

A Violação Constitucional Do Direito A Privacidade Frente À Lei 12.850/13, Lei De Organizações Criminais.

The Constitutional Breach Of The Law Privacy In Front Of Law 12.850 / 13, The Law Of Criminal Organizations.

Michelle de Carvalho Beraldo¹

Anderson Marques Martins Gomes Pereira²

Resumo: O presente trabalho, por meio de pesquisas e doutrinas, tem por objetivo apontar suposta violação do direito a privacidade, abarcado pela constituição federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, e demonstrar a desarmonia entre artigos 15 e 17 da lei 12.850 de 2013, apresentando seus aspectos e características legais e demonstrar a necessidade de declarar a inconstitucionalidade do artigo 17, devido à constatação de contradição legal.

Palavras-chave: Violação, direito a privacidade, incoerência normativa, Inconstitucionalidade.

Abstract: *This present coursework, through research and doctrines, aims to point to alleged violation of the law to privacy, covered by the federal constitution of 1988, in its article 5, item X, and demonstrate the disharmony between articles 15 and 17 of the law 12,850 of 2013, presenting its legal aspects and characteristics and demonstrating the need to declare the unconstitutionality of article 17, because to the finding of legal contradiction.*

Keywords: *Violation, law to privacy, normative inconsistency, Unconstitutionality.*

¹Graduando em Direito pela Faculdade Kennedy de Minas Gerais.

²Anderson Marques Martins Gomes Pereira, Advogado, Vice-Presidente da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas/MG, Pós-Graduado em Ciências Penais, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais, Professor de Direito Penal III, IV e Prática Penal das Faculdades Kennedy.

1 INTRODUÇÃO

Criada recentemente a lei 12.850/13, lei das organizações criminosas trouxe importantes definições acerca do conceito de crime organizado, bem como novas medidas de combate ao crime organizado. Entretanto pode se perceber uma incoerência dessa produção legislativa no que se refere ao artigo 15 em comparação com o artigo 17 da referida lei. Verifica-se que o artigo 15 possibilita ao delegado de polícia e a ao ministério público ter acesso a dados cadastrais de investigados independentemente de autorização judicial, ou seja, possui uma redação restritiva aparentemente não permitindo estender sua interpretação quando se refere ao termo “exclusivamente a dados cadastrais”, porém o artigo 17 amplia o termo e possibilita essas autoridades a terem acesso a registros telefônicos de ligações efetuadas e recebidas, tempo de duração e números dos contatos, o que neste caso demonstra uma controvérsia normativa, além de uma clara violação a dados privados, pois não se trata de meros dados cadastrais. Logo o artigo 17 demonstra além de sua incoerência, também sua inconstitucionalidade por não se exigir autorização judicial para esses tipos de informações conforme dispositivo constitucional.

A constituição de 1988 possui consigo valores que visam assegurar e proteger a dignidade da pessoa humana, como um dos direitos fundamentais. No artigo 5º inciso X está previsto o direito a intimidade e a vida privada do cidadão que é visto como elementos da integridade moral de cada um.

O inciso XII do artigo 5º da referida constituição prevê a inviolabilidade ao sigilo das correspondências e outros meios de comunicação a intimidade da pessoa, salvo, no último caso por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, devendo assim estes direitos serem respeitados na forma da lei.

Ao longo da história acredita-se que inúmeros foram os questionamentos de violação a direitos fundamentais constitucionais. Diante disso ao legislador cabe uma enorme responsabilidade e atenção aos preceitos da carta magna brasileira, uma vez que todas as leis a serem instituídas devem seguir os preceitos legais e princípios constitucionais. Contudo mesmo com ferramentas que os três poderes detêm para que isto não ocorra, ainda sim, o ordenamento jurídico brasileiro demonstra ser repleto de leis e institutos revogados devido à declaração de

inconstitucionalidade, mesmo após a promulgação de leis. Nesse sentido, ressalta-se a relevância da análise do artigo 17 da lei 12.850/13, lei das organizações criminosas.

A lei 12.850 de 02 de agosto de 2013, lei das organizações criminosas, foi instituída trazendo uma nova definição para o termo organização criminosa e dentre outras modificações não abarcadas por outras leis. Contudo pretende-se neste artigo demonstrar a relevância de se analisar o artigo 17 da referida lei e trazer a idéia de contraposição que o artigo faz em comparação com o artigo 15 da própria lei, bem como comparar também com a constituição federal, mais precisamente no que se refere a violação do direito à privacidade da pessoa.

Demonstra o artigo 15 da lei 12.850/13, que como meio de viabilizar e agilizar os processos e investigações criminais conferiu ao delegado de polícia e ao ministério público poderes para acessar dados cadastrais de seus investigados, entretanto se faz importante definir o que são dados cadastrais, uma vez que sua definição é de extrema importância para que possa restringir até onde poderá alcançar os poderes dessas autoridades sem infringir direitos fundamentais e normas constitucionais. O artigo 17 da mesma lei em tela amplia o sentido de dados cadastrais e adiciona uma extensão que vai contra o próprio artigo 15, pois fere a palavra “exclusivamente” que possui claro significado restritivo. O artigo 17 possibilita, mesmo sem autorização judicial o acesso a registros telefônicos, chamadas recebidas e efetuadas e tempo de duração o que claramente entende se que viola o direito constitucional do direito a privacidade.

