

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**A OBTENÇÃO DA PROVA NO AMBIENTE PRISIONAL:  
LIMITES CONSTITUCIONAIS**

**LEANDRO MARQUES MEIRA**  
**ALUNO N.º. 64077**

**MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA**  
**ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:**  
**DIREITO PENAL E CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**LISBOA**  
**2024**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**A OBTENÇÃO DA PROVA NO AMBIENTE PRISIONAL:  
LIMITES CONSTITUCIONAIS**

**LEANDRO MARQUES MEIRA**  
**ALUNO Nº. 64077**

**MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA**  
**ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:**  
**DIREITO PENAL E CIÊNCIAS CRIMINAIS**

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito na área de Ciências Criminais – ano letivo 2020/2021.  
Orientador Professor Doutor Paulo Manuel Mello de Sousa Mendes.

LISBOA  
2024

## AGRADECIMENTOS

O desfecho desta rica e extenuante jornada investigativa me impele a realizar alguns agradecimentos.

À minha esposa Ana Emanuela, colega e companheira de vida, de estudos e de trabalho, pelo suporte físico e emocional e por ter sido a idealizadora e incentivadora desta inesquecível e transformadora aventura familiar e acadêmica no além-mar.

A Davi e Pedro, filhos queridos, por terem encarado a mudança de país de peito aberto, enfrentando as dificuldades com coragem, vencendo-as e crescendo. E também por terem aceitado as horas de convivência roubadas pelos estudos, as ausências, os rompantes naturais neste processo.

Aos meus pais, Raimundo e Therezinha, à minha sogra Célia e aos demais familiares, que, ao longo do processo, deram suporte para que alcançasse este êxito.

Aos portugueses e a Portugal, que nos receberam tão bem, em especial nossos queridos e eternos vizinhos, Dona Fátima e Senhor António, bem como todas as professoras e funcionários do Colégio Valsassina, pela educação primorosa, pelo respeito e consideração destinados aos nossos filhos.

Ao colega de mestrado Filipe Bringhenti e sua estimada família, pela partilha dos momentos de angústia, de dúvidas, de êxito e de alegrias e pela amizade construída.

Aos professores da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em especial ao professor Paulo de Sousa Mendes, pela honra de me aceitar como seu orientando.

Às bibliotecas da FDUL, da PGR (Portugal), do MP/BA e suas equipes pelo apoio constante na bibliografia solicitada.

Aos membros do Conselho Superior do Ministério Público do Estado da Bahia que, com muita sensibilidade e confiança, autorizaram o meu afastamento e da minha colega e esposa Ana Emanuela para a frequência ao mestrado em Portugal.

A Deus, que tudo provê e ampara em todos os momentos.

E, por fim, ao Ministério Público do Estado da Bahia, essa instituição a cujos quadros pertenço com enorme orgulho, a que demonstro tanto respeito pelo meu compromisso diário na execução das minhas funções, meu eterno agradecimento pela oportunidade concedida de qualificação pessoal e profissional.

**Resumo:**

Os estabelecimentos prisionais, desde a autonomização da pena de prisão, deram origem a um ecossistema naturalmente repleto de singularidades e que já anunciavam questões de difícil resolução, nomeadamente em relação ao patrimônio de direitos do recluso. A despeito disso, a evolução do pensamento jurídico levou ao reconhecimento do preso como detentor de um estatuto de direitos e deveres, como o direito à vida privada e de não produzir provas contra si mesmo e o dever de colaboração. Entretanto, hoje, em muitos países, as prisões estão assoladas por uma incessante atividade delituosa e não raro dominadas pelas facções prisionais, que acabaram por ressignificar o contexto do aprisionamento. Isso tem forçosamente atraído o interesse dos órgãos persecutórios, para quem parece essencial direcionar seu esforço investigativo também para dentro das prisões, seja por conveniência, nas hipóteses da delinquência comum, mas também, e talvez, principalmente, como alternativa mais efetiva para fazer frente àquele nocivo tipo de criminalidade. Assim, na busca de elementos de prova dentro das unidades prisionais, são comuns medidas como a captação ambiental, a interceptação telefônica e a busca e apreensão, que podem ser realizadas até mesmo dentro das celas. Interessa-nos, portanto, analisar a atividade probatória realizada no interior das prisões sob uma perspectiva jurídico-constitucional, partindo-se da análise da privacidade do recluso e da observância do seu *nemo tenetur se detegere*, os direitos mais severamente comprimidos pelos métodos investigativos ordinariamente empregados nestes espaços. Está presente, como pano de fundo, a discussão entre direitos fundamentais x segurança pública, além da utilidade dos métodos ocultos e sofisticados. Logo, quais e em que medida são os limites constitucionais que a atividade probatória nas prisões deve respeitar? A resposta depende da definição da amplitude dos direitos à vida privada e da não autoincriminação.

**Palavras-chave:**

Prova; ambiente prisional; privacidade; autoincriminação; proporcionalidade; processo penal.

**Abstract:**

*Since the autonomy of prison sentences, prisons have given rise to an ecosystem that is naturally full of singularities and that already presented difficult-to-resolve issues, particularly in relation to the inmate's rights. Despite this, the evolution of legal thought has led to the recognition of prisoners as holders of a status of rights and duties, such as the right to privacy and not to produce evidence against themselves, and the duty to cooperate. However, today, in many countries, prisons are plagued by incessant criminal activity and are often dominated by prison gangs, which have ended up redefining the context of imprisonment. This has inevitably attracted the interest of prosecution agencies, for whom it seems essential to direct their investigative efforts also inside prisons, whether for convenience, in cases of common delinquency, but also, and perhaps mainly, as a more effective alternative to confront this harmful type of crime. Thus, in the search for evidence within prison units, measures such as environmental recording, telephone interception and search and seizure are common, and can even be carried out inside cells. We are therefore interested in analyzing the evidentiary activity carried out inside prisons from a legal-constitutional perspective, starting from the analysis of the inmate's privacy and the observance of his *nemo tenetur se detegere*, the rights most severely restricted by the investigative methods ordinarily employed in these spaces. In the background, there is the debate between fundamental rights and public safety, in addition to the usefulness of hidden and sophisticated methods. Therefore, what and to what extent are the constitutional limits that evidentiary activity in prisons must respect? The answer depends on the definition of the scope of the rights to privacy and non-self-incrimination.*

**Keywords:**

*Evidence; prison environment; privacy; self-incrimination; reasonableness; criminal procedure.*

## **ADVERTÊNCIAS**

Este trabalho foi redigido em português do Brasil, de acordo com as normas do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, em vigor desde janeiro de 2009. Contudo, as transcrições e citações de obras, julgados e legislações seguem a redação original sem qualquer alteração ou adaptação.

Foram adotadas como regras de procedimento e estilo as normas da E-Pública – Revista Eletrônica de Direito Público.

A atividade investigativa relacionada ao presente trabalho teve como termo final o mês de setembro de 2024.

## SIGLAS E ABREVIATURAS

al.	-	alínea
AgRg	-	Agravo Regimental
ARE	-	Agravo em Recurso Extradordinário
art.	-	artigo
ADN/DNA	-	ácido Desoxirribonucleico/Deoxyribonucleic acid
BVerfG	-	Bundesverfassungsgericht
CIDH	-	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CC	-	Código Civil
CCB	-	Código Civil Brasileiro
CEDH	-	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEPMPL	-	Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade
CFTV	-	circuito fechado de televisão
coord.	-	coordenação
CPB	-	Código Penal Brasileiro
CPP	-	Código de Processo Penal
CPPB	-	Código de Processo Penal Brasileiro
CRFB	-	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
DEPEN	-	Departamento Penitenciário Nacional
DF	-	Distrito Federal
dir.	-	direção, diretor(es), dirigido
ECHR	-	European Court of Human Rights
ed.	-	edição
et al.	-	<i>et alia</i> (e outros)
GO	-	Goiás
HC	-	<i>Habeas Corpus</i>
LCCrim	-	Lei do Cibercrime
LOGP	-	Ley Orgánica General Penitenciaria da Espanha
MS	-	Mato Grosso do Sul
n.º	-	número
org.	-	organização ou organizador por

p.	-	página
PE	-	Pernambuco
pp.	-	páginas
PR	-	Paraná
reimp.	-	reimpressão
Resp	-	Recurso Especial
RGEP	-	Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais
RMS	-	Recurso em Mandado de Segurança
RN	-	Rio Grande do Norte
RO	-	Rondônia
RS	-	Rio Grande do Sul
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJB	-	Superior Tribunal de Justiça do Brasil
ss.	-	seguintes
TC	-	Tribunal Constitucional
TCE	-	Tribunal Constitucional da Espanha
TEDH	-	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
v.	-	<i>versus</i>
vol.	-	volume
v. g.	-	<i>verbi gratia</i>

## PLANO DE TRABALHO

### INTRODUÇÃO

1. CAPÍTULO I – OS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS: BREVE PERCURSO EVOLUTIVO, CARACTERÍSTICAS E SUA TRANSFORMAÇÃO EM PALCO DA ATIVIDADE PENAL
  - 1.1 Traços históricos da prisão
  - 1.2 Características atuais e dinâmicas particulares do espaço carcerário
  - 1.3 A (in)cessante atividade delituosa e o interesse dos órgãos de persecução
  - 1.4 Conclusões preliminares
2. CAPÍTULO II – OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PRESO
  - 2.1 O preso como sujeito de direitos e a natureza jurídica da sua relação com o Estado
  - 2.2 Os direitos atingidos pelo édito prisional e/ou condenatório e a delimitação do estatuto jurídico do preso
  - 2.3 O direito à privacidade e a sua extensão na prisão
  - 2.4 O *nemo tenetur se detegere* e sua amplitude no contexto prisional
  - 2.5 Conclusões preliminares
3. CAPÍTULO III – A ATIVIDADE PROBATÓRIA NO INTERIOR DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS
  - 3.1 O permanente conflito entre os direitos fundamentais e a segurança pública na obtenção da prova: ainda sobre a eficácia e a garantia
  - 3.2 O necessário emprego dos métodos ocultos de investigação
  - 3.3 As tipologias probatórias mais comuns no recinto prisional
    - 3.3.1 A captação ambiental de voz e imagem
      - 3.3.1.1 As características gerais do método
      - 3.3.1.2 Uma análise dos conflitos com o direito à privacidade (ou à vida privada) e o *nemo tenetur se detegere*
    - 3.3.2 A interceptação (ou escuta) telefônica
      - 3.3.2.1 Aspectos gerais deste meio de obtenção de prova
      - 3.3.2.2 Uma necessária diferenciação: quando a interceptação é direcionada a telefones introduzidos clandestinamente nas unidades prisionais
    - 3.3.3 A busca e apreensão
      - 3.3.3.1 A cela como reduto da vida privada do recluso?

3.3.3.2 As buscas fiscalizatórias e as buscas como meios de obtenção de prova

3.3.3.3 A apreensão de aparelhos celulares clandestinos: o problema da descriptação / desbloqueio por biometria e o dever de colaboração do preso

3.4 Conclusões preliminares

#### 4. CAPÍTULO IV – ANÁLISE DE CASOS

4.1 O TEDH e a prova no ambiente prisional

4.1.1 Os casos *Van der Graaf v. Holanda* (2004), *Vasilică Mocanu v. Romênia* (2016) e *Gorlov e outros v. Rússia* (2019) e o problema da videovigilância contínua

4.1.2 Os casos *P.G e J.H. v. Reino Unido* (2001), *Perry v. Reino Unido* (2003), *Doerga v. Holanda* (2004), *Wisse v. França* (2005) e *Falzarano v. Itália* (2021) e a compreensão do TEDH sobre a captação ambiental e a interceptação telefônica no ambiente prisional

4.2 Suprema Corte dos Estados Unidos da América e o seu entendimento sobre as buscas prisionais a partir do caso *Hudson v. Palmer* (1984)

4.3 Conclusões preliminares

#### 5. CAPÍTULO V – ALGUNS ENUNCIADOS SOBRE A OBTENÇÃO DA PROVA NO AMBIENTE PRISIONAL

5.1 Uma questão preliminar: o necessário reforço do patrimônio jurídico do preso e a privacidade admissível pelas circunstâncias

5.2 A proporcionalidade no ambiente de excepcionalidade

5.3 É possível falar em *standards* de prova diferenciados para os meios de obtenção de prova nos espaços carcerários no ordenamento brasileiro?

5.4 Conclusões preliminares

#### CONCLUSÕES

## INTRODUÇÃO

Não é usual pensar a prisão como cenário da atividade probatória. Esse ambiente singular, que ainda carrega enorme incompreensão e repulsa, é muito mais lembrado como sinônimo de abandono, de desrespeito e de violência. Por isso, esquecê-lo ou ignorá-lo, assim como os que estão lá dentro, é a postura mais comum, mesmo por parte dos órgãos persecutórios.

Entretanto, as prisões da atualidade, muitas vezes transformadas em escritórios do crime organizado e infestadas de *smartphones* introduzidos clandestinamente, são um manancial de provas que não pode ser dispensado. O Estado investigador deve-se voltar também para o espaço carcerário, mas sabendo que há regras que devem ser cumpridas e direitos e garantias que devem ser observados.

Assim, com este trabalho nos propomos a investigar o emprego de alguns meios de obtenção de prova no âmbito prisional e os seus limites constitucionais, adotando como metodologia basilar a pesquisa em doutrina nacional e estrangeira, bem como a análise da jurisprudência de cortes nacionais e continentais.

Iniciando este percurso, no CAPÍTULO I abordaremos alguns traços históricos da pena de prisão, lembrando como a sua autonomização coincidiu com o desabrochar dos espaços prisionais construídos para este fim específico. Ao lado disso, trataremos da evolução do recinto carcerário, dos problemas que surgiram, das suas características atuais e das dinâmicas bem particulares travadas intramuros. Finalizando, mostraremos como as prisões foram transformadas em palco de uma criminalidade incessante, não raramente complexa, organizada e violenta, despertando, definitivamente, o olhar e o interesse dos órgãos persecutórios.

No CAPÍTULO II, será necessário estudar a natureza da relação jurídica entre o preso e o Estado, para, na sequência, posicionar o recluso como sujeito de direitos e deveres. Em seguida, passaremos a definir quais direitos são efetivamente atingidos pelo édito prisional e/ou condenatório, para, enfim, divisar o seu estatuto jurídico.

Uma atenção especial será destinada ao direito fundamental à privacidade e à garantia processual do *nemo tenetur se detegere*, vez que ambos sofrem uma natural compressão nestes espaços de clausura. O objetivo principal será delimitar a amplitude de cada um.

Chegando ao CAPÍTULO III, adentraremos uma seção mais central da investigação. Após situar este problema probatório dentro do conflito entre os direitos fundamentais e a segurança pública ou entre a eficácia e a garantia do processo penal, mostraremos a importância de utilização, neste campo, dos chamados métodos ocultos de investigação.

Em seguida, estaremos prontos para iniciar uma análise das tipologias probatórias mais comumente utilizadas no recinto prisional pelos órgãos persecutórios, projetando as colisões possíveis. A primeira será a captação ambiental de voz e imagem e trataremos das características gerais do método e dos conflitos com o direito à privacidade (ou à vida privada) e o *nemo tenetur se detegere*. Em seguida, será a vez da interceptação (ou escuta) telefônica e, após a apreciação dos aspectos gerais deste meio de obtenção de prova, partilharemos mais reflexões a partir de uma necessária diferenciação: as particularidades da interceptação direcionada a telefones introduzidos clandestinamente nas unidades prisionais.

Logo depois, virá a busca e apreensão, cuja análise trará, de plano, um questionamento deveras relevante: a cela seria um reduto da vida privada do recluso? Para além de responder a esta pergunta, trataremos das buscas fiscalizatórias e das buscas como meios de obtenção de prova, diferenciando adequadamente seus regimes. Por fim, encerrando, teremos espaço para uma atenção à questão da apreensão de aparelhos celulares clandestinos. Disso, desbordará um outro tema igualmente palpitante e já abundantemente tratado na doutrina, mas não sob a perspectiva do preso: o problema da descriptação / desbloqueio por biometria e o dever de colaboração.

