, o fechado é aquele cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média (penitenciárias), constituindo, em geral, o regime inicial de pena dos condenados a penas superiores a oito anos de reclusão. Já o regime semiaberto é aquele cumprido em colônias agrícolas, industriais ou estabelecimentos similares (unidades com grau moderado de vigilância). Esse é o regime aplicado ao condenado a uma pena maior que quatro anos e menor que oito anos.

Finalmente, o regime aberto (imposto ao condenado a uma pena igual ou inferior a quatro anos) tem sua execução nas chamadas casas de albergado ou estabelecimento similar. Tendo em vista a menor gravidade dos delitos esse modelo se caracteriza por ser menos rigoroso, dando maior liberdade ao apenado. De fato, baseando-se nas noções da autodisciplina e responsabilidade (Código Penal, art. 36), o regime aberto de cumprimento de pena concede ao apenado liberdade para passar o dia fora da unidade prisional, seja para realização de cursos, formações ou para exercício laborativo. Assim, o apenado deve passar o dia fora da unidade prisional, retornando apenas durante a noite, lá permanecendo também nos seus dias de folga. É necessário que o apenado demonstre que tem capacidade de se ajustar às regras deste regime, aceitando as condições impostas pelo juízo de execução.

O Estado do Rio de Janeiro tem apenas duas casas de albergado para cumprimento de pena em regime aberto, uma masculina

---

<sup>15</sup> Código Penal. Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (...): III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

e a outra feminina (Casa do Albergado Crispim Ventino e Instituto Penal Oscar Stevenson, respectivamente), ambas situadas na região central da Capital. Além de insuficientes para receber a totalidade dos apenados em regime aberto na região, ambas as unidades apresentam inúmeras precariedades. O relatório de inspeção realizada na Casa do Albergado Crispim Ventino pelo Mecanismo de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro (MEPCT/RJ) indica, por exemplo, a péssima situação de conservação da unidade, indicando que a mesma possui várias rachaduras, infiltrações, pouca iluminação e ventilação, além de sofrer constantes interrupções no fornecimento de água, o que certamente favorece a insalubridade do ambiente (Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro, 2013, pp.23-39).

Em relação ao Instituto Penal Oscar Steveson, em seu relatório temático, o MEPCT/RJ aponta os inúmeros problemas daquela unidade, dentre eles o precário fornecimento de água, a insalubridade (“galeria da unidade com muitas baratas”) a superlotação das celas, o uso abusivo das medidas disciplinares (“que provocam até mesmo a perda de emprego”), maus tratos, bem como a proibição de receber visitas (Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro, 2013, pp.23-39). Nesse sentido, o relatório conclui afirmando que os

elementos colhidos pelo MEPCT/RJ na visita ao Instituto Penal Oscar Stevenson revelam um sistemático desrespeito à Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.810/84), à Constituição Federal, aos ditames da Convenção de Belém do Pará sobre violência contra a mulher e ao *corpus iuris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos como um todo, reforçando o processo de dupla criminalização o qual vivenciam as mulheres presas em nossa sociedade” (Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro, 2016, p. 60).

O legislador deu ao magistrado a discricionariedade de optar – em casos pontuais – pela execução da pena em regime aberto em residência particular, ao invés de estabelecimento prisional. Essa circunstância está prevista no art. 117 da Lei de Execuções Penais (LEP), que transcrevemos a seguir:

*Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:*

*I - condenado maior de 70 (setenta) anos;*

*II - condenado acometido de doença grave;*

*III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;*

*IV - condenada gestante.*

Em virtude dos problemas suscitados anteriormente (poucas unidades, superlotação carcerária, condições precárias dos estabelecimentos), a partir de 2010, a Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro começou a determinar o cumprimento da pena em regime aberto em prisão domiciliar (Pinto, 2014). Entendeu-se que as péssimas condições dos estabelecimentos prisionais de regime aberto ensejariam a interpretação extensiva do citado artigo 117 da LEP. De um modo geral, a concessão de “prisão albergue domiciliar” vinha acompanhada da imposição da monitoração eletrônica, tecnologia que o sistema penitenciário fluminense acabara de implantar<sup>16</sup>. Em decisão de 2013, o Desembargador Marcus Basílio bem descreve essa tendência, identificando-a como uma “virada jurisprudencial”:

(...) passo a analisar a correta interpretação a ser aplicada ao art. 117 da Lei de Execução Penal. Durante longo período era comum encontrarmos na doutrina e na jurisprudência afirmações no sentido de que o rol do art. 117 da Lei de Execuções Penais seria taxativo, tendo em vista que se trata de medida excepcional. Todavia, uma evolução na análise do tema fez com que fosse necessário reconhecer hipóteses excepcionais em que a concessão da prisão domiciliar, ainda que não prevista expressamente no texto legal, realizaria de melhor forma a vontade da lei. Uma dessas hipóteses excepcionais é exatamente a do caso concreto, qual seja, inexistência de vagas disponíveis em Casa de Albergado. O inadimplemento por parte do Estado em cumprir as condições que lhe são impostas pela Lei de Execução Penal não pode repercutir de ma-