Nota-se que a constituição federal de 1988, regulamentou de forma clara e expressa as hipóteses em que o direito a privacidade e a intimidade poderão ser violados. Sabe-se que nenhum direito é absoluto, entretanto necessário se faz o preenchimento dos requisitos constitucionais para assim determinar quando um direito pode ser violado, não aparenta preencher tais requisitos nos casos trazidos a esta reflexão quando a lei 12,850/13 dispensa ordem judicial para violações a privacidade e intimidade, pois é assim entendido quando se extrapola meros dados cadastrais e se adentra a registros de ligações telefônicas.

Diante do apontado, o artigo 17 da lei 12.850/13, pode ser considerado inconstitucional e neste contexto o presente tema a violação constitucional do direito a privacidade frente à lei 12.850/13, lei de organizações criminais, demonstra-se muito relevante, pois quando se vislumbra qualquer norma que aparentemente viola

previsão constitucional verifica-se relevância jurídica, política e social. Sob vários aspectos se pode apontar o quão é importante a proteção a direitos fundamentais constitucionais, os quais a história demonstra ter sido obtido sob muita dificuldade e lutas políticas e sociais, ainda que se trate de um direito específico sobre a proteção ao direito a intimidade, não se faz esse direito fundamental menos importante do que qualquer outro direito fundamental, devendo se preservado tanto quanto qualquer direito constitucionalmente previsto.

Demonstra o tema ser contemporâneo, haja vista que se deve sempre preservar os direitos fundamentais e princípios constitucionais e ao se deparar com normas que colidem com esses direitos faz se necessário propor sugestões e concepções com o intuito de demonstrar o problema e sugerir uma possível solução para o aparente conflito. Acredita-se que a sociedade busca constantemente a defesa de seus direitos fundamentais e assim ditos fundamentais, pois são imprescindíveis e não podem ser violados indiscriminadamente dada a importância jurídica desses direitos.

Corroborando com a importância do tema pode se citar que o Pacto de San José da Costa Rica, pacto este do qual o Brasil é signatário, prevê no artigo 11 a necessidade de respeito ao direito da intimidade, bem como outros instrumentos internacionais não menos importantes como a Declaração universal do direito do homem em 1948, o Pacto das Nações Unidas de 1966, a Conferencia Nórdica sobre o direito à intimidade de 1967 dentre outros que vem a contribuir com a importância do tema.

Diante do exposto pretende este artigo comparar o artigo 17 da lei 12.580/13, lei das organizações criminosas com a redação do artigo 15 da mesma lei, demonstrando a incoerência entre ambos e demonstrar também a inconstitucionalidade do artigo 17 da referida lei em contraposição com o artigo 5º inciso XII da constituição federal de 1988, além de expor sobre os aspectos legais sobre o direito a privacidade no que tange aos requisitos necessários para a sua violação a luz da constituição federal de 1988, bem como discorrer sobre os impactos sociais advindos do poder dado ao delegado de polícia e ao Ministério público em violar o direito a privacidade da pessoa como meio de obtenção de provas criminais sem autorização judicial e sugerir uma possível alteração ou a revogação do artigo 17 da lei 12.850/13, uma vez que, o referido artigo fere a constituição federal e vai contra a redação do artigo 15 da própria lei 12850/13, dada

a inexistência de exigência de autorização judicial para requerer registros de identificação dos números e ligações telefônicas de qualquer natureza, sendo que tal previsão ultrapassa a previsão estrita da redação do artigo 15 da lei de organizações criminosas, conforme já exposto, sendo assim entendido como a violação do direito a privacidade da pessoa.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

A palavra intimidade, aparentemente, parece possuir uma ampla subjetividade de conceitos, devido a diversos autores que tentam definir o que seria de fato a intimidade, precisando seus limites interpretativos e suas diferenças em comparação com outras palavras semelhantes. Aparentemente, para alguns autores intimidade e privacidade se destoam no significado, pois esta última estaria ligada a um significado mais externo, ou seja, aquilo que é visível a terceiros e a primeira estaria ligada um sentimento interno de desejos ou pensamentos. Contudo, acredita-se que ambas estariam correlacionadas e seria subjetivo demais acreditar que invadir a privacidade de uma pessoa não afetaria sua intimidade, ou seja, seu sentimento pessoal e interno.

2.1 Contexto histórico

Acredita-se que desde que o homem iniciou sua convivência em sociedade, igualmente iniciou o desejo pela preservação de sua privacidade. A convivência em sociedade demonstra que, historicamente, tornou-se conveniente ao homem devido à realização de suas necessidades básicas de sobrevivência, entretanto se por um lado o convívio era conveniente, por outro era também um fator que ensejava a busca de momentos individuais, pois nem sempre o homem desejava ou precisava estar em conjunto, ou seja, preservar momentos de privacidade e intimidade.

Aparentemente várias são as legislações em âmbito global que se preocupam em regular esse sentimento íntimo e privado, portanto, tamanha a relevância desse tema o direito brasileiro passou a regulá-lo como um direito fundamental. A partir disso o direito a privacidade, no Brasil, após a constituição de 1988 parece ter ganhado uma importante proteção.

Tratando-se de um direito fundamental constitucionalmente previsto, surge a necessidade de qualquer norma infraconstitucional observar a sujeição ao ordenamento maior. O direito a privacidade, parece ser, como vários outros direitos fundamentais, não absoluto, entretanto isso não significa que não merece grande respeito e proteção. Relativizar certos direitos fundamentais parece demonstrar

necessitar de grande cautela, pois ainda que não absolutos, detêm grande valor para sociedade.