Já no CAPÍTULO IV, após a reunião dos conhecimentos necessários à compreensão do problema proposto, partiremos para uma pesquisa e análise jurisprudencial. No âmbito do TEDH, selecionamos, inicialmente, os casos *Van der Graaf v. Holanda* (2004), *Vasilică Mocanu v. Romênia* (2016) e *Gorlov e outros v. Rússia* (2019), que abordam o problema da videovigilância contínua. Depois, os casos *P.G e J.H. v. Reino Unido* (2001), *Perry v. Reino Unido* (2003), *Doerga v. Holanda* (2004), *Wisse v. França* (2005) e *Falzarano v. Itália* (2021), que tratam da captação ambiental e da interceptação telefônica no ambiente prisional.

No domínio da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, estudaremos casos relacionados às buscas prisionais, tomando como ponto de reflexão o *leading case Hudson v. Palmer* (1984).

Por fim, avançaremos até o CAPÍTULO V, oportunidade em que lançaremos alguns enunciados sobre a obtenção da prova no ambiente prisional. Preliminarmente, trataremos da necessidade do reforço do patrimônio jurídico do preso e da privacidade admissível pelas circunstâncias. Na sequência, uma abordagem da aplicação do princípio da proporcionalidade neste ambiente de excepcionalidade. Ao final, demonstraremos se é possível falar em *standards* de prova diferenciados para a utilização dos meios de obtenção de prova nos espaços carcerários no ordenamento brasileiro.

# 1. CAPÍTULO I – OS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS: BREVE PERCURSO EVOLUTIVO, CARACTERÍSTICAS E SUA TRANSFORMAÇÃO EM PALCO DA ATIVIDADE PENAL

## 1.1. Traços históricos da prisão

O ambiente prisional é um espaço que evoca sentimentos díspares e múltiplos<sup>1</sup>, os quais se movem entre o fastio e a comiseração e vão do zelo fervoroso à completa indiferença. Um local a se esquecer, assim como os que lá estão alojados ou, ao revés, que demanda, pelo severo grau de restrição dos direitos dos reclusos, uma atenção especial? Alvo de constantes e efusivos (mas nem sempre profundos<sup>2</sup>) debates em torno dos seus inúmeros desafios e problemas, que perpassam pelo seu custo-benefício e pela própria efetividade do encarceramento, a prisão nunca deixa de ser retratada, temida, estudada e comentada por todos, leigos e *experts*, fazendo parte do cotidiano das pessoas, especialmente daquelas que convivem em sociedades assoladas pela insegurança pública<sup>3</sup>.

Por certo, a dramaticidade dos eventos que precedem a colocação de um indivíduo no espaço carcerário e as dinâmicas particulares que emanam das relações desenvolvidas neste local atraem desde a curiosidade pública ao interesse acadêmico dos estudiosos de diversas áreas. Mas é bem verdade que embora haja uma verdadeira profusão de obras aclamadas na literatura e no cinema<sup>4</sup>, explorando o viés carcerário e toda a sua riqueza temática, no mundo jurídico o fenômeno prisional não desafia o mesmo sucesso, de tal modo que muitas questões ainda aguardam estudos que tratem de alguns temas específicos. Evidentemente não se espera suprir esse vácuo com este trabalho, mas apenas entregar um contributo sobre um recorte específico da vasta problemática abordada.

Por definição, a prisão, como local (e não como pena), trata-se de todo recinto destinado

---

<sup>1</sup> Cf. J. G. PETIT, *Ces peines obscures. La prison pénale en France (1780-1875)*, Paris, Fayard, 1990, p. 10, *apud* M. JOSÉ MOUTINHO SANTOS, *A Sombra e a Luz. As prisões do Liberalismo*, Porto, Edições Afrontamento, 1999, p. 19. O autor pontua que “*il sera question de politique et d’imaginaire, de statistiques et d’opinion, de droit et de justice, de science et d’aministration, d’architecture et de médecine, d’entrepreneurs et d’ouvriers, de nourriture et de lecture, de violence et de mort, de religion et de sexualité*”.

<sup>2</sup> Cf. A. VELLUDO SALVADOR NETTO, *Curso de Execução Penal* [livro eletrônico], 1ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-1.5.

<sup>3</sup> Cf. C. NUNES MAIA ET AL, *História das prisões no Brasil*, I [recurso eletrônico], Rio de Janeiro, Anfitatro, 2017, p. 5.

<sup>4</sup> Tomem-se como exemplos o recente filme *blockbuster Um sonho de liberdade (1995)*, sucesso de público e crítica, e os clássicos *Amor de Perdição* e *Memórias do Cárcere* do escritor português CAMILLO CASTELLO BRANCO, que esteve preso em um dos “quartos” da Cadeia da Relação do Porto ante a acusação de adultério, ensejo em que escreveu ou recolheu vivências para escrever algumas das suas obras literárias, como as citadas. E acrescentem-se o romance *O Conde de Monte Cristo*, de ALEXANDRE DUMAS e o impactante *Escritos da Casa Morta*, de FIÓDOR DOSTOIÉVSKI.

a abrigar e confinar pessoas sujeitas a uma medida restritiva de liberdade. Assim seguramente se concebe o cárcere, na sua essência, desde quando fora utilizado pela primeira vez com o desenvolvimento da vida em sociedade. Inúmeros espaços confinados já foram utilizados para encarcerar pessoas, como cavernas, tumbas subterrâneas, trincheiras e torres<sup>5</sup>. Mas a instituição prisional do arquétipo moderno, outrora a antessala da pena<sup>6</sup>, um local reservado à custódia daqueles que aguardavam a sua sentença<sup>7</sup>, um mero instrumento do então incipiente processo penal, desenvolveu-se de forma conjunta com a autonomização da prisão como pena e até mesmo com o surgimento do Direito Penitenciário, isso somente entre os séculos XVIII e XIX<sup>8</sup>, no contexto do Iluminismo e do Liberalismo que grassavam no continente europeu em sobreposição ao Absolutismo Monárquico.

De fato, ainda sob a égide do Antigo Regime, os espaços prisionais, a exemplo da Prisão do Limoeiro, uma das mais importantes da Lisboa antiga até os fins do século XIX<sup>9</sup>, eram marcados pelo improvisado, pelo abandono e pela inadequação arquitetônica, afinal (malgrado, a rigor, isso não fosse justificativa), tratava-se de ambiente de passagem, de curta permanência. O ideal de punição que vigia dava primazia a sanções públicas, cruéis e aviltantes, as quais refletiam o poder supremo dos monarcas, ao passo que, de forma até contraditória, a prisão, como castigo, era vista como uma reprimenda inútil e desumana<sup>10</sup>.

No entanto, o crescimento dos pensamentos racionais e científicos que se irradiaram com a Revolução Francesa de 1789 trouxe consigo avanços sociais multissetoriais<sup>11</sup>, inclusive no campo do Direito Penal, cujos estudiosos, inseridos no âmbito do chamado “humanitarismo

---

<sup>5</sup> Cf. G. GIACÓIA, D. HAMMERSCHIMDT e P. OVIEDO FUENTES, “A prisão e a condição humana do recluso”, *Argumenta Journal Law*, 15, 2013, p 133.

<sup>6</sup> Cf. SALVADOR NETTO, *Curso de Execução Penal*, p. RB-3.2.

<sup>7</sup> Cf. M. LOPES ROMÃO, *Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal*, Lisboa, Almedina, 2015, p. 92. O autor pontua: “Mesmo tendo em conta as experiências divergentes já retratadas, a prisão continuará prevalentemente, numa visão panorâmica, a não ser entendida como uma verdadeira pena, sendo « um modo de ter um acusado ou um condenado à disposição da justiça », quer em Portugal, quer no resto da Europa”.

<sup>8</sup> Cf. J. FABBRINI MIRABETE, *Execução Penal*, Indaiatuba, Editora Foco, 2023, p. 3.

<sup>9</sup> Cf. A. AYRES DE GOUVÊA, *Resenha das Principaes Cadeias da Europa*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1860, p. 349. O autor visitou diversas cadeias europeias e fez o seguinte relato da célebre Prisão do Limoeiro: “Que posso eu escrever acerca d’este medonho antro, que já antes de mim o não dissesse, com atenuadas cores, o chorado Sousa Azevedo? Resumindo assim seu pensar: « De semelhante casa nenhuma correccão ou moralidade se póde esperar. A reforma logica e obvia é abandonal’a e mandar construir outra, que preencha as indicações necessárias. » E effectivamente não idealiso, não concebo que haja ali coisa, a mínima, a aproveitar. Tudo, tudo é horrível e sob todos os aspectos: - mau o local, infame o edifício, torpe a administração”.

<sup>10</sup> Cf. LOPES ROMÃO, *Prisão*, p. 494.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 110. O autor refere que “É no Iluminismo jurídico do século XVIII – enquanto proposta de disciplina racional da sociedade também no domínio penal – revestido de um progressivo legalismo que concretiza a identificação entre « ilicitude » e « tipicidade », que se revelará que as penas, agora apodadas de cruéis e degradantes, eram inaceitáveis porque desumanas para a sensibilidade da época, e inúteis porque se esgotavam em si mesmas, ou seja, essencialmente retributivas. Mesmo que em vários casos não fossem as penas aplicadas”.

jurídico”, sendo CESARE BECCARIA um dos seus grandes expoentes, passaram a rejeitar as penas degradantes que reinavam na época<sup>12</sup>, a exemplo do degredo, das galés e de toda sorte de castigos corporais e capitais, muitas vezes executadas em espetáculos públicos escandalosos<sup>13</sup>. Ao mesmo tempo, valores como a igualdade e principalmente a liberdade foram elevados à categoria de direitos essenciais à condição humana, de tal modo que a sua perda implicaria o grau máximo de sofrimento. Foi neste contexto, não se olvidando ainda da influência do Direito Penal Eclesiástico<sup>14</sup>, que a prisão foi eleita como a forma de castigo ideal<sup>15</sup>, pois, para além de ser a antítese da liberdade, era limpa, dura, modulável e, na medida do esperado, não dava margem para a espetacularização.

Paulatinamente, a prisão se firmou nos ordenamentos europeu-continentais, erigida ao status de pena preferencial em substituição às sanções cruéis e degradantes de outrora. Como corolário, foi necessária a readequação das unidades prisionais às novas ideias do humanitarismo jurídico, veiculadas, por exemplo, no utilitarismo de BENTHAM e sua prisão panóptica<sup>16</sup> e no movimento reformista do filantropo e “viajante” JOHN HOWARD<sup>17</sup>, com seu livro-reportagem escrito após seu célebre périplo em diversas cadeias europeias<sup>18</sup>, daí surgindo

---

<sup>12</sup> Cf. C. BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, 5ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, pp. 84-85: “Das singelas considerações sobre a verdade que aqui acabamos de fazer conclui-se, à evidência, que o fim das penas não é o de atormentar e afligir um ser sensível, nem o de anular um delito já cometido. Poderá, num corpo político - que, bem longe de agir pela paixão, é o tranquilo moderador das paixões particulares -, poderá albergar-se esta inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo ou dos tiranos débeis? Os gritos de um infeliz reclamam porventura do tempo que não retorna as acções já consumadas? O fim, portanto, não é outro senão o de impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo. Devem, assim, escolher-se as penas e o método de infligi-las de tal maneira que, observadas as devidas proporções, se produzirá um efeito mais eficaz e mais duradouro sobre os espíritos dos homens, e menos torturante sobre o corpo do réu.”

<sup>13</sup> Relembra-se a situação reportada por M. FOUCAULT, in *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, Petrópolis, Vozes, 1987, pp. 08-10, referente ao suplício do condenado Robert-François Damiens, um camponês francês torturado e morto em uma notória e controversa execução pública a 28 março de 1757, após ser acusado de atentar contra a vida do rei Luís XV em 1757.

<sup>14</sup> Cf. M. JOSÉ MOUTINHO SANTOS, *A Sombra e a Luz. As prisões do Liberalismo*, Porto, Edições Afrontamento, 1999, pp. 34-35.

<sup>15</sup> Cf. A. P. BARBAS HOMEM ET AL, *Cadeia do Limoeiro – da punição dos delinquentes à formação dos magistrados*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013, p. 09.

<sup>16</sup> Cf. J. BENTHAM, *O panóptico*, 2ª edição, Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2008, pp. 20-21: “Antes de ver o plano, tenha, em palavras, uma ideia geral dele. O edifício é circular. Os apartamentos dos prisioneiros ocupam a circunferência. Você pode chamá-los, se quiser, de celas. Essas celas são separadas entre si e os prisioneiros, dessa forma, impedidos de qualquer comunicação entre eles, por partições, na forma de raios que saem da circunferência em direção ao centro, estendendo-se por tantos pés quantos forem necessários para se obter uma cela maior. O apartamento do inspetor ocupa o centro; você pode chamá-lo, se quiser, de alojamento do inspetor”.

<sup>17</sup> Cf. A. PATRÍCIA LOPES ESTEVES, *Entre o crime e a cadeia: violência e marginalidade no Alto Minho (1732-1870)* (Dissertação de Doutorado), Braga, Universidade do Minho, 2010, p. 619/620: “No essencial, Howard mostrava-se partidário de uma nova organização das cadeias, baseada nos princípios da racionalidade, saúde pública e religião”.

<sup>18</sup> Também exerceu grande influência a obra de GUSTAVE DE BEAUMONT e ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *Système pénitentiaire aux États-Unis et son application en France*, resultado da visita que realizaram aos estabelecimentos norte-americanos.

pouco a pouco, em diversos países, as chamadas “penitenciárias”, espaços carcerários muito próximos dos encontrados atualmente nas principais democracias do Ocidente, conquanto, àquela época, concebidas com a romântica ideia, na linha dos argumentos humanitaristas, de recuperar o indivíduo, oferecendo-lhe um “tratamento” ou “terapia penal”, por vezes minucioso, na expectativa de torná-lo apto ao convívio social ao fim do seu período expiatório<sup>19</sup>. Nesta mesma senda, acreditava-se, ainda, que a pena de prisão evitaria o suplício do corpo e, agora por influência dos princípios cristãos, serviria também para o recluso redimir os seus pecados e buscar a “correção moral”<sup>20</sup>.

Com efeito, o modelo comum das unidades prisionais que surgiram a partir deste momento histórico deveria obedecer às ideias dos pensadores da época e, por consequência, as cenas experimentadas nas enxovias das prisões do Antigo Regime haveriam, em tese, de ficar no passado. Os novos estabelecimentos penais teriam que ser construídos com base em requisitos arquitetônicos que assegurassem, em primeiro lugar, o regime celular individual, malgrado nem sempre isso tenha sido possível, notadamente a longo prazo, haja vista os naturais desafios econômicos desse modelo, em especial com o crescente aumento da população carcerária. Outrossim, as novas construções garantiriam a salubridade, a higiene, o amparo religioso, a saúde e o bem-estar dos detentos, para além de contar com espaços destinados ao exercício do trabalho, que poderia ser compartimentado, nas celas, ou coletivo, mediante silêncio total, fosse o sistema adotado o *filadelfiano* ou o *auburniano*, respectivamente, tendo o primeiro prevalecido nas novas cadeias do continente europeu, com forte inspiração nas unidades prisionais norte-americanas.

Por fim, retomando inclusive os requisitos arquitetônicos do princípio panóptico de BENTHAM, era ideia central da pena de prisão e das novas unidades construídas a necessidade de vigilância e controle por parte da incipiente administração penitenciária, medidas essenciais à manutenção da ordem e disciplina que, como aprofundaremos mais adiante, afetaram

---

<sup>19</sup> É isso que diz H. C. FRAGOSO, in “Perda da liberdade – os direitos dos presos”, VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, VIII, 1980, p. 759, que ainda chama a atenção para a influência do direito canônico no nascimento da pena de prisão: “O preso estava, assim, num estado de completa sujeição ao poder arbitrário e absoluto da administração carcerária, sem direito algum. Uma mudança de enfoque só se torna possível quando surge e se afirma, ao lado da função meramente punitiva, uma proclamada finalidade recuperativa, através da qual se procura atribuir à pena um sentido mais humano. Esse novo sentido da pena remonta ao direito canônico e, sobretudo, à inspiração religiosa de alguns pioneiros”. Há também os que defendem a ideia de que a prisão surgiu como exigência do sistema capitalista, que precisava, àquela altura e contexto histórico, controlar as massas ociosas e aproveitar a mão de obra carcerária na produção de trabalho. Neste sentido, M. PAVARINI *apud* GIACÓIA ET AL., “A prisão e a condição humana do recluso”, *AJL*, p. 138-239.