<sup>16</sup> Decisões mais recentes da Vara de execuções penais/RJ concedem prisão albergue domiciliar ainda que desacompanhada da monitoração eletrônica, tendo em vista os problemas enfrentados pelo Estado do RJ no que diz respeito ao pagamento da empresa que realiza o referido serviço. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/09/divida-do-rj-com-fornecedor-de-tornozeleiras-e-de-r-36-milhoes.html>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

neira negativa sobre o apenado, impedindo que este exerça um direito subjetivo que lhe é assegurado para sua reinserção social.

(...) A inexistência de estabelecimento adequado para o cumprimento de pena em regime aberto afasta o caráter taxativo da LEP em relação à prisão domiciliar. Ainda que exista Casa de Albergado no Estado do Rio de Janeiro, a sua superlotação equipara a situação à inexistência de estabelecimento adequado para cumprimento de pena no regime.

(...) A superlotação carcerária e as péssimas condições em que se encontram os estabelecimentos de cumprimento de pena em regime aberto foram responsáveis por uma virada jurisprudencial e pela possibilidade de uma interpretação ampliativa do art. 117 da LEP. Os albergues, da maneira como se apresentam, com superlotação e condições de higiene precárias, dificultam a ressocialização buscada pela execução penal. Diante disso, a política da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro tem se mostrado favorável a uma substituição gradativa das Casas de Albergado por prisões domiciliares com monitoramento eletrônico. (Agravo de execução penal n.º. 0066580-56.2013.8.19.0000, 1ª Câmara Criminal TJ/RJ, Rel. Des. Marcus Basílio).

A referida “virada jurisprudencial” se insere no que parece ser uma tendência mais ampla de política criminal que pode ser observada, por exemplo, na exposição de motivos da Proposta de Reforma da Lei de Execuções Penais<sup>17</sup> (Projeto de lei do Senado n.º 513/2013<sup>18</sup>),

---

<sup>17</sup> Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-reforma-lep.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

<sup>18</sup> O Capítulo IV do Título IV da LEP passaria a vigorar com a seguinte redação: Do Recolhimento Domiciliar. Art. 95-A. O regime aberto consiste na execução da pena de prestação de serviço à comunidade, cumulada com outra pena restritiva de direitos e com o recolhimento domiciliar. § 1º A pena de prestação de serviço à comunidade será obrigatoriamente executada no período inicial de cumprimento e por tempo não inferior a um terço da pena remanescente. § 2º O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância direta, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado à sua moradia habitual. § 3º O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica. § 4º Em caso de descumprimento injustificado das condições do regime aberto o condenado regredirá para o regime semiaberto.

decretando a extinção das Casas de Albergado em território nacional nos seguintes termos:

64. Mantém-se a redação da disciplina concernente às Colônias Agrícolas, Industriais ou similares, destinadas ao cumprimento de pena em regime semiaberto. (...) Por outro lado, é extinta a Casa do Albergado, desde logo inexistente na grande maioria das comarcas do País. Em seu lugar, para cumprimento de pena em regime aberto, passa a se admitir o recolhimento domiciliar cumulado com prestação de serviços à comunidade ou outra pena restritiva de direitos, sempre com possibilidade de fiscalização por monitoração eletrônica.

Apesar da decisão do desembargador Marcos Basílio mencionar que a política da Vara de Execuções Penais do RJ acerca da prisão albergue domiciliar conta com a anuência do próprio Ministério Público “*sendo isolados os reclamos do representante do parquet em casos específicos*”, os elementos coletados ao longo desta pesquisa sugerem uma mudança no posicionamento institucional do *Parquet*, o qual vem se mostrando extremamente crítico em relação a qualquer interpretação extensiva do artigo 117 da LEP. Analisaremos a seguir os impactos do posicionamento do MP no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Na contramão da referida “virada jurisprudencial”, os dados analisados indicam que 64,33% dos 300 casos analisados<sup>19</sup> dizem respeito a pedidos feitos pelo Ministério Público buscando a cassação da decisão que concedeu ao apenado o direito à prisão albergue domiciliar.

Dentre os argumentos mais frequentes, destacamos: (1) o fato de que o apenado não teria cumprido os requisitos do art. 117 da LEP; (2) a existência de vagas disponíveis em Casas de Albergado no Estado do Rio de Janeiro; e, principalmente, (3) a violação ao rol taxativo do art. 117 da LEP, alegando assim um desvirtuamento da PAD, transformando-a em verdadeiro livramento condicional.