Parece não ser novidade em legislações brasileiras os constantes surgimentos, alterações ou revogações de leis, previsões típicas ou inconstitucionalidades. Neste contexto nota-se que a maior parte das alterações ou revogações de leis são oriundas de previsões de produções legislativas em conflito com a constituição federal de 1988.

2.2 Lei das organizações criminosas

Em 02 de agosto de 2013 foi sancionada a lei 12.850/13 a lei das organizações criminosas que demonstrou ter o objetivo de fazer frente às crescentes e grandes articulações criminosas trazendo algumas previsões que teriam, aparentemente, o condão de facilitar o esclarecimento de fatos criminosos, bem como auxiliar ministério público e delegado de polícia a obter, de forma mais rápida, informações sigilosas do acusado de alguma prática criminal.

Verifica-se, porém que no que se refere ao artigo 17 da referida lei, parece que o legislador foi infeliz na forma de atribuir autonomia ao delegado de polícia e ao ministério público, no que se refere à obtenção que vai além de dados cadastrais pessoais em uma investigação criminal ou processual. Pois segundo a redação do artigo, estes legitimados pela lei, independentemente de ordem judicial poderão ter acesso, não só aos dados cadastrais, mas também a registros de identificação dos números dos terminais de origens e de destinos das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais por prazo de até 5 anos. Nota se que o legislador demonstra equívoco quanto ao texto expresso no referido artigo 17 em comparação com o artigo 15 da mesma lei 12850/13, pois o artigo 15 é muito claro quando prevê que terão o delegado de polícia e o ministério público acesso a dados cadastrais do acusado, entretanto dados cadastrais se restringem exclusivamente: a qualificação pessoal, a filiação, e o endereço do investigado. Por conseguinte aquilo que vai além de simples dados cadastrais, como é o caso de registro de ligações telefônicas, passa a ser violação ao direito a privacidade.

Prevê o artigo 15 da lei 12850/13:

O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.³

O artigo supramencionado chama a atenção quanto a sua interpretação para dois trechos textuais que contém extrema relevância para cumprir o objetivo a que se propõe. É clara a interpretação conferida a esses dois termos e não deixam dúvidas quanto ao seu entendimento, uma vez que, é de notório conhecimento o significado das palavras utilizadas para restringir a interpretação. Neste contexto merece atenção a definição clara dos termos do artigo que se refere a “apenas aos dados cadastrais” e “exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço”

Em relação à interpretação dos termos “apenas dados cadastrais” na primeira palavra, a palavra ‘apenas’, possui um sentido único que significado (somente, unicamente, tão somente), sendo assim não se pode ultrapassar o limite estabelecido pelo legislador, limites esses impostos as autoridades de investigação criminal para que elas não extrapolem os alcances legais.

No segundo termo chama se a atenção para a palavra “exclusivamente” que qualifica os termos dados cadastrais como tão somente a qualificação pessoal, filiação e endereço, ou seja, nada mais, além disso.

Prevê o artigo 17 da lei 12850/13:

As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.⁴

De acordo com disposto no referido artigo acima, faz menção as autoridades delegado de polícia e ministério público acrescentado que as

³BRASIL. *LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm> Acesso em: 31 mai. 2018.

⁴BRASIL. *LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm> Acesso em: 01 jun. 2018.

operadoras de telefônicas, móvel ou fixa, estão obrigadas por força desse artigo deixar à disposição das referidas autoridades as informações contidas em contas telefônicas, informações essas que contém detalhes pormenorizados e sigilosos que informam: todos os números de ligações, efetuadas, com as datas e horários e descrições até mesmo dos terminais de onde elas foram originadas, ou seja, para onde ligou, quando ligou, para quem ligou, quantas vezes ligou, o tempo de duração dessa ligação, qual foi o local (Bairro, estado ou país) de onde se falou ou se recebeu essa ligação, e isso intensifica ainda mais a considerar que o prazo desses registros estende por de cinco anos a disposição, quais sejam, 1.825 dias de registros, todas essas informações parecem entrar profundamente na privacidade dessas pessoas, uma vez que, além de informações extremamente relevantes, há também um prazo bem considerável a ser colocado a disposição das autoridades mencionadas.

Nessa mesma linha de raciocínio também corroboram as operadoras de telefones, que por consequência desses poderes são intimadas a fornecerem esses dados a qualquer tempo sob pena de multa ereclusão, sendo obrigadas a quebrarem informações que também consideram sigilosas, segue abaixo, conforme texto extraído do site Conjur:

As operadoras de telecomunicações brasileiras estão preocupadas com os superpoderes que os delegados de polícia ganharam com a Lei 12.830/2013 e com a nova lei que trata de organizações criminosas. As empresas afirmam que, com base nesses dispositivos, os delegados de Polícia Civil as têm intimado em busca de informações que, em tese, só poderiam ser concedidas por meio de ordem judicial. Depois da Lei 12.830 veio a Lei 12.850. Foi esse dispositivo que redefiniu a organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro. A reclamação das empresas de telecomunicações está nos artigos 15 e 17 da lei da organização criminosa. [...]. O artigo 15 autoriza o delegado de polícia e o Ministério Público, “independentemente de autorização judicial”, a ter acesso aos dados cadastrais de investigados. Já o artigo 17 obriga as operadoras a manter os registros de identificação dos números de telefone que fizeram e receberam ligações pelo prazo de cinco anos.⁵

De acordo com texto acima pode se perceber a notória preocupação das concessionárias e o transtorno a elas imposto pelos poderes conferidos no artigo 17, o que parece com isso deixar sem opções a não ser o cumprimento dessa obrigação

⁵CANÁRIO, Pedro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-29/telefonicas-reclamam-quebras-sigilo-pedidas-delegados>>. 2014. Acesso em: 06 jun. 2018.

sendo coagidas a quebrarem o sigilo das informações as quais consideram privadas e de cunho pessoal, em prol de uma investigação policial e ainda sem o crivo de um judiciário.