<sup>20</sup> Cf. QUARESMA, *RJO*, p. 58 e PRADO, LUIZ RÉGIS, HAMMERSCHMIDT, DENISE e MARANHÃO, DOUGLAS BONALDI, *Direito de Execução Penal* [livro eletrônico, 2ª ed.], São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. I. HISTÓRIA DA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA.

fortemente a privacidade dos reclusos<sup>21</sup>.

## 1.2. Características atuais e dinâmicas particulares do espaço carcerário

Não obstante a revolução experimentada nos espaços carcerários a partir do período oitocentista, a verdade é que, a contar deste marco histórico, poucos avanços foram vistos. A rigor, já naquele momento a prisão assume as características que estruturaram o modelo de encarceramento atual, denotando-se, além daqueles traços arquitetônicos essenciais, acrescidos dos avanços nos recursos tecnológicos de vigilância em massa e no emprego de novos materiais construtivos, as funções de punir, prevenir e corrigir<sup>22</sup>, com o gradual abandono desta última, ante o reconhecimento das naturais dificuldades de se recuperar uma pessoa dentro do ambiente prisional<sup>23</sup>, designadamente em sociedades com recursos econômicos cada vez mais escassos<sup>24</sup>, não se olvidando, ainda, da existência de indivíduos que manifestamente não estão aptos à ressocialização, como aqueles incorrigíveis<sup>25</sup>.

Nas décadas seguintes, as unidades prisionais padeceram de problemas de toda sorte, especialmente nos locais em que o binômio insegurança/criminalidade e o investimento no sistema penitenciário cresciam de forma inversamente proporcional. Assim é que os espaços de encarceramento, em países como o Brasil, colapsaram devido à superlotação, à estrutura física desatualizada e deteriorada à míngua de investimentos, à circulação desenfreada de estupefacientes em suas alas e pavilhões, à explosão da violência intramuros e ao total desregramento, inclusive dando vazão ao surgimento de grupos organizados voltados a práticas criminosas cada vez mais vultosas e ousadas<sup>26</sup>. Não é, seguramente, o que se esperava do recinto prisional, que não pode se contentar em ser um dispendioso e ineficiente depósito de indivíduos<sup>27</sup> ou mesmo aludir, guardadas as devidas proporções, às cenas medievais

---

<sup>21</sup> Cf. J. LUIS DE DIEGO ARIAS, *El derecho a la intimidad de las personas reclusas*, Colección Premios Victoria Kent, Madrid, Ministerio del Interior – Secretaria General Técnica, 2015, p. 245.

<sup>22</sup> Cf. MAIA ET AL, *História*, I, p. 6.

<sup>23</sup> Cf. R. BRASILEIRO DE LIMA, *Manual de Execução Penal – Volume Único*, 2ª ed., São Paulo, Juspodivm, 2023, pp. 27/28: “A experiência, porém, tem revelado que nenhuma espécie de tratamento penitenciário tem produzido os efeitos desejados quanto à ressocialização do condenado. Na prática, a prisão tem contribuído mesmo para reforçar valores negativos, falhando completamente em seu propósito de modificar as pessoas. As péssimas condições carcerárias, a começar pela carência de vagas, que faz com que os estabelecimentos funcionem como verdadeiros « depósitos de pessoas », somadas à existência de uma « subcultura » entre os presos, traço característico de unidades prisionais de grande porte, torna-os impermeáveis a qualquer tipo de tratamento, que só tem se revelado efetivo em pouquíssimos casos, e conquanto o interno voluntariamente manifeste interesse em recebê-lo”.

<sup>24</sup> Cf. QUARESMA, *RJO*, pp. 58-59.

<sup>25</sup> Cf. LUIS FERNANDO REY HUIDOBRO *apud* PRADO, *Direito de Execução Penal*, p. II. PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PENAL.

<sup>26</sup> Cf. MAIA ET AL, *História*, I, p. 6.

<sup>27</sup> Cf. QUARESMA, *RJO*, p. 56.

relacionadas às prisões do Antigo Regime.

Enquanto isso, a sociedade, de início, encarou com desconfiança a novidade prisional. Acostumada a comparecer em peso aos espetáculos punitivos grotescos, a massa viu suprimido o seu direito de participar das punições, passando a ignorar por completo o que acontecia dentro das grades<sup>28</sup>. Foi neste contexto que o imaginário popular acerca das prisões foi construído, não sem a ajuda das obras literárias que surgiram retratando o ambiente prisional, que mais tarde acabaram por reforçar os estereótipos de que se tratava de espaço misterioso, desumano, onde imperavam a barbárie e a selvageria.

E, de fato, com variações aqui ou ali, a depender do maior ou menor império da disciplina, a vida nas prisões sempre se desenvolveu de forma dura para os reclusos, que enfrentavam os desafios físicos e psicológicos inerentes ao confinamento, ainda que agora a salvo de expedientes esdrúxulos como as ordálias. O encarceramento significava o início de uma série de privações que extrapolavam a mera restrição da liberdade, vale dizer, de ordem material, alimentar, sexual, afetiva e de outras naturezas, que alçavam o recluso a um regime de passividade e dependência típicas do clima de subcultura, humilhação e constrangimentos característicos daquele ambiente<sup>29</sup>. Nesta trilha, descortinou-se, entre a massa carcerária, um processo de descolamento da vida em sociedade e de mutilação da própria personalidade<sup>30</sup>, tudo, não raro, com o fim de facilitar a adaptação no ambiente prisional.

Neste sentido, os estudos sociológicos descrevem a prisão como uma representação, um local instável e imprevisível onde os detentos precisam assumir papéis específicos, adotar a violência como regra de conduta e absorver os códigos próprios como instinto de sobrevivência<sup>31</sup>. Por mais paradoxal que seja, os presos, de um certo modo, se investem de uma posição de vulnerabilidade, eis que, à vista dos perigos do ambiente em que estão inseridos, têm menor capacidade de sobreviver, de resistir e se recuperar do impacto de um crime ou

---

<sup>28</sup> Cf. C. NUNES MAIA ET AL, *História das prisões no Brasil*, II [recurso eletrônico], Rio de Janeiro, Anfiteatro, 2017, p. 187.

<sup>29</sup> Cf. QUARESMA, *RJO*, p. 63: “A prisão implica, para o recluso, uma reinterpretação geral da vida. Constitui um espaço onde, para além de se ver privado da liberdade, se encontra também privado de bens e serviços, transformado em ser passivo e dependente da instituição para a satisfação das suas necessidades básicas. Como instituição total, para além do gradão o recluso é, não raras vezes, submetido a uma subcultura de valores, exposto à intimidação e ao domínio dos mais fortes ou dos grupos constituídos, limitado na sua intimidade, apartado do que sucede na sociedade livre...”.

<sup>30</sup> Cf. GIACÓIA ET AL, “A prisão e a condição humana do recluso”, *AJL*, p 142.

<sup>31</sup> Cf. A. CHAUVENET, “Privation de liberté et violence: le despotisme ordinaire en prison”, *Déviance et société*, 30, n.º 3, 2006, p. 374: “On ne peut être soi-même, la maison d’arrêt est une représentation, un théâtre d’ombres chinoises..., On est obligé d’avoir un masque, pour tout, tout le monde joue un rôle, c’est obligé, personne n’est vrai..., Si je veux être moi-même je serais barré ; on est dénaturé dès le début”.

ameaça<sup>32</sup>. Para além disso, a submissão a um esquema de vigilância em massa alinhada à concepção panóptica, que ainda governa todo o fluxo de informações que corre em uma unidade prisional, compromete severamente a privacidade do preso<sup>33</sup>, inegavelmente afetando a sua dignidade<sup>34</sup>, precisamente na sua aceção ontológica, enquanto valor intrínseco da pessoa humana<sup>35</sup>. ERVING GOFFMAN, criador do conceito da “instituição total”, da qual a prisão seria um exemplo, afirmou que um dos efeitos destes recintos, para o interno, é a “mortificação de si”, correspondente à aniquilação da sua privacidade<sup>36</sup>.

Assim, era presumível que a constituição do estatuto jurídico do preso evoluísse lentamente e que suas dinâmicas internas fossem estabelecidas muito mais com base no medo, na força física e/ou econômica e na corrupção do que nos regulamentos e na autoridade da administração penitenciária, as quais, é importante frisar, àquela altura pouco pendiam para as garantias dos reclusos. Este contexto, naturalmente, aliado à omissão estatal e ao crescente aumento do encarceramento e do universo de detentos, dentre outros fatores, mostrou-se inteiramente favorável ao desenvolvimento de atividades criminosas dentro do ambiente prisional, como será abordado a seguir.

---

<sup>32</sup> Cf. J. ALFRED STIPPEL e P. MEDINA GONZÁLEZ, “Discriminación en la persecución penal. Acerca de las diferencias entre delitos intracarcelarios y delitos cometidos fuera de prisión”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, VIII, n.º 3, 2022, p. 1616.

<sup>33</sup> Importante referir, logo aqui neste momento, que, ao longo do trabalho, serão utilizadas as expressões privacidade e intimidade partindo da compreensão de que a segunda é uma parte mais reservada da primeira. Cf. DIEGO ARIAS, *El derecho*, p. 38 ss., que explica que na Sociologia e na Psicologia as duas expressões são empregadas indistintamente. A Filosofia, contudo, as distingue, assim como o Direito. A intimidade seria o invólucro secreto da nossa vida psíquica, espaço onde estaria a verdade sobre o nosso próprio ser, nossa consciência e onde reconhecemos nossa própria dignidade. Já a privacidade é a esfera reservada de uma pessoa que pode ser explicitada. Deste modo, usaremos a expressão intimidade quando a referência for a aspectos da privacidade que demandam uma proteção maior. No mesmo sentido, A. SCARANCE FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 106, esclarece, ao analisar o inciso X do artigo 5.º da CRFB: “A redação do art. 5.º, X, mostra ter o legislador constituinte distinguido entre intimidade e vida privada. Com base na teoria das esferas, pode-se dizer que a intimidade é o espaço mais reservado do indivíduo, no qual ele guarda os seus segredos e espera que não sejam descobertos. O âmbito da vida privada é maior, abrangendo a área dos relacionamentos pessoais e particulares da pessoa, com a sua família, os seus amigos”.

<sup>34</sup> Cf. B. SCHWARTZ, “Deprivation of privacy as a functional prerequisite: the case of the prison”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, LXIII, n.º 2, 1972, pp. 236-237.

<sup>35</sup> Cf. L. ROBERTO BARROSO, “A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação”, Versão provisória para debate público, Mimeografado, 2010, disponível em [https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf), acessado em 22/09/2024, p. 38: “São conteúdos mínimos da dignidade o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário. O valor intrínseco é o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros. A inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação são atributos únicos que servem de justificação para essa condição singular. Do valor intrínseco decorrem direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica”.

<sup>36</sup> *Apud* DIEGO ARIAS, *El derecho*, p. 246.

### 1.3. A (in)cessante atividade delituosa e o interesse dos órgãos de persecução

É de se imaginar que a colocação de uma pessoa no ambiente prisional pressupõe a comprovação de uma ou mais práticas criminosas anteriores. Por outro lado, mesmo quando se trate de infrações penais prévias cometidas de maneira progressiva no tempo, é esperado, como consequência natural do encarceramento, que a jornada delituosa cesse. Afinal, uma das funções da constrição de liberdade, seja como pena ou como medida cautelar no curso do processo penal, é exatamente interromper ou neutralizar as atividades criminosas em curso, salvaguardando o tecido social. No entanto, nem sempre isso é o que acontece, nomeadamente na sociedade atual, super tecnológica e hiperconectada. Ao contrário, em determinadas situações o aprisionamento é o ponto de partida para que o recluso escale ainda mais no mundo do crime.

O recinto prisional, em vista da natureza das dinâmicas estabelecidas internamente, para além de ser inegavelmente um ecossistema deveras particular, é eminentemente criminógeno, eis que favorece práticas ilícitas. Por mais que impere a disciplina, valor máximo a ser seguido em um espaço de reclusão, é inevitável reconhecer que ao menos pequenas ilicitudes serão praticadas no dia a dia, muito mais do que ocorreriam, *mutatis mutandis*, no ambiente extramuros<sup>37</sup>. Isso ocorre não apenas pelo perfil dos detentos, indivíduos obviamente tendentes a transgressões e sobre quem invariavelmente recai uma permanente presunção de periculosidade<sup>38</sup>, mas também porque o ambiente de restrição de direitos, de desesperança e, não raro, de desamparo no interior das prisões leva-os a impor suas próprias regras com vistas à satisfação de suas necessidades e à obtenção de vantagens. Além disso, o espaço é propício também ao desenvolvimento de corrupção, envolvendo os agentes da administração penitenciária, vista, por muito tempo, como detentora de um poder supremo perante os custodiados.

---

<sup>37</sup> Cf. MIRABETE, *Execução Penal*, pp. 20-21. O autor destaca: “Aliando-se aos problemas pessoais do preso, tais como a atitude familiar de exagerada reprovação ou de injustificado apoio, o afastamento do cônjuge e dos filhos, a solidão, o ambiente prisional, pela falta de atividades, seja de trabalho, seja de lazer, o problema sexual, as condições de superlotação dos presídios, não só não contribuem para a recuperação do condenado como também se tornam fatores criminógenos. Essas condições podem levar ao estímulo da prática de novos delitos. Impedindo que o preso se emende, estimulam o desejo de evasão e determinam maior desajustamento social. Estudos sociológicos e psicológicos recentes demonstram que a prisão, em virtude da construção entre os condenados de um mundo próprio de valores e normas, conduz a um divórcio entre essa ‘subcultura’ carcerária e as regras sociais da vida em liberdade, colaborando diretamente na formação de estereótipos negativos do sentenciado, o que o leva, quando posto em liberdade, a uma completa marginalidade da vida comunitária”.

<sup>38</sup> Cf. D. BORJA MAPELLI CAFFARENA, “Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 12, 1998, p. 89.

Neste contexto, subornos, brigas, ameaças, abusos de poder, torturas, violações sexuais, rebeliões, planos de fugas, fabricação, uso e tráfico de bebidas alcóolicas e outras substâncias ilícitas são alguns exemplos da criminalidade ordinária praticada no interior de um estabelecimento prisional qualquer, em maior ou menor escala. O trabalho da administração prisional é impor suas regras, se bem que preservando os direitos fundamentais da massa carcerária, com o objetivo de reduzir ao máximo os índices da delinquência prisional quotidiana, uma vez que erradicá-la não parece ser um objetivo alcançável.

Estes delitos corriqueiros muito frequentemente são graves e cometidos de maneira cruel e sanguinolenta. No Brasil, por exemplo, em decorrência da disputa de território entre facções, guerra transportada também para o interior das unidades, são comuns execuções em série ou mesmo decapitações. Conquanto se trate de cenas vis e chocantes, estes crimes, não raro, não desafiam um aprofundado esforço investigativo. Mas é certo que são merecedores de prevenção e repressão, pois os envolvidos, ainda que potenciais violadores das leis e dos direitos alheios, não são cidadãos de segunda classe<sup>39</sup>.

Mas o que mais nos preocupa e nos interessa especialmente, neste trabalho, é a continuidade das práticas criminosas externas que não cessaram com o aprisionamento, bem como o despontar de novas incursões delituosas. Isso pode ocorrer tanto pela incapacidade de o Estado interromper a comunicação do recluso com os parceiros extramuros, tarefa cada vez mais penosa, como também em decorrência de novas associações e vínculos gestados no ambiente prisional, o que é ainda mais grave, pois assim a prisão caminha no sentido oposto ao que se propõe: em vez de frear e prevenir delitos, está facilitando-os, criando um verdadeiro “ambiente de negócios” (ilícitos) e permitindo o estabelecimento de novos fluxos e associações criminosas<sup>40</sup>.