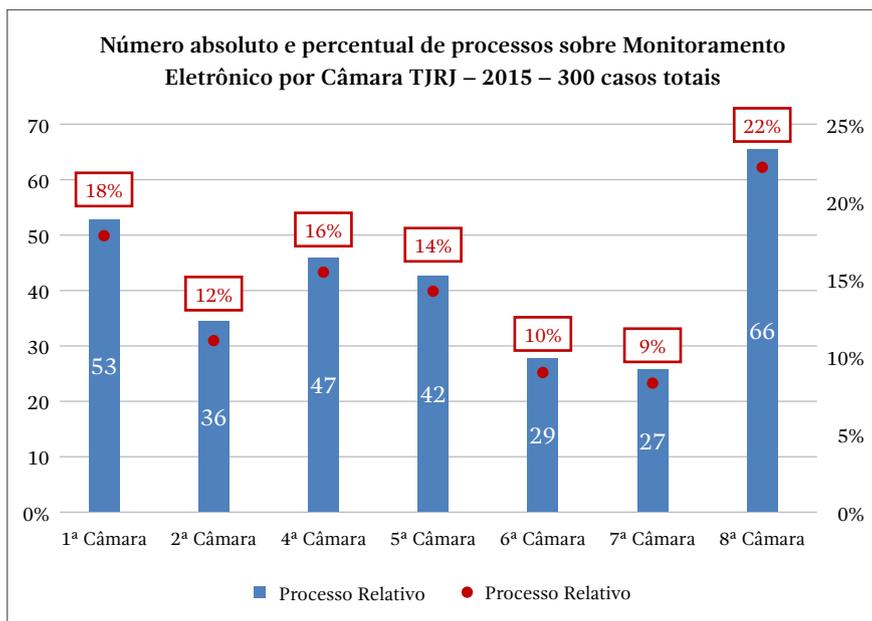
### 1.2.1. AS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme mencionado anteriormente, das 300 decisões identificadas, 193 – ou seja, 64,33% – dizem respeito a recursos do Ministério

<sup>19</sup> Número de casos tendo como objeto a monitoração eletrônica.

Publico visando a cassar a decisão do juízo da VEP concedendo ao sentenciado o direito de cumprir sua pena no regime de prisão albergue domiciliar, seja em razão da superlotação das unidades de regime aberto, de suas condições precárias ou da inexistência de casa de albergado próxima ao local de trabalho/domicílio do apenado.

Buscou-se conhecer o padrão decisório das Câmaras Criminais no TJ/RJ no que diz respeito aos pleitos mencionados. Para tanto, os procedimentos foram divididos em “deferidos” e “indeferidos”. Os primeiros se referem aos julgamentos que cassaram a concessão de PAD e determinaram o cumprimento do restante da pena em unidade do regime aberto. Os demais indicam os pedidos que não foram providos, mantendo assim a decisão de 1ª instância que havia concedido PAD. Veremos a seguir os fundamentos mais presentes em cada uma das Câmaras.



**GRÁFICO 3.** Esse gráfico mostra o número total de processos de Monitoramento Eletrônico para cada Câmara<sup>20</sup>, juntamente com o percentual que esse volume representa em relação ao volume total de processos de Monitoramento Eletrônico.

<sup>20</sup> Não houve julgados sobre esse tema na 3ª Câmara Criminal durante o período pesquisado.

A 1ª Câmara Criminal julgou 21% do total de casos observados, tendo deferido 7% dos pleitos e indeferido 93%, ou seja, nesta Câmara as decisões que concedem PAD são mantidas integralmente. Em relação às razões de decidir, podemos identificar três argumentos principais utilizados pelos julgadores. Em primeiro lugar, a questão da falta de vagas em casas de albergado, frequentemente identificada como critério de decisão, nos moldes da interpretação extensiva do art. 117 da LEP, como se observa na decisão a seguir:

Progressão para regime aberto. Prisão albergue domiciliar, sob fiscalização por monitoramento eletrônico. Ausência de vagas em casa do albergado. Interpretação extensiva do art. 117 da Lei de Execuções Penais. Princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. Decisão agravada devidamente fundamentada segundo as peculiaridades do caso concreto em consonância com os princípios que regem a execução, em especial a reinserção e ressocialização do apenado. (...) Na presente hipótese, o apenado reside em Vigário Geral, nesta cidade do Rio de Janeiro/RJ e existe instalada apenas uma Casa de Albergado masculina, situada no bairro de Benfica, nesta cidade, mas conforme decisão do juízo da VEP, sem vaga suficiente. (Agravado de execução penal 0065125-85.2015.8.19.0000. Rel. Des. Katia Maria Monnerat. D.J 15/12/2015).