Conforme pode ser observada nas redações dos artigos 15 e 17, supramencionados, o legislador parece demonstrar uma incontroversa entre eles, quando aparece expresso no artigo 15, a definição do que seja as palavras (“apenas” e “exclusivamente”), quando o texto legal apresenta o termo “apenas dados cadastrais”, esses dados segundo o legislador, referem se exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, ou seja, nada, além disso, nota se que ele restringiu esse poder de forma clara e ainda reforçou com a palavra “exclusivamente” não deixando qualquer margem interpretativa extensiva. No entanto, o artigo 17, quanto a sua redação, contradiz o artigo 15, pois extrapola o conceito do que seriam apenas e somente dados cadastrais, conferindo poderes maiores as autoridades investigadoras o delegado de polícia e o ministério público, ocorre que no artigo 17, esse poder se expande e muito, quando obrigam as concessionárias de telefones fixo ou móvel que deixem a disposição dessas autoridades os conteúdos das faturas telefônicas, conteúdos esses que vão muito além da definição de dados cadastrais dos indivíduos, já especificado pelo artigo 15, essa lista de registros a que se refere artigo 17 contém todas as informações sigilosas e pormenorizadas dos números, destinos, durações de chamadas, demonstrando serem incoerentes com a redação do artigo 15 então nessa redação, segundo essa interpretação, nome endereço e qualificação pessoal do investigado difere de uma lista telefônica que armazena registros de ligações, números de telefones, horários das ligações, seus destinos, seus destinatários e suas localidades e ainda agravando mais o exposto, tais informações ficam a disposição por um extenso período de cinco anos. Nesse entendimento, o artigo 15 traz expresso um sentido e artigo 17, logo após, traz outro sentido que vai de encontro ao primeiro. Os dados que permanecem a disposição das autoridades trazem informações privadas do investigado e de terceiros de boa-fé, o que poderia com essa exposição vir a causar certos constrangimentos a todos os envolvidos, uma vez que o conteúdo privado dessas listas telefônicas, que vão muito além de simples dados cadastrais, podem ser usados de forma indevida para obter informações e provas contra o investigado já que elas não precisam passar pelo

crivo do judiciário, ampliando assim mais poderes as autoridades, delegado de polícia e ministério público.

2.3 Da inconstitucionalidade

O artigo 5º, inciso X, da Constituição de 1988, prevê:

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.⁶

A inteligência do artigo acima dispõe sobre a inviolabilidade da vida privada, ou seja, aquilo que é inviolável, intocável, intangível, invulnerável, considerado um segredo por analogia, o qual faz parte da intimidade da pessoa trata-se de uma particularidade pessoal, uma denominação atribuída a relações íntimas dos indivíduos e a vida privada como algo particular, único e reservado, com isso o artigo visa a garantia dos direitos ora mencionados, bem como a reparação em caso de violação desses direitos. Pode-se perceber pela redação do artigo que o legislador de forma sábia preocupou-se com a abrangência de cada palavra as quais norteiam direitos e garantias de todo e qualquer indivíduo que se sentir prejudicado, por ter sua vida privada exposta ou sua intimidade invadida e ainda quando cause danos morais ou materiais, ficando assim o responsável por esses danos obrigados, a repará-los sob pena de indenização.

O artigo 5º inciso XII, do da referida Constituição, dispõe que:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.⁷

O artigo acima dispõe que é inviolável o sigilo da correspondência, ou seja, ninguém terá o direito de acessar sem autorização, cartas, telegramas, ofícios, memorandos, expedientes, faturas dentre outros. O termo correspondência possui amplo sentido e pode ser entendido como: “Um meio de comunicação escrita entre

⁶CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> 1988. Acesso em 06 jun.2018.

⁷CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> 1988. Acesso em 06 jun.2018.

pessoa, um ato ou estado de corresponder, adaptar, relatar ou mesmo o acordo de uma pessoa com a outra. É uma comunicação que se efetiva por meio de papéis, cartas e documentos, por ampliação de sentido, passou a designar todo o conjunto de instrumentos de comunicações escritas.”⁸ Sob este prisma pode se entender que uma fatura de telefone é abrangida pelo termo correspondência, pois é de conhecimento notório que uma empresa de telefonia responsável pelo lançamento e envio de uma fatura telefônica o faz por meio de documento impresso.

Prevê a lei sobre serviços postais nº 6.538/78 em seu artigo 7º § 1º e alíneas seguintes:

São objetos de correspondência:

- a) carta;
- b) cartão-postal;
- c) impresso;
- d) cecograma;
- e) pequena - encomenda.⁹

Diante do exposto não resta dúvida quanto à clareza de se entender ser a fatura telefônica um documento impresso e conseqüentemente abrangido pelo termo correspondência protegido por previsão constitucional. Vale ressaltar neste contexto que o referido documento possui conteúdo lacrado deixando apenas exibido na parte externa do documento enviado, nome e endereço do destinatário, bem como dados do remetente, e no interior do documento a descrição dos registros de ligações recebidas e efetuadas, números, durações de chamadas, custo das ligações, planos contratados e detalhes dos mesmos, localidades das chamadas, datas das chamadas dentre outros. Quando delegado ou ministério público ao requisitar tais informações às operadoras telefônicas, ainda que elas não tenham sido dispostas e discriminadas em fatura impressa, não significa que deixou de ser seu conteúdo íntimo e privado, pois impressa ou não os registros das ligações continuam sendo de caráter privado.

