



301921

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

3051

Nº /2014 - ASJCRIM/SAJ/PGR

Ação Cautelar nº 3599-DF

Relator: Ministro Joaquim Barbosa

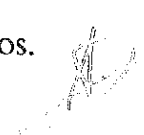
Autor: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Requerido: José Dirceu de Oliveira e Silva

EXECUÇÃO PENAL. REQUERIMENTO DO MPDFT DE QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO PARA APURAR SUPPOSTA CONDUTA DE USO DE APARELHO POR APENADO. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. INDEFERIMENTO. 1. Para averiguar suposto uso de aparelho telefônico por apenado recolhido no Presídio da Papuda, o MPDFT requereu *ampla e injustificada* quebra de sigilo telefônico (por coordenadas de GPS) e em período absolutamente discrepante de quando, em tese, teria havido o fato a ser apurado. 2. Violação da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. 3. Indeferimento do pleito que se impõe, *nos termos em que formulado*.

O Procurador-Geral da República, em atenção ao despacho de fl. 55, cientificado apenas no dia de ontem, 22.4.2014, vem expor e requerer o que segue.

Trata-se de requerimento formulado pela Promotora de Justiça do MPDFT Márcia Milhomens Sirotheau Corrêa, direcionada ao Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal, e incidental aos autos nº 0064007-33.2013.807.0015, em que, para apurar suposta falta disciplinar do apenado José Dirceu de Oliveira e Silva (condenado na AP nº 470), postulou quebra de sigilos telefônicos.



Segundo se depreende do pedido, o apenado teria utilizado – de forma indevida – aparelho celular no interior da unidade prisional que se encontra (Presídio da Papuda/DF), efetuando ligação no dia 6 de janeiro de 2014 para o telefone de James Correia, Secretário de Governo na Bahia.

Fundamentou o pleito dizendo que verifica-se “a necessidade de confronto entre as ligações realizadas pelos aparelhos de telefonia móvel que se encontravam no presídio e pelos aparelhos de telefonia celular que se encontravam no estado da Bahia, no mesmo período de tempo, isto é, na primeira quinzena do mês de janeiro de 2014”.

Deste modo, requereu a “*expedição de ofício requisitando às operadoras de telefonia móvel celular CLARO S/A, TIM S/A, NEXTEL S/A, OI S/A e VIVO S/A que informem as chamadas efetuadas/recebidas por meio das Estações de Rádio Base (ERBs) que captam sinais de telefonia móvel que operam nas coordenadas Latitude -15°47'04.86"S e Longitude -47°51'38.67", e Latitude -15°55'04.51"S e Longitude 47°47'04.51"O, do dia 01.01.2014 ao dia 16.01.2014 [...]*”.

Por intermédio de seus advogados, o interessado na apuração, José Dirceu de Oliveira e Silva, apresentou as manifestações das fls. 9/11 (de 7.4.2014) e das fls. 16/19 (de 9.4.2014).

Esta, a breve síntese dos fatos.

Prefacialmente, registro que não foram juntadas aos presentes autos as cópias referentes às fls. 237/451 dos autos originais, que

foram indicadas na fl. 05 dos autos (fl. 2 do requerimento do MPDFT).

Também em sede prefacial, registra-se que a competência para a execução penal – e, por evidente, dos incidentes a ela relacionados – compete ao Supremo Tribunal Federal, juízo da condenação, com atribuição do Relator do feito (AP 470). É o que se extrai do art. 102, I, “m”, da Constituição Federal, bem assim dos arts. 341 e 21, II, ambos do RISTF, dispositivos que também possibilitam a delegação de atos de supervisão e acompanhamento do cumprimento da pena, sem importar em transferência de competências.

Em relação aos fatos noticiados, manifestei-me em 11.4.2014(Petição nº 2892/2014-ASJCRIM/SAJ/PGR) nos seguintes termos:

“O Inquérito Disciplinar instaurado para apurar o suposto uso de celular por José Dirceu foi finalizado com conclusão pelo arquivamento. Ouvido em audiência realizada pela VEP/DF no dia 11 de março de 2014, José Dirceu negou as supostas irregularidades a ele atribuídas.