Outro ponto levantado foi a questão da distância entre os locais de cumprimento de pena no regime aberto e a residência ou trabalho do apenado, o que causaria sérios transtornos ao sentenciado:

A prisão domiciliar pode ser concedida quando presente alguma das hipóteses do art. 117 da LEP ou, excepcionalmente, na linha da política do executivo, quando não houver local próximo à residência ou trabalho do apenado para o cumprimento da pena em regime aberto, não sendo razoável o seu deslocamento diário apenas para pernoitar naquele estabelecimento específico, com evidente perda de tempo e excessivos gastos com o transporte respectivo. Diante deste quadro, vem sendo admitida a prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, tratando-se de política do juízo da VEP em harmonia com o executivo estadual e a anuência do próprio Ministério Público, sendo isolados os recla-

mos do representante do parquet em casos específicos. (Agravado de execução penal 0041151-19.2015.8.19.0000. Rel. Des. Marcus Henrique Pinto Basilio, D.J. 22/09/2015).

O terceiro e último critério diz respeito a aspectos menos contextuais, podendo ser entendido mais como um posicionamento da Câmara em relação ao próprio instituto da monitoração e de sua eficácia como instrumento ressocializador, conforme se depreende da decisão que segue:

Insurgência do Ministério Público contra decisão que concedeu à agravada a progressão para o regime aberto, na modalidade prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico. Pleito de cassação da decisão, por estar fora das hipóteses do rol taxativo do artigo 117, da lei nº. 7.210/84, que não merece prosperar. Jurisprudência iterativa dos tribunais superiores no sentido da possibilidade de concessão da prisão domiciliar excepcionalmente fora das hipóteses do referido dispositivo legal, por questões de política criminal, como no caso dos autos. As casas de albergados existentes em nosso estado, na maneira como hoje se apresentam, não se prestam à ressocialização do apenado buscada pela execução penal. No caso em tela, a prisão albergue domiciliar, com monitoramento eletrônico, viabilizará a reintegração da agravada ao meio social, que é a clara intenção da lei de execuções penais. Recurso a que se nega provimento. (Agravado de execução penal 0067957-91.2015.8.19.0000 Rel. Des. Luiz Zweiter, D.J. 15/12/2015).

Com perfil decisório bastante diferente da 1ª Câmara, a 2ª Câmara Criminal – responsável pelo julgamento de 11% dos casos observados – apresenta índice de deferimento de 77%, contra 23% indeferimentos. Em sua maioria, as decisões desta Câmara não entram em discussões fáticas acerca do número de vagas, qualidade dos estabelecimentos etc., limitando-se a expor entendimento segundo o qual o art. 117 da LEP não comporta interpretação extensiva. É nesse sentido a decisão a seguir:

Com todas as vênias ao entendimento esposado pelo digno subscritor da decisão agravada, não compreendo suficientemente

justificada a adoção da modalidade de prisão albergue domiciliar - medida excepcional, repita-se - no caso concreto, pois ausente qualquer menção à circunstância fática excepcional. A adoção do referido entendimento redundaria, na verdade, na negativa de aplicação da lei, fazendo da exceção uma regra, tornando letra morta o que prevê o artigo 117 da Lei de Execuções Penais. Ademais, tanto nas razões recursais, como nas contrarrazões, admite-se a existência de vagas na casa de albergado existente na Capital, fato que, por si só, já afasta a possibilidade de qualquer interpretação extensiva e aplicação do artigo 117 da LEP, na hipótese.

(...) Assim, impossível ratificar-se a decisão agravada, uma vez que proferida ao arpejo da lei, fundamentada, na realização do Princípio da Isonomia que, com todas as vênias, não pode, *in casu*, sobrepor-se ao princípio da legalidade. Acrescente-se que, se o entendimento desta Corte é no sentido de que é inadequada a concessão de prisão albergue domiciliar com monitoramento eletrônico, com muito mais razão, apresenta-se inadequada a concessão do especial modelo, sem monitoramento eletrônico, uma vez que se reduz, ainda mais, a possibilidade de fiscalização do apenado. (Agravo de execução penal 0034033-89.2015.8.19.0000 – Rel. Des. José Muiños Pinheiro. DJ 05.12.2015).

Seguindo o padrão de decisão da 2ª Câmara, a 4ª Câmara Criminal julgou 15% dos casos observados, tendo deferido 97% dos requerimentos do MP, indeferindo apenas 3%. Como na 2ª Câmara, as decisões analisadas não têm por hábito examinar as especificidades ou problemáticas do caso concreto, restringindo sua fundamentação ao entendimento daquele órgão colegiado a respeito dos limites de aplicabilidade do art. 117 da LEP, salientando em alguns momentos a questão do sentimento de impunidade e também da distância entre casa de albergado e local de residência/trabalho do apenado :

Decisão do Juiz da VEP que concedeu prisão albergue domiciliar ao agravado sem monitoramento. Recurso do MP pleiteando a cassação da decisão. Com razão o Ministério Público: Apenado não se enquadra em qualquer das hipóteses mencionadas no art. 117 da LEP. Enumeração das hipóteses em que o Juiz pode conceder a prisão domiciliar é taxativa, não permitindo ampliações, pois se trata de um benefício mais brando.