De fato, exemplificando com a realidade brasileira, as chamadas facções (ou melhor, organizações criminosas baseadas em prisões<sup>41</sup>), voltadas, sobretudo, para a prática do tráfico de drogas e outros crimes de natureza violenta, responsáveis diretas pelo estado de grave insegurança pública em que imergiu o país nas últimas décadas, nasceram no interior das

---

<sup>39</sup> Cf. STIPPEL e MEDINA GONZÁLEZ, “Discriminación”, p. 1609. Neste *paper*, os autores tratam de um possível *déficit* de investigação de delitos ocorridos no interior de unidades prisionais do Chile, a começar pela dificuldade de compreensão de que um recluso pode ser também uma “vítima”.

<sup>40</sup> O alerta já havia sido feito por FOUCAULT, *Vigiar e punir*, pp. 294-295, que compara as prisões a clubes ou associações onde ocorre “a educação do jovem delinquente que está em sua primeira condenação” e que favorecem “a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as complicitades futuras”.

<sup>41</sup> Cf. B. LESSING, *Inside out: The challenge of prison-based criminal organizations*, Washington, DC, The Brookings Institution, 2016, p. 03.

unidades prisionais locais<sup>42</sup>, em particular, naquelas sujeitas à administração dos Estados, conforme a divisão federativa interna<sup>43</sup>. É bem verdade que até mesmo os Estados Unidos da América viram também surgir no interior das suas prisões as correspondentes gangues<sup>44</sup>, mas a situação brasileira talvez não encontre correspondência, tamanha a sua gravidade e o poder que tais grupos exercem intra e extramuros.

Como explica o cientista político norte-americano BENJAMIN LESSING, dados empíricos de estudo realizado acerca do crescimento de gangues na Califórnia, em El Salvador e em São Paulo demonstram que três elementos estão sempre presentes no aparecimento destes grupos nas prisões: aumento das taxas de encarceramento, deterioração das condições prisionais e métodos equivocados de repressão<sup>45</sup>. Assim se passou com a Máfia Mexicana – também conhecida como Eme, na Califórnia –, com o PCC – Primeiro Comando da Capital, em São Paulo e com a Mara, súcia do aludido país da América Central, mas, evidentemente, há muitos outros exemplos, incluindo o Brasil, onde dezenas de organizações criminosas tiveram seu berço nas combatidas unidades prisionais locais.

Portanto, tem-se, já há muitos anos, um cenário em que os estabelecimentos penais, para além de terem propiciado as condições necessárias ao surgimento destes grupos criminosos organizados, tornaram-se também o ambiente ideal ao seu desenvolvimento e crescimento<sup>46</sup>, especialmente com a arregimentação de novos “faccionados” em meio à massa carcerária. É cediço que as grandes lideranças estão aprisionadas e se valem das relações hierárquicas e de poder ali dentro travadas, exercidas até mesmo perante os agentes estatais, para controlar as ações destas facções, movimentando com habilidade a engrenagem delituosa, assumindo placidamente o comando dos negócios e até mesmo ordenando a prática dos crimes violentos (dentro e fora das cadeias), que assustam e constroem população e alarmam os organismos internacionais, como sequestros, assaltos e chacinas.

As prisões, no Brasil (e em muitos outros países), tornaram-se “escritórios do crime”, expressão comumente empregada para designá-las e abrigam hoje a maior parte da mancha criminal e suas mentes pensantes, apresentando uma atividade delituosa frenética e incessante

---

<sup>42</sup> Cf. N. CARUSO, T. GALENO e R. OLIVEIRA, “A ordem da desordem: condições do cárcere, corrupção e crime organizado”, in T. RAFAELA DE OLIVEIRA PIRES e F. DA SILVA FREITAS (org.), *Vozes do cárcere: ecos da resistência política*, Rio de Janeiro, Kitabu, 2018. p. 257.

<sup>43</sup> Cf. W. NUNES, “Sistema penitenciário federal: o regime prisional de líderes de organizações criminosas”, *Revista Brasileira de Execução Penal*, I, n.º 2, 2020, p. 102.

<sup>44</sup> Cf. D. SKARBEB, *The social order of the underworld: How prison gangs govern the American penal system*, Oxford University Press, Oxford, 2014 *apud* N. CARUSO ET AL, “A ordem da desordem”, p. 257.

<sup>45</sup> Cf. LESSING, *Inside out*, p. 07.

<sup>46</sup> Cf. NUNES, “Sistema penitenciário federal”, p. 103.

entre as suas grades e celas<sup>47</sup>. Em verdade, as prisões e as dinâmicas ali exercidas formaram o ecossistema essencial e ideal ao desenvolvimento da criminalidade que emana destas gangues ou facções<sup>48</sup>, pois permitem a união e o entrelaçamento de pessoas com o mesmo objetivo, a tranquilidade para atuarem em sigilo impunemente e, certamente, uma proteção contra rivais e agentes do Estado que jamais teriam nas ruas.

Logo, os órgãos de persecução penal, ainda que, de um lado, devam trabalhar para reprimir este fenômeno, buscando melhorar a segurança e a inocuização das lideranças (tema que não é objeto do presente trabalho), não podem ignorar o que se passa dentro de algumas prisões, realidade imodificável a curto ou médio prazo em alguns países, como o Brasil. Ao contrário, sabendo da gravidade do problema e da sua difícil solução em um tempo breve, devem, o quanto antes, canalizar seus esforços investigativos para as dinâmicas travadas neste ambiente, o que desafia inúmeras dificuldades, é certo. Parece claro que a busca probatória exercida amiúde extramuros encontra lugar também no interior das alas e pavilhões dos estabelecimentos penais, onde, em muitos casos, elementos relevantes brotam em profusão e podem ser colhidos em sua fonte primária. Há que se pensar nas prisões como um local onde o emprego dos meios de obtenção de prova pode até ser fomentado em meio a esse fogo cruzado de informações ilícitas.

Dentro deste mesmo contexto, pode-se tratar da coleta de elementos probatórios que tem como foco não apenas aqueles internos inseridos nesta criminalidade aguda correlacionada às facções e gangues de base prisional, mas também os presos, mesmo os de comportamento exemplar, que guardam algum conhecimento que interessa aos órgãos de persecução. Mas é certo que devem ser observados, obviamente, em um caso ou em outro, os limites de natureza constitucional que dispomos a abordar neste trabalho.

#### **1.4. Conclusões preliminares**

---

<sup>47</sup> Cf. R. CARNEIRO GOMES, “Prevenir o crime organizado: inteligência policial, democracia e difusão do conhecimento”, *Revista CEJ*, 14, n.º 48, 2010, p. 41. O autor, há 15 (quinze) anos, enumerou: “Nos últimos cinco anos, com inúmeras rebeliões de presos coordenadas simultaneamente e assassinatos de policiais, o crime organizado mostrou de onde surgem os comandos criminosos: dos presídios. É alarmante a quantidade de informações e ordens trocadas dentro de unidades prisionais, enviadas e recebidas do perímetro externo. Por meio de salves, comandam, matam, traficam, roubam, corrompem (policiais e militares ou recrutam ex-policiais para treinamentos), fazem leasing de armamento pesado, escambam drogas por armas, criam sites criptografados, portam minas, granadas e metralhadoras antiaéreas, constroem muralhas, fossos, casamatas, bunkers e levantam barricadas, tanto com o objetivo de obter vantagem econômica ou material indevido como para demonstrar controle e domínio pela difusão do medo, com fechamento de comércio local, eliminação de agentes públicos e seus familiares e facções rivais”. Desde então o quadro se agravou severamente.

<sup>48</sup> Cf. LESSING, *Inside out*, p. 03.

O presente capítulo buscou traçar um breve panorama histórico da prisão, palco dos acontecimentos jurídicos estudados nesta pesquisa. Viu-se que a prisão enquanto lugar, na forma como hoje está delineada, surgiu apenas com a autonomização da prisão enquanto pena, o que ocorreu a partir do século XVIII, com o desenvolvimento das ideias iluministas, do humanitarismo jurídico e do Direito Penitenciário.

Aos poucos, as outras formas de punição foram abandonadas ou preteridas e a prisão foi eleita como a reprimenda preferencial. Ao mesmo tempo, sob a influência de diversos pensadores da época, como CESARE BECCARIA, BENTHAM e sua prisão panóptica e o filantropo e “viajante” JOHN HOWARD, foram concebidos novos estabelecimentos penais, as penitenciárias, com características arquitetônicas que permitiam a aplicação das ideias em voga, nomeadamente em vista do esforço de ressocialização do preso.

Contudo, com o tempo, apesar das enormes expectativas, o modelo prisional começou a revelar seus problemas, como superlotação, estruturas deterioradas, desinvestimento, desregramento, drogas e violência. O encarceramento mostrou-se capaz de impingir sérios danos psicológicos aos internos, fazendo nascer uma subcultura própria que dificultava a ressocialização, para além da falta de privacidade, origem de muitas outras questões. A prisão ainda se revelou um ambiente criminógeno.

Em consequência disso, mas também por conta da inexistência de um estatuto jurídico do preso, notou-se o surgimento de uma criminalidade incessante nos estabelecimentos penais. Fato mais grave ainda, a prisão não foi capaz de interromper as práticas criminosas dos seus encarcerados, o que foi agravado pelos avanços tecnológicos e difusão dos *smartphones*, assim entregando as condições para a criação e o desenvolvimento das chamadas facções prisionais, causadoras de grave problema de insegurança pública em países como o Brasil.

Este cenário aponta para a necessidade de os órgãos persecutórios voltarem suas ações também para o ambiente prisional, lançando mão, neste espaço, dos meios de obtenção de prova, o que faz surgirem preocupações quanto às balizas constitucionais deste enfrentamento, nomeadamente em virtude da colisão com os direitos fundamentais dos presos.

A questão é importante porque o senso comum de que a prisão é lugar de desrespeito, de violações e de ruptura das leis e garantias ou mesmo de simples imposição do poder estatal não pode conduzir à ideia de que tudo pode em matéria probatória naquele espaço. Afinal, por mais que parcela relevante dos seus direitos fundamentais tenha sido comprimida com o encarceramento, como se verá, é fato inquestionável que os reclusos são sujeitos de direitos e não meros fantoches da administração penitenciária, de modo que qualquer ação estatal realizada em tal espaço deve estar sujeita a regras e limites de estatura constitucional. Quais

seriam essas balizas e como seria a obtenção da prova no ambiente prisional é, como já assinalado, o que se pretende divisar ao longo deste trabalho, iniciando-se, na sequência, por bem caracterizar o estatuto jurídico da pessoa presa.

## **2. CAPÍTULO II – OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS**

### **2.1. O preso como sujeito de direitos e a natureza jurídica da sua relação com o Estado**

Como forma de iluminar as discussões que serão tratadas adiante acerca do estatuto jurídico dos reclusos, antes é importante delimitar a sua posição durante uma medida restritiva de liberdade, precisando a natureza do vínculo existente entre o preso e o Estado. É certo, como já salientado, que esta duradoura relação é inequivocamente marcada pela dependência e pela perda de autonomia do recluso<sup>49</sup>, mas é preciso avançar um pouco mais na discussão. E isso depende, em primeiro lugar, da correta caracterização da natureza da execução das penas.

Seguindo este trilha, em diversos ordenamentos a ideia de que a execução penal possuía uma natureza exclusivamente administrativa foi gradualmente abandonada. Na Itália, em Portugal e no Brasil, as respectivas legislações, desenvolvidas nas últimas décadas do século XX, acolheram um processo de jurisdicionalização da execução penal<sup>50</sup>, com a ampliação das competências do magistrado, além da definição do papel do Ministério Público e de outros órgãos colaboradores da Justiça, reconhecendo que a prisão decorrente da sentença condenatória compreendia um prolongamento da função jurisdicional, disto derivando uma série de garantias ao apenado. Como consectário, mesmo as pessoas submetidas a prisões provisórias se beneficiariam deste estatuto.

No Brasil, é dominante a corrente segundo a qual a execução das penas é uma atividade complexa ou mista, uma vez que se espraia tanto na seara administrativa, diante da relação com o Poder Executivo, representada pelas autoridades penitenciárias, responsáveis pela resolução e definição de diversas questões do cotidiano prisional, como na jurisdicional, com o envolvimento direto do Poder Judiciário, por meio do magistrado, conduzindo o processo e solucionando os conflitos, ao tempo em que afere os direitos dos reclusos<sup>51</sup>, tarefa exercida à

---

<sup>49</sup> Cf. A. FERNANDA NEVES, "Os direitos do recluso à luz do Direito Internacional e do Direito Europeu", in C. AMADO GOMES e A. FERNANDA NEVES (coord.), *Direitos do homem e sistema penitenciário: actas da conferência*, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, pp. 23.

<sup>50</sup> Cf. MIRABETE, *Execução Penal*, pp. 01-02.

<sup>51</sup> *Ibidem* e também Cf. LIMA, *Manual de Execução Penal*, p. 32.

luz de princípios constitucionais como o da legalidade, do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, do contraditório e da ampla defesa, da jurisdicionalidade, da igualdade, da individualização da pena e da publicidade<sup>52</sup>. Com esse verdadeiro avanço civilizatório<sup>53</sup>, pôde-se delinear para o recluso um estatuto jurídico que lhe confere novamente o status de ser humano “sujeito de direitos” que se imaginava perdido por ocasião da segregação<sup>54</sup>, como será ainda explicitado no item seguinte.

Dito isso, ao mesmo tempo, surgiram algumas concepções destinadas a explicar a natureza da relação jurídica existente entre o preso e o Estado. Para os que defendiam o caráter administrativo da execução penal, o detento tendia a ser objetificado, mas, com a evolução para a vertente jurisdicional, foram agregadas garantias que o elevaram à categoria de sujeito. Seguindo este raciocínio, as teorias que tratam desta relação jurídica transitam entre estes extremos, explicando o vínculo entre o recluso e a administração penitenciária como algo dependente em maior ou menor grau da sua vontade e autonomia e, automaticamente, com maior ou menor respeito aos direitos fundamentais.

Partindo-se das explanações de A. DE MIRANDA RODRIGUES e D. BORJA MAPELLI CAFFARENA, uma primeira concepção clássica, surgida dentre positivistas alemães dos fins do século XIX, como PAUL LABAND, JELLINEK e OTTO MAYER<sup>55</sup>, apontava a existência de uma relação especial de poder (ou de sujeição) entre o preso e o Estado, a qual pressupunha a imediata submissão da pessoa presa às regras decorrentes do encarceramento<sup>56</sup>. Ao contrário dos cidadãos em liberdade, que possuem uma relação geral de sujeição ao Estado, os presos se sujeitariam a um regime específico<sup>57</sup>. Não haveria, assim, necessidade de lhe tomar qualquer aquiescência ou manifestação de vontade no âmbito da execução da pena e essa asserção estava atrelada à ideia de fragilização ou mesmo negação dos direitos fundamentais do recluso na medida em que isso fosse necessário no curso da sua vida prisional. Em suma, em decorrência

---

<sup>52</sup> Cf. PRADO ET AL, *Direito de Execução Penal*, p. II. PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PENAL.

<sup>53</sup> Cf. SALVADOR NETTO, *Curso de Execução Penal*, p. RB-4.4.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> Cf. D. BORJA MAPELLI CAFFARENA, “Las relaciones especiales de sujección y el sistema penitenciário”, in L. ARROYO ZAPATERO (dir.), *Estudios de Criminología*, I, Cuenca, Servicio de Publicaciones de la Universidade de Castilla – La Mancha, 1993, p. 20.

<sup>56</sup> Cf. A. DE MIRANDA RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito* (Dissertação de Pós-Graduação), Coimbra, Universidade de Coimbra, 1982, pp. 33-35.

<sup>57</sup> Cf. J. PABLO SANCHA DíEZ, *Derechos fundamentales de los reclusos* (Dissertação de Doutoramento), Madrid, UNED, 2017, p. 148. Cf. ainda DIEGO ARIAS, *El derecho*, p. 128, que lembra que essa sujeição geral também não é absoluta, mas limitada pelos direitos dos cidadãos e pelos princípios que regulam a Administração Pública. Ademais, outras categorias também estariam sob esta relação de sujeição especial, embora não forçadamente como os presos, como é o caso dos militares, dos funcionários públicos e dos estudantes. Neste sentido, *idem*, p. 139.

deste estatuto especial a que estaria submetido, o detento passivamente renunciaria a uma parcela relevante dos seus direitos diante da supremacia estatal. Seria a mais pura expressão da função retributiva da pena, como que um castigo dentro do castigo – ver-se sem proteção jurídica do Estado – por ter violado a norma penal<sup>58</sup>.