Sobre o tema, importante ressaltar que em decisão anterior a VEP/DF ressaltou que as medidas adotadas para o sentenciado José Dirceu, quais sejam, a instauração de apuratório disciplinar e a suspensão de benefícios, são rotineiramente seguidas nas execuções penais conduzidas por aquele Juízo, que “*proferiu centenas de decisões neste mesmo sentido*”. Esclareceu que todos os internos envolvidos aguardam, no mesmo estabelecimento prisional do sentenciado José Dirceu, a finalização dos respectivos inquéritos disciplinares e a audiência perante

aquele Juízo para deliberação quanto ao restabelecimento, ou não, de suas “benesses”.

Observa-se nos autos que a preocupação com tratamento igualitário entre os sentenciados na AP 470 e os demais reclusos foi posta não só pelo Juízo da VEP/DF, mas também pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e pela Defensoria Pública do DF¹. Assim, há de ser salientado o acerto na adoção daquelas medidas em relação ao sentenciado José Dirceu, que tiveram por fito preservar a estabilidade do sistema prisional local e a credibilidade do próprio Poder Judiciário.

Não obstante, concluída a apuração em âmbito administrativo, o Ministério Público Federal não visualiza novas medidas úteis ao esclarecimento dos fatos.

Já no que concerne ao requerimento de trabalho externo do sentenciado, não há nada a opor, porque, do que se tem conhecimento, os requisitos legais foram preenchidos.”

Importante assentar, de início, que não há, em tese, nenhuma irregularidade na adoção de medidas investigativas mediante o uso de ERBs. Entretanto, há um requisito essencial a todo ato desse jaez: a devida fundamentação e justificação da necessidade.

No caso concreto, nos termos em que formulado, o pleito não merece acolhimento, desbordando de todos os procedimentos normais que se deva adotar para a apuração quando se usa ERBs.

Em primeiro lugar, é fundamental deixar expresso que nenhum apenado pode usufruir do uso de aparelho de telefone celular no local do cumprimento de pena. Sua posse e eventual uso

1 Nos anexos da Petição n. 13.982/2014.

dentro do sistema prisional são tidos como falta grave, como reconhecido pela jurisprudência, inclusive dessa Suprema Corte, v.g.:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. CONDENADO FLAGRADO NA POSSE DE UM APARELHO CELULAR SEM CHIP E BATERIA. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA O PLEITO DE NOVA PROGRESSÃO. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. FRAÇÃO DE 1/3 PREVISTA NO ART. 127 DA LEP. LIMITE DE REVOGAÇÃO DOS DIAS REMIDOS. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O acórdão questionado está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte, consagrada no sentido de que **a posse pelo detento, no ambiente carcerário, de qualquer artefato destinado à comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, ainda que o equipamento isoladamente considerado não possua tal aptidão, configura falta disciplinar grave, nos termos do inciso VII do art. 50 da Lei 7.210/1984** (introduzido pela Lei 11.466/2007). Precedentes. 2. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a prática de falta grave no decorrer da execução penal interrompe o prazo para concessão de progressão de regime, reiniciando-se, a partir do cometimento da infração disciplinar grave, a contagem do prazo para que o condenado possa pleitear novamente o referido benefício executório. Precedentes. 3. A Lei 12.433/2011 alterou a redação do art. 127 da LEP para limitar a revogação dos dias remidos à fração de um terço, mantendo a previsão de reinício da contagem do prazo para a obtenção de benefícios. A nova lei mais benéfica, portanto, deve retroagir para beneficiar o condenado, por força do que dispõe o art. 5º, XL, da Constituição Federal. 4. Recurso ordinário improvido. Ordem concedida de ofício, para que o juízo da execução limite a perda dos dias remidos em até um terço. (RHC nº 114.967-GO, STJ, 2ª Turma, Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 22.10.2013, publicado no DJ em 6.11.2013)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. ARTIGO 50, VII, DA LEI 7.210/84. CONSEQUÊNCIAS. PRECEDENTES. BOM COMPORTAMENTO CARCERÁRIO. IRRELEVÂNCIA PARA A APLICAÇÃO DA PENALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A prática de falta grave, tipificada no artigo 50, VII, da Lei 7.210/84 (posse de aparelho celular no interior de unidade prisional) permite a regressão de regime e a fixação de nova data-base para a concessão do benefício de progressão. **Precedentes.**

2. A data-base para a contagem do novo período aquisitivo do direito à progressão do regime prisional coincide com a do cometimento da infração disciplinar grave. **Precedentes.**

3. O bom comportamento do condenado, à falta de previsão legal, não inviabiliza a aplicação das penalidades previstas para as situações de falta grave.

4. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 108.040 – SP, STF, 1ª Turma, unânime, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 27.09.2011, publicado no DJ em 20.10.2011).

O devido processo legal recomenda, em toda sua extensão, que *também* a adoção de medidas invasivas seja pautado especialmente o Princípio da Proporcionalidade, **velando-se pela necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.**

Como destacado em doutrina, “*para Alexy, uma das teses fundamentais expostas na obra Teoria dos Direitos Fundamentais é que essa definição implica o Princípio da Proporcionalidade com seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre seus elementos,*

não há possibilidade de se cogitar na aplicação do Princípio da Proporcionalidade em seu caráter tríplice”².

Noutras palavras, para a investigação de fatos que possam caracterizar eventuais ilícitos penais ou mesmo infrações no cumprimento das penas, é fundamental se ter como norte a impossibilidade de adoção de medidas desproporcionais.

Assim, na análise do **subprincípio da necessidade**, *“também denominado de Princípio da Idoneidade ou Princípio da Conformidade, exige-se uma relação de pertinência entre os meios escolhidos e os fins colimados pela Constituição. Guardando simetria com o Princípio da Proibição de Excesso (übermaßverbot) e do afastamento de prescrições irrazoáveis, compreende-se que a ideia é que a medida implementada pelo Poder Público tem de se evidenciar não apenas conforme os fins almejados, mas também apta, útil e idônea a realizá-los. [...] Na linha de Afonso da Silva³, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido. Para Borowski⁴, “si la acción ejecutada se encuadra dentro de la clase de las acciones que el Estado puede considerar plausiblemente como medios para cumplir el deber, debe estimarse que el derecho fundamental de protección ha sido satisfecho; de otra manera, no”⁵.*

2 FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito – Uma Teoria à luz da Constituição*. Verbo Jurídico. Porto Alegre, 2006, p. 76-77.

3 SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, abril de 2002. p. 37

4 BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p 163, nota de rodapé n. 277.

5 FISCHER, Douglas. op. cit, p. 78-79.

Não há ressaibo de dúvidas de que a *adequação exige* uma relação empírica entre o meio e o fim.

Para tanto, compreendemos, na linha da doutrina de Humberto Ávila ⁶, que para saber se um meio é adequado à realização de um fim deve-se fazer uma análise das espécies de relações existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se quer promover. Embora nem sempre seja possível ou plausível saber qual dentre todos os meios em tese adequados qual seja o mais seguro, melhor e mais intenso na realização do fim almejado, basta assentar, neste primeiro momento, que a escolha deva recair sobre um meio que promova minimamente o fim, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor, nem o mais seguro. Além disso, há se considerar como adequada a medida se o fim for possivelmente realizado com sua adoção. Nesse quadrante teórico, reitera o mesmo autor que se o ato do Estado tiver um direcionamento individual *“a medida será adequada, se, concreta e individualmente, funcionar como meio para a promoção do fim”*.

Já o **subprincípio da necessidade** implica que *“havendo mais de uma alternativa, o Estado deve optar por aquela que afete ou restrinja o menos possível os interesses e as liberdades em jogo. Está em pauta, também aqui, a existência de um meio mais benigno e igualmente idôneo que possa melhorar uma posição, sem que isso represente custo para a outra. Possui simetria com o Princípio da Intervenção Mínima. Tal como sob a ótica do Subprincípio da Idoneidade, mediante esse subprincípio se*

⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 108-13.

leva em consideração uma seleção de meios. Significa que, pela necessidade, não se questiona a escolha realizada, mas o próprio meio, que deve ser do-sado para chegar ao fim pretendido [...]."⁷

Numa síntese, significa tão somente uma proibição, por ação ou omissão, de sacrifícios desnecessários para os direitos (e, quando for o caso, também *deveres*) fundamentais.