(...) Concessão do PAD sem monitoramento gera forte sensação de impunidade na sociedade. (Agravo de execução penal 0048830-70.2015.8.19.0000. Rel. Des. Giselda Leitão. DJ. 15/12/2015).

(...) Ademais, o regime aberto, embora seja uma forma mais branda e progressiva da execução da pena, não é um prêmio e exige sacrifícios que longe estão de serem diferentes daqueles que são suportados diariamente pela infinita maioria dos brasileiros ordeiros, que se deslocam, por vezes, por várias horas, para desempenhar suas atividades laborativas. (Agravo de execução penal 0052932-38.2015.8.19.0000, Rel. Des. Antônio Eduardo Ferreira Duarte, DJ.10/11/2015).

Apresentando um entendimento diametralmente oposto àquele das duas últimas Câmaras citadas, na 5ª Câmara Criminal (responsável pelo julgamento de 13% dos casos observados) o Ministério Público teve todos os seus pedidos indeferidos. As razões de decidir dizem respeito em grande parte à própria natureza do art. 117 da LEP e mais especificamente ao cabimento da interpretação extensiva:

Em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à natureza jurídica do art. 117 da Lei de Execução Penal, que estabelece as hipóteses de prisão domiciliar, predomina no âmbito dos Tribunais Superiores e deste Egrégio Tribunal de Justiça o entendimento que admite a sua ampliação para abarcar outras hipóteses não previstas em lei. 2. A inércia estatal em dar cumprimento ao art. 95 da Lei de Execução Penal “que determina a manutenção de pelo menos uma Casa de Albergado em cada região”, assim como a inexistência de vagas nestes estabelecimentos prisionais, ou sua oferta em condições insalubres e precárias, não podem acarretar óbice à reintegração do apenado, não se podendo admitir que a omissão estatal inviabilize a sua adequada ressocialização.

(...) Nesse contexto, agiu com acerto a douta magistrada de piso, adotando a única solução capaz de conciliar o direito do Estado de ver cumprida a pena imposta com o direito que assiste ao preso de usufruir da progressão de regime como lhe faculta a lei, inclusive sem monitoramento eletrônico, reservando-se as ex-

cepcionais vagas disponíveis na Casa do Albergado às situações igualmente excepcionais. (Agravado de execução penal 0037080-71.2015.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Baldez. DJ. 17/09/2015).

Já a 6ª Câmara Criminal (9% do total de casos) apresenta índice de deferimento de 61% seguido de um índice de indeferimento de 39%. Algumas dessas decisões expressam entendimentos bem contraditórios acerca do art. 117 da LEP, como ilustram as decisões a seguir. A primeira decisão é pelo deferimento do pleito do Ministério Público enquanto que a segunda mantém a decisão de 1ª instância:

Agravado (artigo 197, da lei 7.210/84). Prisão domiciliar. O recolhimento do condenado em residência particular (prisão domiciliar) só é admissível nas taxativas hipóteses elencadas no artigo 117, da lei de execução penal, nas quais o recorrido não se enquadra. Observo não constar da decisão hostilizada que essa medida decorria da inexistência de vaga em unidades prisionais compatíveis com o regime aberto. Ademais, não foi estabelecida a monitoração eletrônica prevista na lei 12.258/2010. Provimento do recurso, cassando-se a decisão recorrida. (Agravado de execução penal 0034047-73.2015.8.19.0000, Rel. Des. Fernando Antônio de Almeida, D.J. 22/09/2015).

A prisão albergue domiciliar, embora haja vagas nas casas do albergado para receber o ora agravado, melhor viabilizará a reintegração do mesmo ao meio social, que é exatamente a intenção da lei de execuções penais, não violando, desta forma, o artigo 117 da LEP, até porque a vaga só existe em razão da medida de adoção do PAD com monitoração eletrônica como regra para cumprimento da pena em regime aberto, pois de outra forma os estabelecimentos prisionais ainda estariam superlotados, sem condições de receber qualquer apenado.

(...) Dado parcial provimento ao recurso para determinar que a prisão domiciliar se faça sob monitoramento eletrônico, tão logo seja restabelecido o serviço. (Agravado de execução penal 0033548-89.2015.8.19.0000, Rel. Des. Paulo de Tarso, D.J. 21/07/2015).

A 7ª Câmara Criminal (responsável por 7% dos casos observados) apresenta exatamente os mesmos resultados da 5ª Câmara

Criminal, tendo ela também indeferido todos os requerimentos feitos pelo Ministério Público. Apresenta argumentos semelhantes aos observados na 5ª Câmara Criminal, sustentando essencialmente a possibilidade de interpretação extensiva do art. 117 da LEP, bem como o caráter ressocializador da Prisão albergue domiciliar.