Sendo assim percebe se que, exatamente por se tratar de conteúdo lacrado, verifica se a intenção da operadora de telefonia em manter sigilo e privacidade das informações ali contidas, ou seja, não é da vontade do cliente a

⁸ PERGUNTAS e respostas sobre desenvolvimento pessoal –cartas comerciais. Disponível em: <[HTTPS://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=7065](https://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=7065)> Acesso em 01 jun. 2018.

⁹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 6.538 de 22 de junho de 1978. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm>. Acesso em 01 Jun. 2018.

exposição das referidas informações, uma vez que tratam se de informações de caráter pessoal, íntimo e privado.

Sob outro prisma pode se verificar, diante qualidade e relevância das informações de registro de ligações telefônicas, a mesma importância que é conferida ao conteúdo das ligações efetuadas ou recebidas, a lei de interceptações telefônicas 9.296/96 protege o conteúdo das ligações telefônicas, entretanto diante do já exposto, verifica se que igualmente privado e importante é o registro das ligações diante da exposição de dados de natureza pessoal e íntima.

Prevê a lei nº 9472/97 Lei geral de telecomunicações:

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:
VI - a não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso;
IX - ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço;

Art. 72. Apenas na execução de sua atividade, a prestadora poderá valer-se de informações relativas à utilização individual do serviço pelo usuário.

§ 1º A divulgação das informações individuais dependerá da anuência expressa e específica do usuário.

§ 2º A prestadora poderá divulgar a terceiros informações agregadas sobre o uso de seus serviços, desde que elas não permitam a identificação, direta ou indireta, do usuário, ou a violação de sua intimidade.¹⁰

Nesse entendimento, tais registros de comunicação pessoal são de suma importância, obtendo então a proteção de sigilo pela própria constituição de 1988, bem como os dados dessas comunicações, o conteúdo dessas correspondências contêm informações sigilosas e privadas, não podendo ficarem expostas ou serem violados por terceiros sem autorização do titular, ressalvados em último caso, ou seja, quando não tiver outro modo, feito para fins de investigação criminal, observando o que a lei determina caso tenha sido esgotado toda e qualquer outra possibilidade de prova por outros meios, entretanto se faz necessário a autorização do juiz, que fará análise jurídica dessa violação.

O artigo 5º inciso X prevê a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e o inciso XII do mesmo artigo corrobora com proibição da violação estendendo e ampliando a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, porém o mais relevante neste contexto é a possibilidade de violação

¹⁰PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei ° 9.472 de 16 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm> Acesso em: 01 jun. 2018.

como último caso e somente com autorização judicial. Sendo assim se percebe que a lei 12.850/13 não observa a exigência constitucional.

Segundo Eugênio Pacelli (2014, p.354-355) especifica que não há inconstitucionalidade na lei artigo 15 da lei 12.850/13 no que se refere exclusivamente aos meios de obtenção de provas para o amparo em crimes relacionados a organizações criminosas, tais como violação de dados cadastrais e informações de informática ou telemáticas, pois existem leis que se equiparam especificando a violação supracitada como forma de obtenção de provas para instrução criminal, porém, desde que presente a autorização judicial.

Pode-se perceber que, aparentemente, o que evidencia a inconstitucionalidade do artigo 17 da referida lei é o fato de se violar os direitos fundamentais previstos na constituição federal quando se ultrapassa os limites do artigo 15 da mesma lei 12850/13, pois como já exposto, não são estes direitos absolutos e poderão ser relativizados mediante um sobrepeso de um bem jurídico mais relevante em uma dada situação específica, mas quando se extrapola meros dados cadastrais há que se considerar a inconstitucionalidade do artigo, pois o método de obtenção da prova neste caso exige autorização judicial, pois invade a privacidade da pessoa, autorização esta que a constituição claramente exige.

Como forma de exemplificar e reforçar o que já foi exposto até o momento, abaixo se verificam dados de uma ação direta de inconstitucionalidade proposta no STF que ainda se encontra em curso:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.063 (396) ORIGEM : ADI
- 5063 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROCED. : DISTRITO
FEDERAL RELATOR :MIN. GILMAR MENDES REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO
NACIONAL DAS OPERADORAS
Origem: DF - DISTRITO FEDERAL
Relator atual; MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S); ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS OPERADORAS CELULARES
ADV.(A/S); RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH
(00026966/DF) E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S); PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES); ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S); CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES); ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S); ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA
FEDERAL - ADPF
ADV.(A/S); ANTONIO TORREAO BRAZ FILHO (09930/DF, 154525/MG)

Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 15, 71 e 21 da Lei 12.850/2013, Lei das organizações criminosas. Acesso a dados cadastrais e a registros telefônicos, independentemente de prévia autorização judicial.¹¹

Na citada Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) Proposta pela Associação Nacional das Operadoras de Celular (Acel), a ADI afirma que os artigos 15 e 17 da Lei 12.850/2013 ofendem os princípios fundamentais da privacidade e da intimidade. A ação foi protocolada em 08 de novembro de 2013 e atualmente sua última movimentação ocorreu em 06 de fevereiro de 2018, estando essa ação concluída à relatoria aguardando julgamento. Pode ser observado que o entendimento da Acel, por meio de seus procuradores, corrobora com os aspectos jurídicos alegados.