O fundamento desta teoria não era, evidentemente, simplesmente justificar uma restrição aos direitos dos reclusos, mas garantir que tais direitos não oferecessem resistência às ações que a administração penitenciária necessitasse adotar durante o cumprimento da medida restritiva de liberdade. As dificuldades organizacionais do encarceramento empurravam o Estado a agir despoticamente em relação aos internos com vistas à satisfação dos seus interesses, o que ainda era fruto da então incompreensão do estatuto jurídico desta categoria de pessoas. Em suma, o Estado objetivava flexibilizar o princípio da legalidade e excluir seus atos da tutela judicial, admitindo, como efeito reflexo, limitar os direitos fundamentais dos presos<sup>59</sup>.

Nada obstante, não é difícil imaginar que esta linha de entendimento sofreu diversas críticas ao longo do tempo e com a evolução do pensamento jurídico, que aumentaram à medida em que se (re)posicionou o recluso como pessoa detentora de direitos fundamentais, com a submissão da execução penal a um filtro jurídico-constitucional<sup>60</sup>. De fato, havia o perigo, que se tornou real, de que esta relação especial de sujeição legitimasse toda e qualquer decisão da administração penitenciária quando precisasse alcançar seus objetivos em detrimento de algum direito fundamental dos presos, inclusive adotando interpretações mais restritas ou extensivas quando bem entendesse, justificando seus atos apenas na necessidade de dar cumprimento à sentença condenatória<sup>61</sup>. Efetivamente, havia total negação ao princípio da legalidade, como hoje é concebido, pois os fins almejados pelo Estado punitivo substituíam a lei<sup>62</sup>. Não bastasse, isso poderia obstar a atuação garantidora do juiz, comprometendo o princípio da inafastabilidade da jurisdição<sup>63</sup>, o que também de fato aconteceu.

Na Espanha, como lembra MAPELLI CAFFARENA, o Tribunal Constitucional (TCE), em seguidas decisões, evoluiu sua interpretação acerca desta relação especial de sujeição, passando a entender que a administração penitenciária não escapava do controle judicial e direito algum

---

<sup>58</sup> Cf. MAPELLI CAFFARENA, “Las relaciones especiales de sujeción”, p. 29.

<sup>59</sup> Cf. DIEGO ARIAS, *El derecho*, p. 139.

<sup>60</sup> Cf. RODRIGUES, *A posição jurídica*, p. 172.

<sup>61</sup> Cf. MAPELLI CAFFARENA, “Contenido y límites”, pp. 95-96.

<sup>62</sup> Cf. ELA WIECKO V. DE CASTILHOS *apud* S. AUGUSTIN, *Execução criminal: função jurisdicional ou administrativa*, Caxias do Sul, Plenum, 2007, pp. 78-79. No mesmo sentido, GARCÍA MACHO *apud* DIEGO ARIAS, *El derecho*, p. 135, acrescenta que “*fue muy cómodo para la jurisprudencia tapar los déficits de legalidad utilizando este unguento mágico de las relaciones de especial sujeción*”.

<sup>63</sup> Cf. MAPELLI CAFFARENA, “Contenido y límites”, p. 97.

poderia ser restringido ao simples argumento de que o preso estaria submetido a um vínculo especial de poder com a administração. A decisão tomada na *Sentencia 57/1994*, de 28 de fevereiro, apresenta uma mudança quanto ao entendimento anterior<sup>64</sup>, definindo que a relação entre o preso e a administração penitenciária não pode gerar apenas restrições aos direitos fundamentais dos encarcerados, mas sim uma rede de direitos e deveres recíprocos entre eles<sup>65</sup>. Todavia, a expressão “relação especial de sujeição” continuou nominada mesmo em decisões posteriores, às vezes utilizada como “curinga” e para justificar uma ou outra posição sem esforço argumentativo<sup>66</sup>. O TCE sofreu juízos depreciativos da doutrina, pois até na Alemanha, onde surgiu, a vertente da relação de sujeição especial já havia sido abandonada<sup>67</sup>.

Desta forma, absorvidas as críticas à referida teoria, na doutrina em geral concebeu-se a ideia segundo a qual, na verdade, os reclusos travam com o Estado uma relação jurídica complexa da qual emanam direitos e deveres especiais, desenvolvida de forma entrosada nos planos jurisdicional e administrativo<sup>68</sup>. Assim, de um lado, esta relação permite ao preso a afirmação dos seus direitos fundamentais e a exigência da oferta das condições necessárias à sua reinserção social, o que compreenderia diversas prestações por parte da administração penitenciária<sup>69</sup>. De outro lado, o detento estaria submetido a uma série de deveres inerentes às regras e à convivência no ambiente prisional ou mesmo a restrições de alguns direitos em vista da necessidade de preservação de valores comunitários, a exemplo da segurança e da repressão criminal<sup>70</sup>, o que, à toda evidência, não escaparia da avaliação judicial. De mais a mais, a pena seria um processo de comunicação e aprendizagem social<sup>71</sup>, compreendendo-se a importância das manifestações do recluso e a preocupação com a utilidade do encarceramento.

Mas é fato que, desde então, não mais se pode imaginar que o preso, ou mesmo qualquer outro ser humano, não importa a situação em que se veja, não seja titular de direitos

---

<sup>64</sup> Contudo, a jurisprudência do TCE ainda apresentou alguma vacilação depois deste marco, inclusive padecendo com imprecisões terminológicas. Mais sobre a evolução errática do pensamento constitucional espanhol acerca do tema, cf. SANCHÁ DÍEZ, *Derechos fundamentales*, pp. 156 ss.

<sup>65</sup> Cf. sentença do Tribunal Constitucional da Espanha de 28 de fevereiro de 1994, proferida nos processos n.º 2.302 e 1.445/1991, pesquisável em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1994-6764>, acessado em 20/08/2024.

<sup>66</sup> Cf. DIEGO ARIAS, *El derecho*, p. 136.

<sup>67</sup> Cf. SANCHÁ DÍEZ, *Derechos fundamentales*, p. 153.

<sup>68</sup> Cf. A.PELLEGRINI GRINOVER, A. SCARANCE FERNANDES e A. MAGALHÃES GOMES FILHO, *As nulidades no processo penal*, 11ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 281.

<sup>69</sup> Cf. RODRIGUES, *A posição jurídica*, p. 65.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 171-172. A autora pontua, citando VIEIRA DE ANDRADE e GOMES CANOTILHO: “...o bem-estar a comunidade, a existência do Estado, a segurança nacional, a prevenção e repressão criminal, etc., são valores comunitários com assento ou reconhecimento constitucional que não podem ser sacrificados a uma concepção puramente individualista dos direitos fundamentais”

<sup>71</sup> Cf. MAPELLI CAFFARENA, “Las relaciones especiales de sujeción”, p. 29.

fundamentais<sup>72</sup>, ainda que, como dito, circunstâncias particulares justifiquem restrições que as normas constitucionais autorizem<sup>73</sup>. A despeito disso, não é legítimo nem leal o Estado pensar em realizar atividades de exploração probatória sem garantir aos reclusos o reconhecimento (e a efetivação) dos seus direitos e garantias fundamentais compatíveis com as condições em que se encontram. De fato, o ambiente de caos gera oportunidades probatórias, mas o mundo desejável é o da satisfação dos direitos da massa carcerária, o que viria a legitimar ainda mais as ações dos órgãos de persecução.

De todo modo, a conclusão de que o preso também é sujeito de direitos avulta como premissa basilar e é sustentada pela própria evolução legislativa nos ordenamentos nacionais e nas leis internacionais, rechaçando, definitivamente, a ideia de que os reclusos estavam no campo do não-direito ou inseridos em um regime especial de sujeição<sup>74</sup>. Eles saem das garras muitas vezes obscuras da administração penitenciária e passam, ao menos formalmente, a ostentar uma proteção constitucional. Por outra perspectiva, garante-se um crivo judicial sobre a gestão penitenciária, efetivando-se a máxima segundo a qual não existem esferas de poder isentas de controle<sup>75</sup>.

E o que integraria o portfólio de direitos (e deveres) do recluso? O que esse estatuto jurídico decorrente da sua condição de “sujeito de direitos” garantiria e até onde alcançaria? Afinal, é certo que o édito constritivo, seja ele derivado de uma decisão de prisão cautelar ou de uma sentença condenatória, insere o preso em um espaço confinado onde necessariamente sofrerá uma série de restrições. Além disso, os deveres a que estão adstritos os reclusos são todos típicos? Haveria um dever abstrato ou geral do qual derivariam outras obrigações? Salta aos olhos, portanto, a natureza bem particular do estatuto jurídico do recluso. Mas o que se queda restringido, o que resiste e qual o núcleo mínimo a ser preservado e a amplitude de suas obrigações são questões que nos propomos a abordar a seguir.

## **2.2. Os direitos atingidos pelo édito prisional e/ou condenatório e a delimitação do**

---

<sup>72</sup> Cf. DIEGO ARIAS, *El derecho*, p. 125, que lembra trecho da *Sentencia* 83/1997, de 22 de abril: “*las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario no pueden implicar que «la justicia se detenga en la puerta de las prisiones»*”.

<sup>73</sup> Cf. RODRIGUES, *A posição jurídica*, p. 170.

<sup>74</sup> *Ibidem*. A autora, com propriedade, conclui: “Abandonada a teoria clássica que situava certas relações de vida - designadamente, e pelo que aqui nos interessa, no que se refere aos reclusos - no domínio do 'não-direito' e (ou) rejeitada a tese de que os cidadãos que são regidos por estatutos especiais renunciam aos direitos fundamentais ou ficam numa situação de rejeição que implica uma qualquer *capitis deminutio*, surge definitivamente delineada no horizonte jurídico a unanimidade de posição que vêm o recluso como sujeito de direitos, mantendo relações jurídicas - de onde emergem direitos e deveres - com a administração”.

<sup>75</sup> Cf. SANCHA DÍEZ, *Derechos fundamentales*, p. 160.

## **estatuto jurídico do preso**

Como decorrência lógica do status de sujeito de direitos conferido aos reclusos, eles são titulares de todos os direitos que podem ser hauridos das fontes legais e jurisprudenciais, incluindo-se os direitos humanos ou fundamentais, os direitos sociais e, claro, aqueles direitos de cunho penitenciário, que são consequência da própria relação existente entre eles e a administração prisional<sup>76</sup>.

Importa saber, porém, o que, desta vasta gama de direitos, resta limitado durante o encarceramento. A CRP, por exemplo, define, no n.º 5 do artigo 30.º, que “Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução”. Por sua vez, o n.º 2 do artigo 25 da Constituição da Espanha prevê, de maneira ainda mais direta e sem precedentes no Direito Constitucional comparado<sup>77</sup>, que “*El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria*”<sup>78</sup>.

Nada obstante, não parece óbvia a ideia de que o aprisionamento tem como objetivo comprimir apenas o direito à liberdade. O senso comum, insuflado pelo sentimento da mesma vingança privada há muito retirada do cidadão, indica o desejo da coletividade de que o autor de um crime, especialmente daquele de natureza violenta e que tenham vítimas certas e determinadas, enfrente privações de toda sorte. É frequente imaginar e até mesmo esperar que, durante o período de encarceramento, os reclusos se alimentem parcamente, durmam mal ou pelo chão, padeçam de doenças contagiosas e venéreas, vivam amontoados aos seus pares em recintos imundos e fétidos em meio a roedores e paredes úmidas e mofadas, sofram restrições ou mesmo violações sexuais, enfrentem o calor, frio e o abafamento e sigam completamente alijados da família e da vida social, de preferência no meio do oceano ou em um extremo polar. Aguarda-se, assim, no imaginário popular, que a prisão traga ao encarcerado um pacote adicional de privações e sofrimento, como se a perda da liberdade não bastasse para reparar o mal por ele cometido. Vale lembrar, seguindo esta linha, que o próprio BENTHAM dizia que a prisão deveria oferecer condições piores do que a vida em liberdade, do contrário não assumiria

---

<sup>76</sup> *Idem*, pp. 130 ss.

<sup>77</sup> Cf. DIEGO ARIAS, *El derecho*, pp. 126.

<sup>78</sup> Cf. ESPANHA, Constituição (1978), disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, acessado em 23/09/2024.

a necessária feição de amedrontar e dissuadir o criminoso potencial<sup>79</sup>.

É certo, contudo, que, embora a prisão vise objetivamente limitar parcela do direito à liberdade do indivíduo, invariavelmente outros direitos serão coartados. De fato, alojar centenas ou por vezes milhares de pessoas em um espaço confinado, boa parte delas com passado criminal reprovável e tendências à violência, é ter certeza de que todas perderão muito mais do que a liberdade no bojo desta convivência obrigatória. É o que se chama de “força expansiva dos efeitos repressivos”, algo bem característico da pena de prisão<sup>80</sup>. Afinal, diante do contexto, é praticamente impossível visar apenas a liberdade e não atingir, por via reflexa, outros direitos que estão no seu entorno, malgrado, idealmente, não devessem ser alcançados pelo aprisionamento.

Entretanto, são aceitáveis aquelas afetações reflexas derivadas da própria essência do encarceramento, não as decorrentes das suas más condições, embora, na prática, assim não pareça. Conforme referido, é comum naturalizarem-se a precariedade, a hostilidade e a dureza da prisão como parte do pacote entregue pela decisão de encarceramento. Como lembrou o professor S. LIVINGSTONE, tais condições e restrições já bem características do ambiente prisional tornam concreto o adágio segundo o qual “*prisoners are sent to prison as and not for punishment*” e, mais do que isso, seriam o produto daquele desejo de punição que excede à sentença<sup>81</sup>. O raciocínio se assemelha ao dos que defendem a teoria negativa agnóstica da pena, que lhe retiram qualquer das suas funções idealizadas, remanescendo apenas a restrição de direitos e a imposição da dor<sup>82</sup>.

De todo modo, resta fixada a premissa inafastável de que algo além do direito à liberdade é necessariamente atingido pela decisão que leva uma pessoa à prisão, pressupondo-se também não ser ética e juridicamente desejável um *plus* de sofrimento, especialmente em vista do

---

<sup>79</sup> Cf. J. BENTHAM *apud* CHAUVENET, “Privation de liberté et violence”, *DS*, p. 376.

<sup>80</sup> Cf. MAPELLI CAFFARENA, “Contenido y límites”, p. 88: “¿Qué significado tiene en términos constitucionales estar privado de libertad? Sabemos que a una persona condenada a prisión no se le puede privar de la vida, ni someterlo a tortura. También se reconoce la prohibición de someterlo a tratos inhumanos y degradantes. Pero más allá de estas convenciones a nadie extraña que un condenado pueda ver gravemente mermado su acceso a otros derechos (intimidación, no discriminación, inviolabilidad de domicilio, educación, propia imagen, libertad ideológica y religiosa, seguridad, secreto de las comunicaciones, reunión y asociación, participación, etc.), aunque poco o nada tengan que ver con la privación de libertad”.

<sup>81</sup> Cf. S. LIVINGSTONE, “Prisoners' rights in the context of the European Convention on Human Rights”, *Punishment & Society*, II, n.º 3, 2000, pp. 311-312: “This form of scrutiny therefore provides a means of making concrete the adage that prisoners are sent to prison as and not for punishment. It provides a means of interrogating the prison regime about the extent to which particular restrictions are the product of a desire to punish that is surplus to the sentence itself”.

<sup>82</sup> Cf. C. MERLIN CLÈVE, *Direito Constitucional Brasileiro*, I [livro eletrônico], 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-29.10.

princípio jurídico da dignidade humana, este verdadeiro consenso ético do mundo ocidental<sup>83</sup>, previsto em diversas normas constitucionais e estatutos internacionais. Diante disso, identificar qual parcela dos seus direitos fundamentais é, em um cenário ideal, legitimamente afetada e qual é o estatuto jurídico elementar do recluso são questões que devem ser respondidas, mas sempre dentro de um contexto de jurisdicionalização e constitucionalização da tensa relação travada entre os reclusos e o Estado<sup>84</sup>.