A despeito da excepcionalidade legal e em homenagem a mens legis da Lei de Execuções Penais, que tem como escopo maior a gradual e efetiva ressocialização e reinserção do apenado em seio social, a jurisprudência pátria tem admitido que em determinadas situações, notadamente em caso de inexistência de Casa do Albergado na Comarca de residência do apenado 'o que dificultaria sobremaneira sua referida inserção gradativa na sociedade' a concessão da prisão albergue domiciliar. Agravo desprovido. Unânime. (Agravo de execução penal 0033041-31.2015.8.19.0000, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, D.J. 04/08/2015).

Por fim, os resultados da 8ª Câmara Criminal (23% dos casos julgados) se assemelham aos da 6ª Câmara, ambas apresentando dois entendimentos antagônicos e, não obstante, bem sedimentados naqueles órgãos. De fato, a 8ª Câmara deferiu 48% dos pedidos do MP, indeferindo 52% dos pleitos. Vejamos algumas dessas decisões<sup>21</sup>:

O caso em comento não representa nenhuma das hipóteses de exceção ao disposto no artigo 117 da Lei de Execuções Penais, posto que o agravado é domiciliado no Município do Rio de Janeiro, onde há Casa de Albergado. A decisão do Magistrado a quo se embasou na “contumaz superlotação” dos referidos estabelecimentos prisionais, sem restar, concretamente, demonstrada a indisponibilidade de vagas.

(...) a concessão de prisão domiciliar ao apenado, fora das exceções previstas no artigo supracitado, fere o princípio da isonomia.

(...) Assim, não há razão, no caso dos autos, para que o agravado cumpra a pena em prisão albergue domiciliar, impondo-se

---

<sup>21</sup> As duas primeiras indeferindo, as duas últimas deferindo pleito do MP.

a cassação da decisão impugnada. (Agravo de execução penal 0068030-63.2015.8.19.0000. Rel. Des. Claudio Tavares, D.J. 10.08.2015).

No caso dos autos, o agravado é morador do Jardim Carioca – Ilha do Governador, nesta Cidade, não havendo empecilho que atrapalhe o seu recolhimento a Casa do Albergado para o cumprimento da prisão no regime aberto.

(...) Demonstrado nos autos que o apenado reside no Jardim Carioca – Ilha do Governador – Rio de Janeiro, e que existe casa de albergado na localidade, com disposição de vagas para o seu ingresso, não se vislumbra ser necessário o cumprimento de pena em lugar diverso. (Agravo de execução penal 0067867-83.2015.8.19.0000, Re. Des. Suely Magalhaes, D.J. 27/01/2016).

No caso dos autos, a apenada reside no município de São Gonçalo, ou seja, fora da Comarca da Capital, cidade em que há vagas em Casa de Albergado.

(...) Assim, constata-se inexistir óbice para que a mesma cumpra sua pena em regime aberto, na modalidade de prisão albergue domiciliar com monitoramento eletrônico, eis que inadmissível obrigá-la a deslocar-se para região distante de seu Município ou impor-lhe condições de regime mais severo, para o cumprimento da pena. (Agravo de execução penal 0063806-82.2015.8.19.0000, Rel. Des. Elizabete Alves de Aguiar D.J. 15/12/2015).

Conforme se verifica nos autos, o magistrado decidiu corretamente, a apenada é moradora do Município de Nova Iguaçu, distante das Cidades onde contem Casas de Albergado (Capital e em Niterói). A PAD monitorada acaba com o enorme distanciamento entre a forma de cumprimento das regras do regime aberto pelos apenados que residem em comarcas desprovidas de Casas de Albergado. Portanto, inexistindo Casa de Albergado no domicílio da apenada, é legítima a concessão de prisão domiciliar, porquanto vedada imposição de reprimenda em forma mais severa do que a devida. Agravo ministerial desprovido. (Agravo de execução penal 0063837-05.2015.8.19.0000, Rel. Des. Suely Magalhaes, D.J. 27/01/2016).