De acordo com Marcellus Polastri Lima (2014, p.456-457) há um princípio da proporcionalidade onde se deve considerar, segundo a teoria da proporcionalidade, que em eventual conflito, mesmo que aparente, entre garantias individuais, impõe-se prevalência do interesse maior a ser protegido no caso concreto e a partir desse princípio surge então uma corrente que defende que aquilo que ofende a constituição, atingindo valores fundamentais do indivíduo e garantias individuais mesmo que para combater o crime seria um ato ilícito para obter uma prova e como tal contaminaria a prova, neste contexto o artigo 157 do CPP dispõe que são inadmissíveis as provas ilícitas, devendo ser desentranhadas do processo, assim entendida as obtidas em violação à norma constitucional ou legal.

Acredita-se que a autonomia dada ao delegado de polícia e ao ministério público para acessar além dos dados cadastrais de investigados ou processados, gera uma sensação insegurança jurídica para o investigado, uma vez que, a título de exemplo um dado crime investigado em fase de inquérito policial não é revestido de ampla defesa e contraditório devido à característica inquisitorial atribuída a essa fase, sendo assim nessa fase o delegado de polícia ou ministério público passa a ter o poder de decisão sem o crivo analítico do judiciário para violar a intimidade e privacidade do investigado.

Para Fernando Capez (2012, p.380) existe a importância da autorização judicial no que se refere à interceptação em sentido estrito e com relação à escuta

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5063/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Processo**, Acompanhamento processual, 08 novembro 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4494216#>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

telefônica, entendendo que caso tal procedimento não seja precedido de autorização judicial não poderão ser admitidas no processo, por afronta ao direito a privacidade.

Importante se faz analisar que ainda que o autor supracitado não se refira a dados cadastrais ou registros de ligações telefônicas como prevê a lei 12.850/13, lei das organizações criminosas em seus artigos 15 e 17, como analogia, pode-se deduzir que não é possível medir o que se torna privado ou íntimo quando se trata de informações pessoais ou informações que dizem respeito apenas à pessoa, tornando-se uma tarefa muito subjetiva, pode-se inferir que a violação sem autorização judicial tem o mesmo valor lesivo que a violação de escutas ou interceptações telefônicas, não sendo possível mensurar qual privacidade ou intimidade seria mais importante. O legislador parece atribuir um valor maior a certas informações pessoais em detrimento de outras igualmente privadas e importantes.

No que se refere ao artigo 15 da lei 12.850/13 existe um conceito bem definido do que são dados cadastrais, retirando qualquer outra hipótese para uma outra interpretação mais além e neste contexto não se exige autorização judicial, por se entender que não fere o direito a intimidade ou privacidade meros dados cadastrais, quais sejam qualificação pessoal, endereço e filiação, pois tais dados são de ampla exposição em correspondências, bem como registros em lojas comerciais etc, sendo assim não gera nenhum constrangimento em tais informações. Entretanto na redação do artigo 17 a amplitude dos poderes conferidos às autoridades do ministério público e delegado de polícia no que se refere à possibilidade de requisitar registros de ligações telefônicas sem que tal conduta seja apreciada e autorizada pelo judiciário, diante da importância do conteúdo de tais registros, fere-se direitos à intimidade e a privacidade, além de gerar uma grande insegurança jurídica para qualquer investigado, uma vez que, a autonomia conferida ao delegado de polícia e ao ministério público podem em benefício próprio ampliar o significado e conceito das palavras criando assim uma linha muito tênue do que é ou não privacidade ou do que depende ou não de autorização judicial.

Diante do que foi exposto, aparentemente, nota-se a evidência de um conflito entre o disposto no artigo 17 da lei 12.850/13 com a constituição federal de 1988, especificamente no que se refere ao artigo 5º incisos X e XII, sendo assim diante deste problema surge a necessidade de reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo, no que se refere à ausência da autorização judicial para violação do direito a intimidade e privacidade e atribuir nova redação ao dispositivo para que

fique em consonância com a previsão constitucional passando a se exigir a autorização judicial para a referida violação.

Nas palavras de Eugênio Pacelli:

[...] Poderá o parquet, inclusive, já antecipar o juízo de arquivamento do procedimento, se assim entender cabível. Se ele não fizer, porém, nada impedirá que a autoridade policial dê aplicação ao disposto no art.15 da lei 12.850/13.

De todo modo, não acreditamos que o Supremo Tribunal Federal recue em seu posicionamento de exigência geral de autorização judicial para quaisquer providências tendentes a atingir certos graus de intimidade e de privacidade nas liberdades públicas, a inviabilizar a aplicação do citado dispositivo (art.15 da lei 12850/13), mesmo em se tratando de apuração de condutas praticadas por organizações criminosas, a demandar maior mobilidade nas ações de investigação.

De outra parte, mas na mesma direção, apontamos desde já a inconstitucionalidade da regra contida nos (artigo 17 da lei 12850/13), que avança sobre o sigilo de registros telefônicos pelo período de 5 (cinco) anos, com efeito, aí já não se trata mais de informações acerca do nome, da qualificação e do endereço do investigado, mas de dadas essencialmente conectados com exercício da intimidade da privacidade e da intimidade. Impõe-se a necessidade de autorização judicial, como desdobramento das comunicações desta natureza (art. 5º, XII da CF). (PACELLI, 2014, p. 848 – 849).

Sendo assim, Pacelli demonstra que o artigo 17 da lei 12.850/13, quando não se exige autorização judicial para ter acesso a informações que vão além de dados cadastrais, se torna inconstitucional, pois claramente quando diz que colocar a disposição as informações de registros telefônicos trata se de colocar à disposição informações que estão conectadas com o exercício da intimidade da privacidade e que diante disso deveria ser observado a exigência de autorização judicial.