Para além disso, os próprios objetivos do encarceramento podem comprometer direitos fundamentais dos presos. De fato, a reabilitação prisional ou mesmo a necessidade de garantia da segurança, a preservação da disciplina, a manutenção da ordem e a constante busca pela prevenção e repressão de delitos limitam o exercício de direitos pela massa carcerária<sup>85</sup>. Na Espanha, inclusive, a Constituição é expressa ao apontar como fronteiras jurídicas dos presos o conteúdo da sentença, os fins da pena e as regras penitenciárias.

Como visto, portanto, a prisão, ante suas características, suas regras, objetivos e relações ali estabelecidas, é um ambiente que traz severos desafios à questão dos direitos humanos<sup>86</sup>. Ultrapassa os objetivos deste trabalho indicar os meios de preservação e garantia destes direitos no espaço carcerário, competindo-nos apenas, no presente momento, tentar delimitar o estatuto jurídico mínimo do recluso para, mais à frente, trabalhar a questão da obtenção da prova neste microssistema. E parte-se da abordagem realizada pelo professor espanhol MAPELLI CAFFARENA, que refere três categorias de direitos: os necessariamente afetados, os eventualmente afetados e os que em nenhuma hipótese podem ser afetados pela perda da liberdade<sup>87</sup>.

Dentre os primeiros, o autor coloca a liberdade de locomoção e outros que lhes são indissociáveis, como os direitos de reunião, de usufruir sua propriedade e de escolher onde residir. Parece óbvio que é logicamente impossível garantir a um preso o exercício destes direitos, nomeadamente porque, como já se disse, a prisão é a própria antítese da liberdade e

---

<sup>83</sup> Cf. BARROSO, “A dignidade da pessoa humana”, p. 02.

<sup>84</sup> Cf. A. ZENKNER SCHMIDT, “Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal”, in S. DE CARVALHO (org.), *Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 266.

<sup>85</sup> Cf. J. A. BROBST, “The Metal Eye: Ethical Regulation of the State's Use of Surveillance Technology and Artificial Intelligence to Observe Humans in Confinement”, *California Western Law Review*, LV, n.º 1, 2018, p. 74.

<sup>86</sup> Cf. QUARESMA, *RJO*, p. 55. A propósito, convém pontuar, como já bem difundido na doutrina, que os direitos humanos diferenciam-se dos direitos fundamentais unicamente pela sede em que estão previstos: se em declarações ou convenções internacionais, fala-se em direitos humanos; quando positivados em normas internas dos Estados ou países, fala-se em direitos fundamentais. Neste sentido, cf. SARLET, INGO WOLFGANG *apud* BARROSO, “A dignidade da pessoa humana”, pp. 09-10.

<sup>87</sup> Cf. MAPELLI CAFFARENA, “Contenido y límites”, p. 90.

suas derivações. Ainda assim, pode-se entender que a restrição promovida pelo confinamento não é total, pois se fala que algumas dimensões do direito à liberdade ficariam preservadas, nomeadamente aquelas que ultrapassam o plano físico, como, por exemplo, a liberdade religiosa, ao contrário do que ocorre com a faceta da liberdade mais vinculada ao ir e vir<sup>88</sup>.

Os da segunda categoria são aqueles que podem ou não ser atingidos, o que dependerá das condições do encarceramento. Seria o caso, por exemplo, do direito à privacidade, que merecerá análise mais aprofundada no tópico seguinte. O nível de afetação será evidentemente diverso em se tratando de unidade prisional com celas individuais ou coletivas, que autorizem ou não o monitoramento de suas áreas ou que permitam ou não a realização de visitas íntimas. Entretanto, já adiantando nossa posição, a privacidade é dizimada no contexto prisional e merecia compor a categoria anterior. Não por acaso, a doutrina espanhola a coloca como o segundo direito mais afetado pelo encarceramento depois da liberdade<sup>89</sup>.

Por fim, há direitos que em absoluto podem ser maculados na prisão, os quais, ressalta o autor, constituem um núcleo intransponível, tais como a vida, a integridade física e a saúde, não havendo espaço para compressão em decorrência do aprisionamento. Discute-se se uma parcela da privacidade do indivíduo teria lugar nesta categoria. Mas, em suma, a restrição da liberdade não autoriza qualquer nível de restrição a direitos desta envergadura e, mais do que isso, exige da administração penitenciária, no contexto daquela relação complexa de direitos e deveres mantida com os reclusos, a obrigação de bem garanti-los<sup>90</sup>.

Para além destes direitos de cunho material, aquelas garantias de natureza processual e reconhecidas desde o período iluminista, como o devido processo legal e seus desdobramentos – a ampla defesa e o contraditório –, a presunção de inocência, o *nemo tenetur se detegere*, dentre outros, continuam compondo o portfólio de direitos do recluso, não se imaginando que, ao menos em tese, o édito construtivo de algum modo possa reduzi-los, conquanto, no que concerne à vedação da não autoincriminação, algumas considerações devam ser tecidas mais à frente, considerando as particularidades do tema quando do seu entrelaçamento com o ambiente prisional e a exploração probatória ocorrida neste cenário.

De todo modo, diversos diplomas legais hoje garantem um estatuto jurídico robusto aos reclusos, se bem que, em alguns casos, se verifiquem enormes dificuldades para efetivá-lo no

---

<sup>88</sup> Cf. H. PINTO, “Segurança prisional, poder disciplinar e deveres dos reclusos”, in C. AMADO GOMES e A. FERNANDA NEVES (coord.), *Direitos do homem e sistema penitenciário: actas da conferência*, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, p. 126.

<sup>89</sup> Cf. SANCHÁ DÍEZ, *Derechos fundamentales*, p. 245.

<sup>90</sup> Cf. MAPELLI CAFFARENA, “Contenido y límites”, p. 90.

plano material. Normas internacionais, como o Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Civis, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas da Liberdade (“Regras de Tóquio”), as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (“Regras de Mandela”), dentre outras, ajudaram a conformar e bem interpretar regras internas dos Estados europeus, a exemplo do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais (RGEP) – Decreto-Lei n.º 51/2011, de 11 de Abril e do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL) – Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, ambos de Portugal, proporcionando um cabedal extenso de direitos.

O CEPMPL, inclusive, até por ser norma mais recente, elaborada após os avanços trazidos por diplomas anteriores, estabelece, em seu artigo 3º, os princípios orientadores gerais, pontuando a necessidade de respeito a valores como a dignidade da pessoa humana e demais princípios fundamentais consagrados na Constituição da República Portuguesa (CRP), nos instrumentos de direito internacional e nas leis, destacando, ainda, o respeito a interesses jurídicos não afetados pela sentença condenatória ou decisão de aplicação de medida privativa de liberdade<sup>91</sup>. Em seguida, no artigo 6º, antes de elencar, na sequência, os direitos e deveres, deixa claro que o recluso mantém a titularidade dos direitos fundamentais, ressalvando, obviamente, as limitações inerentes ao sentido do édito condenatório ou restritivo, por razões de ordem e segurança do estabelecimento prisional. Importante destacar, ainda, que a legislação portuguesa, assim como a espanhola, em consonância com o quanto consignado acima, pontua que a manutenção da ordem e da segurança do recinto carcerário pode justificar a imposição de limites aos direitos dos detentos, o que se caracteriza como uma cláusula geral de *ultima ratio*<sup>92</sup>.

De mais a mais, as regras penitenciárias preveem uma série de deveres aos presos, sendo desimportante aqui elencá-los, mas apenas situá-los no contexto desta relação complexa travada com o Estado. Se este possui a obrigação de garantir a ordem e a segurança nas prisões, aos reclusos compete o dever geral de observar e seguir todas as regras necessárias ao atendimento de tais objetivos<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Como lembra QUARESMA, in *RJO*, p. 63: “Como se vê, com a natural exclusão do direito à liberdade e as limitações inerentes ao sentido da condenação e a razões ponderosas e definidas de ordem e disciplina, aqui com um renovado apelo de parcimónia no uso, estão vertidos no CEP todos os direitos, liberdades e garantias garantidos pela Constituição e plasmados nos instrumentos internacionais e de boas práticas. É, neste sentido, um diploma completo, garantístico e ambicioso”.

<sup>92</sup> Cf. RODRIGUES, *A posição jurídica*, p. 185.

<sup>93</sup> Cf. SANCHA DÍEZ, *Derechos fundamentales*, p. 143. O autor refere trecho da já mencionada *Sentencia* 57/1994.

Enfim, assim se delimita o estatuto jurídico do preso, o qual, como visto, no dizer de A. DE MIRANDA RODRIGUES, tem uma natureza especial, eis que necessariamente restritivo<sup>94</sup>. Não lhe cabe, por isso, exigir uma menor intervenção em seus direitos fundamentais, especialmente nas hipóteses em que as restrições que sofre são aquelas que decorrem de condições intrínsecas do cárcere, respeitados, obviamente, o critério de proporcionalidade e a dignidade humana, este o limite absoluto das compressões<sup>95</sup>. E vem bem a calhar nesta discussão, como já sinalizado, a privacidade do preso, direito invariavelmente coartado no ambiente prisional, mas de elevada centralidade para a temática probatória, por isso será mais detalhadamente abordado a seguir.

### 2.3. O direito à privacidade e a sua extensão na prisão

Talvez não exista ou tenha existido, na história da humanidade, um espaço tão desafiador para a privacidade humana como os estabelecimentos penais. De fato, a convivência obrigatória, longa e praticamente ininterrupta entre vários indivíduos, em muitos casos com dois ou (muito) mais pouco dispostos a relações amistosas e compartilhando recintos pequenos, bem como o contínuo monitoramento, cada vez mais eficiente e (por vezes necessariamente) invasivo com o avanço do estado de insegurança e dos recursos tecnológicos, tornam a privacidade um dos direitos mais reflexamente atingidos com o édito prisional, comprometendo, ainda, a dignidade no cumprimento da prisão<sup>96</sup>. Como registrado em multicitada passagem da *Sentencia* 89/1987, de 03 de junho, do TCE, “*una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior*”<sup>97</sup>.

A privacidade, antes delineada como um direito de cunho burguês ou elitista – pessoas célebres foram as primeiras a reclamarem judicialmente sua proteção, o que talvez explique

---

<sup>94</sup> Cf. RODRIGUES, *A posição jurídica*, p. 172.

<sup>95</sup> *Idem*, pp. 175 e 178.

<sup>96</sup> Cf. QUARESMA, *RJO*, p. 65-66. Com precisão, o autor refere: “Com a sobreocupação de celas e alojamento em camarata eruptem questões potencialmente violadoras dos direitos fundamentais e que obscurecem a afirmada dignidade no cumprimento da pena. Basta pensar na necessidade de partilha de um espaço lotado com pessoas com as quais não há intimidade, muitas delas com poucas capacidades relacionais, por vezes violentas, expondo os elementos mais frágeis a jogos de poder, intimidação e a influências negativas no ensaio do projecto de ressocialização, pondo em causa o direito à integridade física e à segurança individual, tudo agravado pela pressão gerada sobre os elementos da vigilância, também eles afectados por controlos de custos e afectação de pessoal, que vêm dificultada a tarefa de controlo e prevenção de violência entre a população reclusa, num ambiente interno mais efervescente. Acrescem questões conexas como a praticabilidade de um direito de preservação da intimidade e dignidade quando a partilha do espaço impõe limitações à posse de objectos permitidos, à personalização do espaço como via de aproximação à realidade exterior e constrangimentos sérios, como a utilização de instalação sanitária comum sem privacidade”.

<sup>97</sup> Cf. sentença do Tribunal Constitucional da Espanha de 03 de junho de 1987, proferida no processo n.º 216/1986, pesquisável em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1987-14753>, acedido em 23/09/2024.

essa asserção<sup>98</sup> –, há muito já possui o status de garantia fundamental e ordinariamente tutelada em âmbito constitucional, independentemente da condição socioeconômica do cidadão. Com efeito, já se observou que a privacidade e a vulnerabilidade econômica são conceitos que, na realidade prática, não costumam se misturar, pois há uma tendência em se entender que os desfavorecidos não merecem (muito porque não reclamam) a defesa da sua privacidade. À toda evidência isso não procede e não impede que grupos como a massa carcerária, cujos membros invariavelmente pertencem a essa classe desprovida de recursos, tenham direito a uma proteção neste campo<sup>99</sup>, a despeito do enorme desafio de se operacionalizá-la na prática.

Embora a doutrina aponte as dificuldades de se defini-la, modernamente a privacidade é concebida, a partir de ensinamentos hauridos de outras ciências, como a Filosofia, a Psicologia e a Sociologia, mais do que um direito de não ser incomodado ou de simplesmente se isolar, como um meio de proporcionar ao indivíduo ferramentas de estruturação da sua própria personalidade e que servirão nos seus processos de comunicação e relacionamentos, o que ganha especial pertinência no mundo tecnológico atual<sup>100</sup>. Exercer a privacidade, assim, é ter garantido um espaço vital, preservado de intervenções do Estado ou de terceiros, que permite o indivíduo fazer suas escolhas livremente e assim poder moldar sua individualidade. Também integra a noção de privacidade a ideia de controle sobre o que os outros sabem sobre si, suas intimidades, pensamentos e crenças<sup>101</sup>. Mas o tema, como dito, é complexo e aí não se esgotam as considerações.

Diz-se que a privacidade possui diferentes acepções, podendo-se falar, conforme definição da Suprema Corte Americana, na *decisional privacy* – que compreende o direito de o indivíduo não sofrer interferências em suas decisões e de agir livremente – e na *informational privacy* – que abarca o direito de resguardar dados e informações pessoais<sup>102</sup>. Entretanto, é no continente europeu, onde o n.º 1 do artigo 8.º da CEDH consagra que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”, que o direito à privacidade é garantido como um verdadeiro direito de construção da personalidade, com maior proteção da *decisional privacy*, ao contrário dos Estados Unidos da

---

<sup>98</sup> Cf. D. DONEDA, *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais* [livro eletrônico], São Paulo, Revista dos Tribunais, 2021, p. RB-1.1.

<sup>99</sup> *Ibidem*, citando ALBERT BENDICH.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> Cf. W. BÜLOW, “Treating Inmates as Moral Agents: A Defense of the Right to Privacy in Prison”, *Criminal Justice Ethics*, XXXIII, n.º 1, 2014, p. 07.

<sup>102</sup> Cf. T. AZARCHS, “Informational Privacy: Lessons from Across the Atlantic”, *Journal of Constitutional Law*, XVI, 2013, p. 807.

América, sede em que a privacidade é vista muito mais como um direito contra o governo, com maior preponderância da *informational privacy*<sup>103</sup>. De fato, na Europa a privacidade é concebida como uma liberdade positiva, no sentido de permitir o indivíduo definir sua própria personalidade, enquanto nos Estados Unidos da América é vista como uma liberdade negativa, pois visa impedir o governo de interferir neste processo<sup>104</sup>.

De mais a mais, também é corrente falar que a privacidade possui camadas, definidas conforme o nível de proteção que os pensamentos, reflexões, informações, ações e comportamentos guardados nos recônditos da individualidade merecem. Neste contexto, é pertinente a “teoria dos níveis” desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG) a partir do julgamento acerca da apreensão de um diário íntimo, segundo o qual haveria um primeiro nível intangível, consistente no núcleo dos direitos da personalidade, tendo se desenvolvido a teoria da *core-area-concept*<sup>105</sup>; um segundo nível, com declarações menos íntimas; e um terceiro nível, com informações passíveis de socialização sem maiores consequências<sup>106</sup>. Em alguns casos, é penosa a tarefa de definir em qual nível se encaixa determinado estrato do pensamento ou certas informações pessoais. Mas é igualmente difícil decidir se há áreas consideradas invioláveis sob qualquer pretexto, o que guarda enorme importância para o tema da produção probatória, já que, atualmente, há meios de obtenção de prova capazes de acessar (indiretamente, é claro) os confins da mente de qualquer indivíduo.

M. GARCÍA MORENTE *apud* J. LUIS DE DIEGO ARIAS também traz uma visão interessante sobre o tema. Ele compara a vida privada da pessoa a um cone no qual a base está em contato com o mundo exterior. E quanto mais se afasta da base e se aproxima do vértice, acessam-se áreas que, a rigor, devem estar reservadas ao conhecimento exclusivo do indivíduo<sup>107</sup>.