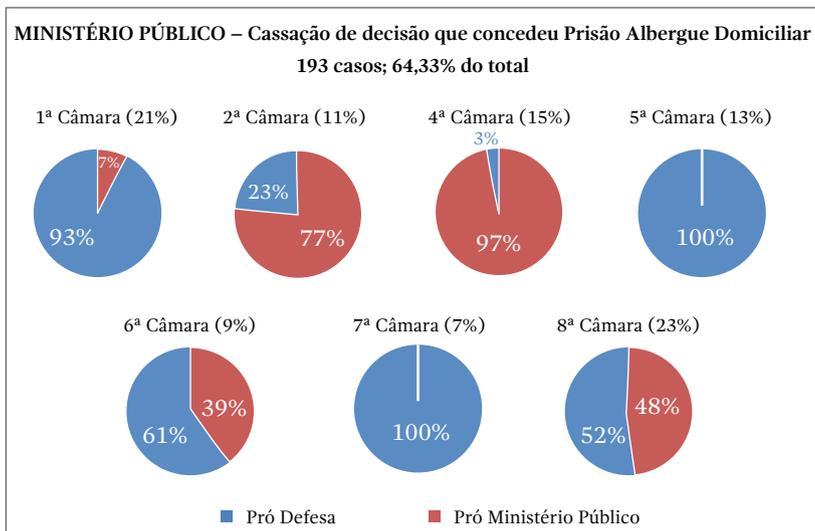
A análise dos julgamentos proferidos pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro traz à tona uma problemática séria e recorrente no tocante à disparidade das decisões acerca da monitoração eletrônica. Falamos em termos de disparidade porque as decisões analisadas não se diferenciam em razão de eventuais particularidades ou diferenças dos casos e sim por refletirem entendimentos diferentes acerca do cabimento ou não da monitoração eletrônica. Dito de outra maneira, os dados de todos os procedimentos examinados são equivalentes, entretanto, seus desfechos são distintos em razão dos posicionamentos pessoais dos julgadores.

Essa heterogeneidade pode ser entendida em dois níveis. No primeiro nível, temos a disparidade interna nas Câmaras, ou seja, entendimentos opostos dentro de um mesmo órgão colegiado. Isso pôde ser observado sobretudo nas 6ª e 8ª Câmaras Criminais, por exemplo.

A mesma 6ª Câmara Criminal possui uma decisão cassando a concessão de PAD porque não havia nos autos comprovação da falta de vagas em unidade de regime aberto, ao lado de outra que rejeitava o pedido de cassação da PAD arguindo que mesmo havendo vagas de unidade de regime aberto, a prisão albergue domiciliar deve ser mantida por viabilizar melhor a reintegração do apenado.

O debate na 8ª Câmara era voltado para a questão do local de moradia e da proximidade ou não de alguma unidade de cumprimento de pena em regime aberto. Assim é que, se um apenado morar em Nova Iguaçu ou São Gonçalo, ele pode permanecer em prisão albergue domiciliar, mas se morar na Ilha do Governador o caso muda de figura e ele terá que voltar para Casa de Albergado.

No segundo nível, podemos identificar a disparidade através da comparação das decisões proferidas por cada Câmara Criminal. O gráfico a seguir apresenta visualmente os dados expostos acima:



**GRÁFICO 4.** Frequência total e relativa. Pedido de cassação da decisão de concedeu prisão albergue domiciliar.

Os dados apresentados acima revelam a ampla discrepância das decisões proferidas pelas Câmaras Criminais do Rio de Janeiro. Comparando os órgãos com distribuições de processos similares (11% na frequência total), vemos que se o agravo de execução de um apenado for distribuído para a 7ª Câmara Criminal, não há chance da decisão de 1ª instância ser revertida, mas se referido recurso for para a 2ª Câmara, há 77% de chance de ele perder o direito à prisão albergue domiciliar, sendo obrigado a cumprir restante da pena em Casa de Albergado. Situação similar ocorre se compararmos a 5ª e a 4ª Câmara Criminal. Sendo o agravo distribuído para a 5ª Câmara, é certo que o apenado segue em PAD, mas se o mesmo recurso cair da 4ª Câmara, é praticamente certo que ele terá que voltar para Casa de Albergado (97% de deferimento do pedido de cassação de PAD).

Conclui-se, portanto, que há uma relevante disparidade na *forma de decidir* entre as Câmaras, que se torna ainda mais expressiva quando se considera os volumes processuais similares e a uniformidade entre os pedidos e as subsequentes decisões conflitantes.

A heterogeneidade presente nos julgamentos examinados viola os princípios da igualdade e da segurança jurídica – previstos no art. 5º,

*caput*, da Constituição da República de 1988 – gerando graves implicações concretas, tanto no campo do Direito quanto na vida dos jurisdicionados, posto que imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece a insegurança jurídica, enfraquecendo desta forma o próprio regime democrático e ofendendo os princípios da dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições (Delgado, 2011, p. 4).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da análise das decisões proferidas ao longo de um ano (2015) pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o artigo analisou o padrão decisional desses órgãos colegiados no que tange a monitoração eletrônica, buscando conhecer de que forma esta nova tecnologia esta sendo compreendida e aplicada pelos julgadores.

Mostramos que a monitoração eletrônica é usada de forma bastante limitada como alternativa à prisão cautelar, sendo empregada predominantemente na esfera da execução penal. Nesse sentido, percebe-se a subutilização do potencial desencarcerador dessa tecnologia, funcionando essencialmente como instrumento de controle disciplinar do sentenciado.

Tendo em vista a imensa população carcerária brasileira e o altíssimo percentual de presos provisórios, torna-se urgente que os tribunais e atores penais em geral tomem conhecimento e saibam lidar adequadamente com a ferramenta da monitoração eletrônica.