Diante de todo exposto fica clara a noção de inconstitucionalidade no que se refere ao artigo 17 da lei 12.850/13.

3 METODOLOGIA

O presente estudo acadêmico a ser apresentado buscará realizar um conjunto de pesquisas sistematizadas com o intuito de expor e analisar o tema proposto, a violação constitucional do direito à privacidade frente à lei 12.850/13, lei de organizações criminosas'.

Para se alcançar a finalidade proposta pretende se utilizar o método de pesquisa bibliográfica que consiste em desenvolver o estudo com base em acervos de material publicado como livros, teses, artigos, dissertações dentre outros. O referido método torna se o mais adequado tendo em vista o objetivo de se obter uma análise conceitual e doutrinária a respeito do tema.

Inicialmente a pesquisa será realizada por meio de obras bibliográficas de autores escolhidos mediante critérios de compatibilidade de entendimento acerca do tema, sendo assim, serão utilizados autores como Eugênio Pacelli, Fernando Capez e Marcellus Polastri Lima.

A análise terá como abordagem aspectos de comparações e críticas acerca da análise bibliográfica da constituição federal de 1988 e demais doutrinas que versam sobre o direito à intimidade e características da possibilidade de sua violação. Por meio de outras doutrinas serão buscados conceitos de renomados autores acerca do que é o direito a intimidade, sua natureza jurídica e seus aspectos relevantes.

Será objeto de estudo especificamente na lei 12.580/13 o artigo 15 que demonstra a possibilidade da violação de informações pessoais sem a necessidade de autorização judicial, sendo assim, será defendida a inconstitucionalidade do referido artigo perante a constituição federal de 1988, uma vez que na constituição a violação só é prevista mediante autorização judicial.

Pretende se também, para atingir o objetivo proposto, efetuar pesquisas buscando fontes de internet, artigos acadêmicos, mídias de comunicações e julgados que cercam o tema proposto e assim reunir um conjunto de informações de fontes confiáveis. Com base nestas informações construir um entendimento crítica e analítico propondo uma interpretação vinculada ao problema exposto.

4 APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS E DISCUSSÃO

Feita uma análise criteriosa do artigo 5º incisos X e XII da constituição federal de 1988, ficou constatado que os referidos incisos abrangem diversos bens jurídicos de caracteres pessoais com o foco em suas inviolabilidades para protegerem e preservarem esses bens, tendo em vista se tratar de direitos fundamentais, que assim sendo, os torna extremamente relevantes para manter uma harmonia jurídica e social.

É de notório conhecimento que toda lei infraconstitucional deve estar em constante concordância e equilíbrio com a constituição federal sem violar suas normas e princípios sob pena de ser declarada sua inconstitucionalidade. Diante das pesquisas efetuadas verificou se que, com o surgimento da lei 12.850/13, lei das organizações criminosas, este equilíbrio e concordância foram abalados, no que se refere ao texto dos artigos 15 e 17 da referida lei. Os artigos ganharam destaque por terem sido alvo de diversas críticas dos meios de comunicações, bem como de doutrinadores, conforme demonstrado nesta pesquisa acadêmica. Após a leitura dos referidos artigos pôde se perceber que de fato há uma incoerência normativa entre eles, pois a redação de um, vai de encontro à do outro, uma vez que o artigo 15 demonstrou ser extremamente restritivo quanto à permissão de se conceder apenas dados cadastrais para casos de requisição do delegado de polícia ou ministério público, enquanto que o artigo 17 amplia esse direito para fornecer inclusive registro de ligações telefônicas.

Com o estudo minucioso dos artigos 15 e 17 ora mencionados ficou também constatado que além da incoerência entre ambos, há também, no que se refere ao artigo 17 em comparação com os incisos X e XII do artigo 5º da constituição federal, uma violação constitucional, pois quando a constituição federal prevê a necessidade de autorização judicial para a violabilidade legal dos sigilos das comunicações telefônicas e das correspondências pôde se perceber que esta mesma exigência deveria ser mantida para o estudado artigo 17, haja vista sua redação permitir invadir a privacidade e intimidade das pessoas.

Dentre os direitos fundamentais foi dado enfoque ao direito as inviolabilidades da intimidade, vida privada, sigilo de correspondência e das comunicações telefônicas, pois como já evidenciado, são os direitos que diretamente sofrem lesão diante desse verificado equívoco legislativo.

Após diversas pesquisas em sites de fontes confiáveis, foi observado que existem diversas reclamações de empresas de telefonia exatamente preocupadas com o poder que foi conferido aos delegados de polícia e ministério público, também foi percebido que, diante dessa inconformidade, houve tentativa de declarar inconstitucionalidade do artigo 17 da lei, por meio de (ADI) ação direta de inconstitucionalidade, entretanto o judiciário ainda não se pronunciou de forma definitiva, portanto notou-se que o apontamento da referida inconstitucionalidade não é algo que foi suscitado apenas por este artigo acadêmico, tendo como outros apoiadores relevantes juristas e doutrinadores.

Vale ressaltar que o presente artigo acadêmico destacou pontos específicos entre as incoerências dos artigos 15 e 17 da lei 12.850/13 e a alegação de inconstitucionalidade do artigo 17. Entretanto, mais uma vez, se propõe esclarecer que, no que se refere à inconstitucionalidade alegada, deve ser observada que a afirmação de inconstitucionalidade trata-se de permitir invadir a privacidade e intimidade de uma pessoa sem a devida e necessária ordem judicial, fato este que se existisse supriria tal ilegalidade e não faria deste artigo 17 da lei ser alvo das referidas críticas recebidas, bem como deste presente trabalho acadêmico.