Há, de fato, questões que estão guardadas no âmago das pessoas e que, como norma, não devem vir a público, não apenas porque, no caso concreto, sua divulgação pode lhes gerar algum prejuízo ou constrangimento grave, mas também e principalmente porque o ordenamento jurídico deve garantir a salvaguarda destas informações como regra geral e permitir a gestão de um ambiente psíquico propício ao correto desenvolvimento das individualidades. Entretanto,

---

<sup>103</sup> *Idem*, pp. 828-829.

<sup>104</sup> *Idem*, p. 830.

<sup>105</sup> Cf. C. ROXIN, “Involuntary Self-Incrimination and the Right to Privacy in Criminal Proceedings”, *Israel Law Review*, XXXI, n. ° 1-3, 1997, p. 89.

<sup>106</sup> Cf. T. HARTMANN MARTINEZ, *Os direitos fundamentais X segurança pública: a admissibilidade de métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital* (Dissertação de Mestrado), Lisboa, Universidade de Lisboa, 2019, p. 46.

<sup>107</sup> Cf. DIEGO ARIAS, *El derecho*, pp. 42-43.

em situações de conflitos entre a privacidade de um indivíduo e outros direitos igualmente importantes e titularizados por um maior número de pessoas, como a segurança pública, novamente elementos balizadores como a dignidade da pessoa e a proporcionalidade serão invocados para colaborar com uma solução<sup>108</sup>.

A propósito, ratificando que a proteção da privacidade não é absoluta, o n.º 2 do artigo 8º da CEDH estabelece que este direito pode ser flexibilizado quando “esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”<sup>109</sup>. Conforme já decidiu por diversas vezes o próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), restrições de um direito fundamental, mesmo a privacidade, podem ocorrer nas hipóteses de necessidade social imperiosa em uma sociedade democrática<sup>110</sup>.

Por fim, sob outro prisma, pode-se falar que a privacidade se espalha sobre alguns aspectos da vida humana. Defende-se, assim, a existência de uma privacidade corporal, que garante o controle de acesso físico à pessoa, protegendo ainda o sentimento de pudor; uma privacidade do domicílio, que permite o indivíduo reger seu espaço pessoal e a territorialidade à sua volta, além das informações que podem ser extraídas a partir destes domínios; e uma privacidade comunicacional, que reserva o sigilo das interações sob vários aspectos<sup>111</sup>.

Voltando ao ambiente prisional, mesmo aquele núcleo duro da privacidade pode sofrer severas restrições em virtude das próprias circunstâncias naturais do cárcere. E note-se que regime celular foi idealizado, ao longo do arranque penitenciário, não apenas para facilitar o cumprimento das novas normas prisionais e garantir a segurança, a disciplina e a sonhada ressocialização, mas também com o objetivo de proporcionar uma maior privacidade e dignidade ao preso, ao menos nos seus momentos de recolhimento<sup>112</sup>. Neste sentido, inclusive, diversos países inseriram em suas legislações normas destinadas a garantir um mínimo de

---

<sup>108</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade, J. REIS NOVAIS, in *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 51-52, testifica que se trata do padrão identificador da relação entre o Estado e o indivíduo, ajudando a conformá-la.

<sup>109</sup> Cf. P. DE SOUSA MENDES, “A privacidade digital posta à prova no processo penal”, *Quaestio Facti, Revista internacional sobre razonamiento probatório*, n.º 2, 2021, p. 235.

<sup>110</sup> Cf. L. BACHMAIER WINTER, “Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in *2º Congreso de Investigación Criminal*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 168.

<sup>111</sup> Cf. DIEGO ARIAS, *El derecho*, p. 278.

<sup>112</sup> Cf. L. ESTEBAN DELGADO DEL RINCÓN, “Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 18, 2006, p. 196.

privacidade aos internos. Mas é realmente complicado imaginar que dentro de um estabelecimento penal um indivíduo possa desenvolver plenamente suas individualidades. Sua privacidade é flexibilizada seguidamente até mesmo mediante ações determinadas sumariamente pela administração penitenciária em nome das regras prisionais<sup>113</sup>. Questiona-se, inclusive, se a perda da privacidade no cárcere não seria, na prática, uma punição auxiliar da medida, mas evidentemente se trata de uma consequência incidental do aprisionamento<sup>114</sup>, que é inerente à própria natureza da prisão<sup>115</sup>.

O recluso vive em um estado de vigilância constante, pois, sob a perspectiva da gestão prisional, é urgente saber o que faz e projetar o que pretende fazer<sup>116</sup>. Esses objetivos são reforçados pela própria arquitetura do local. Malgrado os avanços do regime celular, máxime quando comparado com as enxovias e outras áreas coletivas do Antigo Regime, as grades e postigos nas portas tornam as celas recintos completamente devassáveis aos olhos dos agentes de segurança e dos demais detentos<sup>117</sup>. Outrossim, a frequente ausência de armários ou compartimentos fechados obriga os presos a deixarem expostos mesmos os objetos, fotos e escritos que desejariam resguardar. Não raramente, até no banheiro e no momento de satisfazer suas necessidades os reclusos são minuciosamente inspecionados<sup>118</sup>. E a convivência compulsória com outros internos, algo irremediavelmente comum em vista da superlotação, comprime a privacidade ao máximo<sup>119</sup>, deixando a sua intimidade para momentos e espaços cada vez mais reduzidos. De fato, compartilhar uma pequena cela com um único estranho pode produzir o mesmo efeito de uma superlotação<sup>120</sup>.

---

<sup>113</sup> Cf. MAPELLI CAFFARENA, “Contenido y límites”, pp. 88-89.

<sup>114</sup> Cf. SCHWARTZ, “Deprivation”, *JCLC*, p. 230.

<sup>115</sup> Cf. RODRIGUES, *A posição jurídica*, p. 179.

<sup>116</sup> Cf. SCHWARTZ, “Deprivation”, *JCLC*, p. 236.

<sup>117</sup> Cf. F. ERNESTO CARDOSO MACIEL, *O mandado de busca e apreensão genérico: análise sob a perspectiva do Estado democrático de direito* (Dissertação de Mestrado), Lisboa, Universidade de Lisboa, 2019, p. 97.

<sup>118</sup> Cf. SCHWARTZ, “Deprivation”, *JCLC*, p. 235.

<sup>119</sup> Cf. SERGE *apud* SCHWARTZ, “Deprivation”, *JCLC*, p. 232, que traz relato interessante: “*Three men are brought together in a cell by chance. Whatever their differences, they must tolerate each other; relentless intimacy twenty-four hours a day. Rare is the day when at least one of them is not depressed. Irritable or gloomy, at odds with himself, he exudes a sort of invisible poison. You pity him. You suffer with him. You hate him. You catch his disease.... The presence of a slob fills the cell with snoring, spitting, belching-nauseating smells and filthy gestures. Each does his business in front of the other two. But perhaps the worst intimacy is not that of bodies. It is not being able to be alone with yourself. Not being able to remove your face from the prying glance of others. Betraying, with every tic, at every moment, the secret of an obtusely disturbed inner life*”.

<sup>120</sup> Cf. O. MILHAUD, e D. MORAN, “Penal space and privacy in French and Russian prisons”, in D. MORAN, N. GILL e D. CONLON, *Carceral spaces: Mobility and agency in imprisonment and migrant detention*, Routledge, New York, 2013, pp. 172. Os autores colacionam depoimento semelhante: “*In France, confinement in small cells was particularly problematic because of the intimacies which are inevitable in this spatial arrangement: ‘When there are two of you [in the same cell], it is overcrowding. There is always someone with you. Whenever you eat, wash yourself, go to the toilet, cry, there are always two of you. There is no privacy. It is difficult...*”.

Para além disso, uma análise dos casos julgados pelo TEDH revela diversas situações que exemplificam restrições legítimas ao direito à vida privada do preso. Assim, no caso *Ciupercescu v. Romênia* (2020)<sup>121</sup>, um recluso colocou em causa o controle exercido pela unidade prisional acerca das ligações telefônicas que efetuava. É que a Prisão de Jilava, onde estava custodiado, por razões de segurança e prevenção de crimes, filtrava e limitava os números telefônicos para os quais o detento pretendia ligar. O TEDH não reconheceu a existência de violação ao artigo 8.º da CEDH, considerando justificada a intervenção na vida privada e na correspondência do interno.

Diante disso, questiona-se: é razoável esperar que o recluso usufrua, de fato, alguma privacidade na prisão? Acresce-se, é-lhe legítimo opor esta garantia às investidas da administração penitenciária, ainda que em determinados e pontuais recortes da sua jornada prisional? A questão ganha importância no que concerne ao objeto principal desta investigação (que diz respeito às investidas do Estado investigador), pois, como já salientado, privacidade, direitos fundamentais, prova e interesse dos órgãos de persecução são questões que aqui propusemos interligar.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, durante o julgamento do caso *Katz v. United States* (1967)<sup>122</sup>, introduziu a *Reasonable Expectation of Privacy Doctrine*. Na hipótese, o apostador esportivo Charles Katz foi investigado pelo FBI por práticas ilegais em suas atividades, tendo sido instalado um dispositivo eletrônico de escuta e gravação na parte externa da cabine telefônica (situada na rua) de onde as ligações foram feitas. Mas, ao ser preso e formalmente acusado, alegou a ausência de mandado e que as gravações violavam a IV Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América<sup>123</sup>. Ao final, os juízes da Suprema Corte reconheceram a ilegalidade dos atos investigatórios dos agentes governamentais, entendendo que era expectável a privacidade naquele recinto e que o mandado era necessário<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Cf. acórdão do TEDH de 07 de janeiro de 2020, *Ciupercescu v. Romênia*, proferido nos processos ns.º 41995/14 e 50276/15, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-200045>, acessado em 29/08/2024.

<sup>122</sup> Cf. acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos de 18 de dezembro de 1967, *Katz v. United States*, proferido no processo nº 389 U.S. 347 (1967), pesquisável em <https://www.supremecourt.gov/>, acessado em 31/08/2024.

<sup>123</sup> Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *United States Constitution, VI Amendment* (1791), disponível em <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-4/>, acessado em 26/08/2024, que assim dispõe: *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*

<sup>124</sup> Em outras situações, como no caso de quem armazena documentos no computador da biblioteca de uma universidade ou em um *hardware* de proveniência ilícita ou, ainda, quem disponibiliza o uso de sua máquina para compartilhamentos de arquivos em *softwares* do tipo *peer-to-peer*, não há razoável expectativa de privacidade. Neste sentido, cf. R. WITTLER CONTARDO, “Apreensão de correio eletrônico em Portugal: presente e futuro de

O que chamou a atenção na decisão foi o voto concordante do Juiz JOHN MARSHALL HARLAN II, que construiu um esquema de dois questionamentos – conhecido como “teste de Katz” – para saber se há violação à IV Emenda: primeiro, indaga-se se há uma expectativa real (subjéctiva) de privacidade e, segundo, pergunta-se se a expectativa é tal que a sociedade esteja preparada para reconhecê-la como razoável. No caso, ele concluiu que Charles Katz tinha a expectativa razoável, aos seus olhos e do público, de que suas conversas não seriam interceptadas. Estava formatada, assim, a *Reasonable Expectation of Privacy Doctrine*. Conforme definido, a IV Emenda confere proteção a pessoas e não a lugares<sup>125</sup>.

A questão foi mais uma vez enfrentada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Hudson v. Palmer* (1984)<sup>126</sup>, mas agora no contexto do ambiente carcerário. Na situação concreta, o agente prisional Ted Hudson e um colega entraram na cela do preso Russell Palmer com o objetivo de realizar uma busca e o recluso alegou que teria havido violação ao seu direito à privacidade previsto na IV Emenda. Novamente, os critérios construídos em *Katz v. United States* (1967) foram utilizados, tendo-se concluído que os detentos não têm expectativa de privacidade em suas celas. Em seus argumentos, os juízes pontuaram que, considerando a volatilidade da comunidade prisional, formada por indivíduos concretamente inclinados a práticas criminosas, muitas delas violentas, é obrigação da administração prisional adotar as medidas necessárias e razoáveis à garantia da segurança daquele ecossistema, tarefa que seria deveras penosa acaso os reclusos mantivessem o direito à vida privada em suas celas. Logo, no balanço destes interesses, a Suprema Corte norte-americana concluiu que a expectativa de privacidade aqui não seria legítima nem razoável, afastando, pois, a cobertura da IV Emenda dentro do recinto prisional<sup>127</sup>.

Críticas à parte ao “teste de Katz” e ao modo utilizado pela jurisprudência norte-

---

uma questão de « manifesta simplicidade »”, in MENDES, PAULO DE SOUSA e PEREIRA, RUI SOARES (coord.), *Novos desafios da prova penal*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 297.

<sup>125</sup> Cf. P. YAK, “Hudson v. Palmer: Return to the Hands-Off Approach to Prisoners’ Rights?”, *Pace Law Review*, V, n.º 4, 1985, p. 781.

<sup>126</sup> Cf. acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos de 03 de julho de 1984, *Hudson v. Palmer*, proferido no processo nº 486 U.S. 517 (1984), pesquisável em <https://www.supremecourt.gov/>, acessado em 31/08/2024.

<sup>127</sup> Cf. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, *Hudson v. Palmer*, p. 468 U.S. 528: “A right of privacy in traditional Fourth Amendment terms is fundamentally incompatible with the close and continual surveillance of inmates and their cells required to ensure institutional security and internal order. We are satisfied that society would insist that the prisoner’s expectation of privacy always yield to what must be considered the paramount interest in institutional security. We believe that it is accepted by our society that ‘[l]oss of freedom of choice and privacy are inherent incidents of confinement.’ *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. at 441 U.S. 537”. Convém pontuar a posição contrária de RODRIGUES, in *A posição jurídica*, p. 179, que diz: “Não é assim legítimo, hipoteticamente, a pretexto de uma ideia de segurança, anular completamente a esfera de intimidade privada do recluso”.

americana para definir os critérios da *Reasonable Expectation of Privacy Doctrine*<sup>128</sup>, ficou clarificado que os reclusos não podem esperar uma proteção da privacidade semelhante à da que gozavam extramuros. Note-se, inclusive, que posteriormente a Suprema Corte entendeu que mesmo as pessoas em liberdade condicional (*parolees*) ou submetidas a penas alternativas (*probationers*) teriam expectativa de privacidade limitada, razão pela qual devem se sujeitar a buscas em seus *smartphones* sem necessidade de prévio mandado judicial<sup>129</sup>.

Seguramente é cabível, em uma situação ou outra, um escudo contra ações desproporcionais que maculem a dignidade do preso como ser humano, que não precisa ser exposto e devassado desnecessária ou abusivamente. É o caso, por exemplo, da instalação de câmeras nas celas dos presos para monitoramento ininterrupto e sem motivos concretos, situação tratada pelo TEDH em alguns julgamentos, como será abordado adiante. A vida do preso não deve ser tornar um *frame* da obra de G. ORWELL e, em determinados momentos, cabe-lhe se recolher em seu habitáculo (ou em torno de si mesmo) sem olhares e interferências do Estado.

Além disso, a jurisprudência do TEDH nos fornece outras situações em que a violação à privacidade, em nome da segurança, apresenta-se abusiva. Como exemplo, tem-se o caso *Szafrański v. Polónia* (2015)<sup>130</sup>, no qual um recluso questionou as condições de detenção na Prisão de Wronki, referindo, dentre outras questões, que as instalações sanitárias eram separadas das celas apenas por uma divisória baixa de fibra da madeira, o que comprometia severamente a privacidade de todos que ali estavam abrigados. O TEDH acabou reconhecendo que houve violação ao artigo 8.º da CEDH, embora não tenha desenvolvido de forma mais profunda o conceito de privacidade, assentando, ao menos, que uma interferência deste sentido na esfera íntima do recluso é descabida e viola sua dignidade.

O reconhecimento dessa esfera de individualidade mínima, que a rigor independe das circunstâncias e até mesmo do local em que a pessoa se encontre, não obsta, no caso do preso, evidentemente, incursões que se mostrem necessárias (notadamente para a coleta de evidências, quando justificadas) e/ou decorrentes da rotina penitenciária. Por isso, excessos à parte, a

---

<sup>128</sup> Cf. J. P. McLOUGHLIN JR., F. E. HUSETH, e C. R. PRATE, “Challenging Prosecutorial Use of a Pretrial Detainee’s Electronic Communications”, *Southern California Review of Law and Social Justice*, XXXIII, n. ° 1, 2024, p. 102.