Mostramos, também, a problemática ligada ao padrão de decisão do Tribunal de Justiça no que diz respeito à monitoração eletrônica, revelando importante disparidade presente nas decisões desta corte e a consequente imprevisibilidade das decisões judiciais. Nesse sentido, e em respeito aos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica, torna-se urgente uma uniformização do entendimento do Tribunal de Justiça no que diz respeito à interpretação extensiva do art. 117 da Lei de Execuções Penais, bem como às hipóteses cabimento do instituto da Prisão albergue domiciliar como alternativa ao cumprimento de pena em unidade de regime aberto.

## BIBLIOGRAFIA

CAMPELLO, R. A implementação do monitoramento eletrônico no Brasil. Parecer elaborado no âmbito do Programa Justiça Sem Muros do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2015. Disponível em <<http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Monitoracao-eletronica.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

CAMPELLO, R. Política, direitos e novos controles punitivos. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

CORRÊA JUNIOR, A. *Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais*. Tese de doutorado em direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2012. <https://doi.org/10.11606/t.2.2012.tde-20062013-132709>

DELGADO, J. A. A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica, 2011. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/74120>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

DUARTE JÚNIOR, A.P.; MENEZES, M. Monitoramento Eletrônico: Uma Alternativa Para Crise Vivida Pelo Sistema Penitenciário Brasileiro. *Revista FSA*, vol. 12, n. 4, p. 68-86, jul. 2015. <https://doi.org/10.12819/2015.12.4.5>

FONSECA, A.L. *O monitoramento eletrônico e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012

IGLESIA RION, M.A; PARENTE, J.A. La pena de localización permanente y su seguimiento como medios de control electrónico. México, 2006. Biblioteca Virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma do México. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-1.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

JAPIASSU, C.A e MACEDO, C.M. O Brasil e o Monitoramento Eletrônico. In: *Monitoramento Eletrônico: Uma Alternativa à Prisão?* Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 2008.

KARAM, M.L. Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 14, n. 170, p. 4-5., jan. 2007.

MARIATH, C. A. *Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada*. Observatório de Segurança, 2008. Disponível em: <http://observatoriodeseguranca.org/files/Monitoramento%20Eletr%C3%B4nicoCarlosMariath.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2017.

MECANISMO ESTADUAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA DO RIO DE JANEIRO. Quando a liberdade é exceção: A situação das pessoas presas sem condenação no Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/09/quando-a-liberdade-e-excecao.pdf>>. Acesso em: 06 mar 2017.

MECANISMO ESTADUAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA DO RIO DE JANEIRO. Mulheres, Meninas e Privação de Liberdade no Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/wp-content/uploads/sites/24/2016/03/Mulheres-Meninas-e-Priva%C3%A7%C3%A3o-de-Liberdade-no-Rio-de-Janeiro-010316.pdf>>. Acesso em: 06 mar 2017.

MECANISMO ESTADUAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA DO RIO DE JANEIRO. Análise da progressão de regime de cumprimento de pena no sistema penitenciário do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://ddh.org.br/wp-content/uploads/2013/12/Relat%C3%B3rio-Porta-de-Sa%C3%ADavers%C3%A3o-final2-11.pdf>>. Acesso em: 06 mar 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil - Análise crítica do uso da monitoração eletrônica de pessoas no cumprimento de pena e na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e medidas protetivas de urgência, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-primeiro-diagnostico-nacional-sobre-monitoracao-eletronica-de-pessoas>>. Acesso em: 06 mar 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - Departamento Penitenciário Nacional, 2014. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf)>. Acesso em: 06 mar 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e pesquisas no Brasil. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA e INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Excesso de Prisão Provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico. Série Pensando o Direito, nº 54, Brasília, DF, 2015.

OLIVEIRA, J.; GHIRINGHELLI, R. O monitoramento eletrônico de apenados no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, Ano 5, Edição 9, pp. 100-120, 2011.

PINTO, M. Prisão domiciliar gera controvérsia e divide o TJ-RJ. *Conjur*, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-27/aplicacao-prisao-domiciliar-gera-controversia-divide-tj-rj>>. Acesso em: 06 mar 2017.

## DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 30/03/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 30/03/2017
- Avaliação 1: 03/04/2017
- Avaliação 2: 07/04/2017
- Avaliação 3: 15/04/2017
- Decisão editorial preliminar: 15/04/2017
- Retorno rodada de correções 1: 29/04/2017
- Decisão editorial preliminar 2: 30/04/2017
- Retorno rodada de correções 2: 02/05/2017
- Decisão editorial final: 02/05/2017

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 3

## COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BOTTINO, Thiago; PRATES, Fernanda. Notas sobre a política de monitoração eletrônica no estado do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 719-746, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.68>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.