Mesmo com todos os apontamentos legais e teses doutrinárias que corroboram com o entendimento sobre a incoerência normativa dos citados artigos, bem como as tentativas de declaração de inconstitucionalidade do artigo 17 da lei 12.850/13 o problema ainda persiste.

5 CONCLUSÃO

Preservar os direitos e garantias constitucionais é dever de todos e nesta obrigação merece destaque todos os órgãos judiciais, bem como os operadores do direito que possuem conhecimento jurídico diferenciando-os das demais pessoas da sociedade, sendo assim a inércia desses conhecedores do direito podem contribuir para a lesão de direitos constitucionais extremamente relevantes, como é o caso dos direitos fundamentais destacados neste artigo.

Tão importante quanto preservar e garantir os direitos constitucionais são o conhecimento jurídico e a cautela para que com esse somatório se possa constatar que um dispositivo legal é inconstitucional, pois não é uma tarefa simples conseguir demonstrar uma inconstitucionalidade sem argumentos coerentes e apoio jurídico e neste contexto o presente artigo acadêmico se propôs preencher tais requisitos para revelar a inconstitucionalidade do artigo 17 da lei 12.850/13 sob o enfoque de violação à privacidade e intimidade sem as formalidades que a constituição prevê, bem como revelar a incoerência normativa entre os artigos 15 e 17 da referida lei.

Na redação do artigo 17 ao atribuir que as concessionárias de telefonia fixa ou móvel que mantenham ainda pelo prazo de cinco anos registros de ligações pessoais tais como números das ligações realizadas e recebidas e colocando tais dados telefônicos à disposição do delegado de polícia e ao ministério público atribuindo autonomia a essas autoridades para violações de comunicações e informações da pessoa, sem que com isso necessite de previa autorização judicial demonstra-se uma prática abusiva, pois vai além do que especifica o artigo 15 da própria lei 12.850/13, que especifica de forma clara e restrita que os dados cadastrais são apenas a qualificação pessoal, a filiação e o endereço pessoal, desde então a amplitude desses dados poderá acarretar consequências danosas sobre tudo o uso indiscriminado e imoderado dessa autonomia.

Conclui se, portanto, que o problema ora apresentado possui um vasto e amplo campo de interpretações jurídicas e talvez por isso atraia tantos questionamentos e apontamentos e mesmo com todos os argumentos, doutrinas e pesquisas efetuadas, logo, o presente tema está longe ser esvaziado com os resultados deste trabalho acadêmico, diante da complexidade dos aspectos jurídicos legais. Sendo assim o problema apresentado ainda perdura, bem como continua

sendo alvo de constantes protestos e oposições, entretanto espera se que o presente artigo acadêmico possa contribuir com auxílio na interpretação dos institutos jurídicos suscitados com o intuito de convencer os órgãos judiciais responsáveis em declarar a inconstitucionalidade do artigo 17 da lei 12.850/13, revogando o referido artigo ou alterar sua redação em adequação a norma constitucional. E, talvez, ainda que não seja revogado possa ensejar, em caso de uma futura produção legislativa, um reforço a interpretação e entendimento que corrobore com um novo pensamento do legislador acerca do tema.

REFERÊNCIAS

- ANGHER, Anne Joyce (Org.). **VadeMecum Acadêmico de Direito**. 23. ed. São Paulo: Rideel, 2016. (VadeMecum).
- BRASIL. LEI Nº **12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 31 mai. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5063/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Processo**, Acompanhamento processual, 08 novembro 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4494216#>>. Acesso em: 02 jun. 2018.
- CANÁRIO, Pedro. **Operadoras reclamam de pedidos de delegados para quebra de sigilo telefônico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-29/telefonicas-reclamam-quebras-sigilo-pedidas-delegados>>. 2014. Acesso em: 06 jun. 2018.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> 1988. Acesso em 06 jun.2018.
- LIMA, MarcellusPolastri. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. **Crime Organizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A lei 12850/13 e a quebra de dados cadastrais e das ligações telefônicas**. Disponível em: <http://lexmagister.com.br/doutrina_25169222_A_lei_12850_13_E_A_quebra_de_dados_cad>. Acesso em: 20 set. 2017.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas S.a, 2014.
- PERGUNTAS e respostas sobre desenvolvimento pessoal –**cartas comerciais**. Disponível em: <[HTTPS://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=7065](https://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=7065)> Acesso em 01 jun. 2018.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei ° 6.538 de 22 de junho de 1978. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm>. Acesso em 01 Jun. 2018.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei ° 9.472 de 16 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm> Acesso em: 01 jun. 2018.

SOUKI, Hassan. **Organização criminosa breve apontamentos sobre a lei 12850/13**. 2013. Disponível em: <<http://m.migalhas.com.br/depeso/192555/organizacao-criminosa-breve-apontamentos-sobre-a-lei-12850/13>>. Acesso em: 20 set. 2017.

TRABALLI, Arthur. **A violabilidade à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem: dano material, moral ou à imagem**. 2016. Disponível em: <<https://arthurtraballi.jusbrasil.com.br/artigos/337428559/a-inviolabilidade-a-intimidade-a-vida-privada-a-honra-a-imagem-dano-material-moral-ou-a-imagem>>. Acesso em: 20 set. 2017.