Ainda nessa linha, Steinmetz ⁸ alerta que, nesse quadrante, identificam-se pelo menos quatro notas essenciais. A primeira, que deve haver uma ingerência mínima no exercício do direito fundamental pelo seu titular. A segunda parte de hipótese de que pode haver uma medida alternativa menos gravosa. Em terceiro, com-param-se os meios ou as medidas de restrição. Por fim, uma di-mensão empírica, na qual se indica qual é o meio menos prejudicial.

Derradeiramente, o **subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito** decorre do reconhecimento de que os meios podem ser idôneos para atingir o fim, entretanto desproporcionais em relação ao chamado custo/benefício. Em verdade, neste mo-mento de ponderação, examina-se uma relação de racionalidade entre o ato e a finalidade perseguida. É dizer: os meios escolhidos devem manter uma relação razoável com o resultado pretendido. É o Princípio da Justa Medida⁹.

⁷ FISCHER, Douglas. Op. cit., p. 81.

⁸ STEINMETZ, Wilson A. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.151.

⁹ FREITAS, Juarez. *A responsabilidade extracontratual do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão*. Revista de Direito

Fixadas todas essas considerações teóricas fundamentais acerca da possibilidade (proporcional) da ingerência estatal no âmbito dos direitos fundamentais (aqui sob a ótica da *proibição de excesso*), a conclusão é que se pode chegar é que , *nos termos em que formulada*, **a pretensão veiculada pelo Ministério Público do Distrito Federal *viola*, diretamente, os três subprincípios da proporcionalidade**, frisando-se que, para o afastamento da pretensão bastaria a análise negativa de um deles.

Como se verifica da explicação técnica constante nas fls. 49/50, as coordenadas indicadas referem dois pontos: o Palácio do Planalto (ponto 1) e o complexo da Papuda (ponto 2).

Além disso, a suposta ligação teria ocorrido em dia específico, 6.1.2014, e o pedido parte de inopino para um alargamento do espectro de investigação de período de uma quinzena, de 1.1.2014 a 16.1.2014.

Desde já, verifica-se o total descompasso da injustificada pretensão de pedir quebras de sigilos telefônicos (chamadas efetuadas/recebidas) dentro desses quadrantes, se o suposto uso do equipamento teria ocorrido dentro do local onde está sendo cumprida a pena. Além disso, o prazo injustificado revela uma pretensão muito além. **Há um excesso sem justificativa plausível e uma pretensão totalmente desarrazoada.**

Em complemento, há se ver que não está demonstrada – sequer fundamentada – uma relação empírica entre o meio e o fim

Administrativo. Rio de Janeiro, n. 241, jul./set.2005, p. 28.

pretendidos. Mais que isso, a pretensão de *cruzamento* de ligações entre os telefones nos quadrantes indicados com “*aparelhos de telefonia celular que se encontravam no estado da Bahia*” revela, a mais não poder, uma quase impossibilidade de análise comparativa, *sem qualquer indicação da adequação* dessa vasta medida requerida.

Sob a *ótica da necessidade*, e na linha do que ponderado, deve ser analisado o meio, “*que deve ser dosado para chegar ao fim pretendido*”. Parece não haver dúvidas que, *tal como formulado*, o meio não demonstra nenhuma dose limitativa da quantidade de invasões que seriam realizadas – indevidamente, por isto – em decorrência da extensão do pedido.

Por fim, e diante do que tudo exposto até aqui, parece não haver sustentação alguma para se poder dizer que, minimamente, haja uma relação de racionalidade entre o pedido e o fim perseguido.

Entretanto, todas as conclusões ora firmadas não elidem a possibilidade de, em havendo a *proporcionalidade* e a *justificativa devida*, o pleito seja analisado em outras circunstâncias.

De todo o exposto, verifica-se que, *tal como formulado*, não há como dar qualquer trânsito ao pleito deduzido.

Brasília (DF), 24 de abril de 2014.


Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República