<sup>129</sup> Cf. O. FIORAVANTI JÚNIOR, “Pesquisa em *smartphones* não encriptados pela Autoridade Policial, durante a Prisão em Flagrante”, in MENDES, PAULO DE SOUSA e PEREIRA, RUI SOARES (coord.), *Novos desafios da prova penal*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 322-323.

<sup>130</sup> Cf. Acórdão do TEDH de 15 de dezembro de 2015, *Szafrański v. Polónia*, proferido no processo n.º 17249/12, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-159205>, acessado em 31/08/2024.

conclusão norte-americana soa correta no que concerne à sua ideia central: não há como se exercer plenamente a privacidade na prisão e muito menos tomá-la como um direito absoluto e oponível contra tudo e contra todos, incluindo o esforço investigativo estatal. Uma vez ali recolhido e independentemente das condições do aprisionamento, não resta ao preso senão aceitar que, além da liberdade, diversos outros direitos serão reflexamente afetados, dentre eles, e talvez principalmente, a sua privacidade, por vezes em nome de outros valores tão ou mais importantes.

Como será tratado mais à frente, será interessante abordar como se comporta a produção probatória neste contexto, mas, antes, vela-nos investigar como os reclusos, no estado passivo e devassado em que se encontram, podem ser levados a produzir provas contra si mesmos, desafiando a amplitude do *nemo tenetur se detegere*. Mesmo porque, como lembra C. ROXIN, “*an invasion of privacy by the state will often result in involuntary self-incrimination*”<sup>131</sup>.

#### **2.4. O *nemo tenetur se detegere* e sua amplitude no contexto prisional**

Do princípio da não autoincriminação decorre o entendimento segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Frequentemente é associado ao brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, que se traduz por “ninguém é obrigado a se descobrir”. Desenvolveu-se com o avanço e as influências do movimento iluminista no processo penal e com o gradual abandono das ideias medievais e inquisitivas que concentravam a produção probatória na pessoa do réu, designadamente em seu interrogatório e na busca desenfreada pela sua confissão, a intitulada “rainha das provas”<sup>132</sup> ou “a melhor, mais clara e menos dispendiosa de todas”<sup>133</sup>. Por isso, ao mesmo tempo em que é modalidade de autodefesa passiva<sup>134</sup>, é também expressão do princípio acusatório e do ônus que recai sobre o órgão detentor do *jus puniendi*, lembrando que lhe cabem, e não ao acusado, os esforços probatórios direcionados à reconstrução histórica dos fatos.

Em verdade, o reconhecimento desta garantia de cunho processual fincou um marco divisor entre os processos inquisitivo e acusatório, preservando a liberdade declarativa do

---

<sup>131</sup> Cf. ROXIN, “Involuntary Self-Incrimination”, *ILR*, p. 74. Além disso, lembra QUEIJO, in *O direito de*, p. 359, que a expressão latina *nemo tenetur se detegere*, que significa “ninguém é obrigado a se descobrir”, tem estreita ligação com a intimidade, pois, acrescentamos, descobrir-se, em algum sentido, pode ser o mesmo que se desnudar.

<sup>132</sup> Cf. G. SILVEIRA DE QUEIRÓS CAMPOS, *Princípios do Processo Penal – Teoria, Jurisprudência e Direito Internacional*, Salvador, Editora Juspodivm, 2021, p. 75.

<sup>133</sup> Cf. BEAUMANOIRE *apud* H. CHRISTODOULOU, “Le silence à propos de la relativité d'un droit essentiel”, *Lexbase pénal*, n.º 48, 2022, disponível em <https://publications.ut-capitole.fr/id/eprint/45393/>, acessado em 01/09/2024, p. 02.

<sup>134</sup> Cf. R. BRASILEIRO DE LIMA, *Manual de Processo Penal: volume único*, Salvador, Juspodivm, 2020, p. 71.

indivíduo. Por isso é que tanto mais sedimentado esteja o *nemo tenetur* em um determinado ordenamento, mais afastado estará do antigo processo penal, que tinha verdadeiro fascínio por extrair da figura do suspeito/acusado, mediante qualquer meio, os elementos de prova vindicados, pois era através da confissão que se solucionavam os casos. Conforme destacado por M. DA COSTA ANDRADE, qualquer contributo do arguido deve decorrer de uma “afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade”, de modo que seja “senhor das suas declarações”<sup>135</sup>.

Trata-se, assim, de axioma delimitador que costuma assumir lugar constitucional nos ordenamentos democráticos, conquanto nem sempre da literalidade dos textos se infira o seu conteúdo integral, o que pode demandar alguma operação interpretativa. É o caso da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), cujo inciso XIII do artigo 5.º consagra apenas o direito ao silêncio (que é somente um dos desdobramentos do *nemo tenetur*, como se verá abaixo), o que não obsta o reconhecimento, nesta sede, da garantia com todas as suas acepções<sup>136</sup>. A questão é ainda menos evidente na CRP, mas há consenso doutrinário e jurisprudencial de que o princípio tem natureza constitucional<sup>137</sup>, podendo ser extraído das garantias de processo criminal do artigo 32.º, malgrado a ausência de postulado explícito. Por sua vez, a Constituição dos Estados Unidos da América acolheu o princípio em sua V Emenda<sup>138</sup>, ainda no ano de 1791 com a *Bill of Rights*, consagrando o *privilege against self-incrimination*, o que foi responsável, à época, por alavancar o reconhecimento desta garantia<sup>139</sup>. Foi a partir deste contexto, inclusive, que anos depois a Suprema Corte dos Estados Unidos da América proferiu a famosa decisão que resultou nos *Miranda Warnings*, relacionados especificamente ao direito ao silêncio.

No que concerne ao âmbito europeu, a CEDH também não refere expressamente o *nemo tenetur se detegere*, mas o TEDH já teve diversas oportunidades de abordar a questão e consolidar o entendimento de que se trata de garantia a ser reconhecida em caráter universal<sup>140</sup>.

---

<sup>135</sup> Cf. M. DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 121/122.

<sup>136</sup> Cf. CAMPOS, *Princípios do Processo Penal*, p. 76.

<sup>137</sup> Cf. P. DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 123.

<sup>138</sup> Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *United States Constitution, VI Amendment (1791)*, disponível em <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-5/>, acessado em 26/08/2024, que assim dispõe: *No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself.*

<sup>139</sup> Cf. B. GIMENES CESCA, “Aspectos processuais penais da garantia da não autoincriminação nas Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos”, *Revista de Informação Legislativa*, LX, n.º 239, 2023, p. 209.

<sup>140</sup> *Idem*, p. 210. Lembra o autor que: “O primeiro caso em que o TEDH reconheceu essa garantia foi em *Funk v. França* (1993) (SILVANO, 2017, p. 184). A partir daí sedimentou-se a jurisprudência, podendo ser citados, entre outros, os casos *John Murray v. Reino Unido* (1996) e *Jalloh v. Alemanha* (2006). Na doutrina, Chiavario

Neste sentido, apregoa a Corte de Estrasburgo que o *nemo tenetur* é derivado do direito ao processo equitativo previsto no seu artigo 6º.

Por outro lado, como sinalizado acima, não se pode confundir o *nemo tenetur se detegere* com o direito ao silêncio ou de ficar calado, sendo esta espécie de liberdade declarativa negativa apenas um dos seus desdobramentos<sup>141</sup>. Em seu conteúdo compreendem-se ainda o direito de não ser constrangido ou impelido, sob qualquer forma, inclusive fraudulenta, a confessar; a inexigibilidade de dizer a verdade (o que, ao nosso sentir, não corresponde a um direito de mentir, comportamento que demonstra má-fé e não pode ser tolerado no processo justo); o direito de não praticar qualquer comportamento ativo incriminador, que corresponde ao brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare* ou “ninguém é obrigado a se autoacusar”; e o direito de não produzir prova incriminadora invasiva, máxima relacionada aos meios de obtenção de prova que demandam intervenções corporais, que podem ser invasivos ou não invasivos, estes de mais fácil aceitação<sup>142</sup>.

Por isso, muito se discute sobre a amplitude do *nemo tenetur se detegere*, designadamente nos casos em que a obtenção de uma prova depende de algum comportamento ativo do acusado (*nemo tenetur se ipsum accusare*) e quando o método empregado tem natureza invasiva. É entendimento majoritário no Brasil e na generalidade dos ordenamentos que o réu ou investigado não pode se eximir de participar de atos probatórios quando lhe é exigido apenas um comportamento passivo<sup>143</sup>. Em verdade, concordamos com a assertiva segundo a qual o acusado sequer tem o direito de não participar de qualquer medida probatória. O que lhe é garantido, como decorrência do *nemo tenetur se detegere*, para além do direito ao silêncio, é não sofrer lesões nos seus direitos fundamentais no momento da produção probatória<sup>144</sup>. Assim, por exemplo, pode ser levado coercitivamente a um ato de reconhecimento, mas não pode ser forçado ou coagido a falar. Neste contexto, quanto aos atos que exijam um efetivo *facere*, prevalece o entendimento de que o acusado não é obrigado a colaborar, sob pena de violação ao *nemo tenetur*, como nos clássicos exemplos do exame grafotécnico ou do fornecimento

---

(2001, p. 198-199) reconhece essa garantia na CEDH”.

<sup>141</sup> Cf. ANDRADE, *Sobre as Proibições*, p. 121.

<sup>142</sup> Cf. LIMA, *Manual de Processo Penal*, pp. 74-78.

<sup>143</sup> Cf. CAMPOS, *Princípios do Processo Penal*, p. 81. Registre-se o entendimento contrário de ANDRADE, in “*Sobre as Proibições*”, pp. 127-128, o qual, citando WOLFSLAST, diz: “O tormento, a humilhação de ter de ser instrumento contra si próprio podem, em caso de passividade forçada e verificadas certas circunstâncias, ser maiores do que em caso de colaboração ativa”.

<sup>144</sup> Cf. E. PACELLI e D. FISCHER, *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2020, p. 531.

voluntário de padrão vocal<sup>145</sup>, nada obstando sua recolha de maneira furtiva ou em bases nas quais fora legitimamente coletado, como veremos.

Em Portugal, o próprio Código de Processo Penal (CPP) prevê, na al. “d” do n.º 1 do artigo 61.º, que recai sobre o arguido o dever de “sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente”. A propósito, no direito português não se entendem estas medidas coativas como incompatíveis com o direito de não se autoincriminar<sup>146</sup>. No Brasil, embora o seu Código de Processo Penal (CPPB) não tenha regramento correspondente<sup>147</sup>, não se pode compreender que não há um dever geral de colaboração, do contrário o *nemo tenetur se detegere* se revestiria de um carácter absoluto, inviabilizando a persecução penal em muitos casos<sup>148</sup>.

Daí porque é razoável entender que a prerrogativa em questão não impede que o arguido participe (e até seja compelido a participar) de diligências que incidam sobre aspectos externos e estáticos do seu corpo, a exemplo das suas características físicas ou fisionômicas, ainda que seja levado a tal mediante ato coativo ou enganoso<sup>149</sup>. Neste caso, como bem lembra R. BRASILEIRO DE LIMA, ele é mero “objeto de verificação”, não lhe sendo possível invocar a garantia<sup>150</sup>.

Digno de nota o fato de que este binômio atividade/passividade não se revelou suficiente para solucionar algumas questões em torno da amplitude da garantia, tendo sido inclusive superado pela própria jurisprudência alemã, onde surgiu<sup>151</sup>, ao tempo em que também sofreu críticas da doutrina, especialmente pela constatação de que os casos não abarcados pelo *nemo tenetur* podem se referir a situações de colaboração ativa<sup>152</sup>. Por isso, outros critérios têm sido estudados como a diferenciação conforme o tipo de meio coativo ou a qualidade do meio de

---

<sup>145</sup> Cf. LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 76. Entretanto, há situações, como veremos mais à frente, em que a exigência de um comportamento ativo mínimo não deve ser considerada violadora desta garantia.

<sup>146</sup> Cf. S. MARIA OLIVEIRA E SILVA, *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio “nemo tenetur” se “ipsum accusare”*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 832.

<sup>147</sup> Cf. BRASIL, Código de Processo Penal (1941), disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm), acessado em 31/08/2024.

<sup>148</sup> Cf. M. ELIZABETH QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e as suas decorrências no processo penal*, 2.ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 364.

<sup>149</sup> Cf. SILVA, *O arguido*, pp. 866-867.

<sup>150</sup> Cf. LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 77.

<sup>151</sup> Cf. P. GONÇALVES DIAS CARNEIRO, *O princípio nemo tenetur se ipsum accusare e a recusa do possuidor de revelar a senha alfanumérica e/ou facultar a impressão digital de telemóvel encriptado* (Dissertação de Mestrado), Lisboa, Universidade de Lisboa, 2018, p. 47.

<sup>152</sup> Cf. PINTO, LARA SOFIA, in “Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido. *Case Study*: revelação coactiva da password para descriptação de dados – *resistence is futile?*” in BELEZA, TERESA PIZARRO e PINTO, FREDERICO LACERDA COSTA (coord.), *Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre a Teoria da Prova e Garantias de Defesa* [recurso eletrônico], Coimbra, Almedina, 2010, pp. 2177-2190, que refere as críticas de WOLFLAST.

prova, a previsão de deveres explícitos de colaboração em substituição às intervenções corporais forçadas e até mesmo o alcance probatório da colaboração exigida do indivíduo, dentre outras<sup>153</sup>.

A propósito, S. OLIVEIRA E SILVA enuncia a possibilidade de se reduzir o *nemo tenetur* ao seu núcleo elementar, consistente na liberdade negativa de declaração, referindo que essa compreensão minimalista é acolhida pela jurisprudência norte-americana e por parte da doutrina alemã<sup>154</sup>. De fato, alguns ordenamentos reconhecem o *nemo tenetur* apenas no momento do interrogatório, na sua variação do direito ao silêncio<sup>155</sup>.

Por outro lado, acerca dos meios de obtenção de prova que implicam intervenções corporais, normalmente não se fala em violação caso sejam não invasivas, mas desde que não seja necessário um comportamento ativo do indivíduo, como ocorre nos casos de uma radiografia, da coleta de impressões digitais ou da análise de urina, saliva ou fios de cabelo ejetados do corpo. Ademais, eventuais vestígios deixados pelo investigado ou acusado não podem ser simplesmente ignorados<sup>156</sup>. Contudo, cuidando-se de intervenção corporal invasiva, a exemplo da coleta de sangue para realização de exame de DNA, como regra se entende que a obtenção probatória não pode se realizar sem a colaboração do sujeito em razão do *nemo tenetur se detegere*<sup>157</sup>, que aqui se vincula aos dogmas da presunção de inocência e à dignidade da pessoa humana.

De mais a mais, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão pode-se adotar o critério da proporcionalidade para definição da legalidade da produção probatória sem o consentimento do réu, apreciando-se, em concreto, a gravidade do delito e a robustez do *fumus comissi delicti*, bem como a saúde e a dignidade do indivíduo<sup>158</sup>. É similar a linha seguida pelo TEDH, que assenta, em seus julgados, a necessidade de se avaliar a natureza e o grau da coerção sofrida pelo investigado ou réu; a gravidade do fato ou interesse público; a existência de alguma salvaguarda relevante a favor do indivíduo; e o valor probatório do elemento obtido<sup>159</sup>.

Enfim, todos estes exemplos e exceções estão a demonstrar que, universalmente, o *nemo tenetur* não é princípio que se reveste de caráter absoluto, ao contrário, é flexibilizado ou

---

<sup>153</sup> Cf. S. MARIA OLIVEIRA E SILVA, “A liberdade contra a autoincriminação no Processo Penal: breves considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, *Revista do Ministério Público do RS*, LXXX, maio-agosto, 2016, pp. 126-127.

<sup>154</sup> *Idem*, p. 127.

<sup>155</sup> Cf. QUEIRO, *O direito de*, pp. 362-363.

<sup>156</sup> *Idem*, p. 128.

<sup>157</sup> Cf. LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 80.

<sup>158</sup> Cf. MARIA ELIZABETH QUEIRO *apud* CESCA, “Aspectos processuais”, LX, *RIL*, p. 215.

<sup>159</sup> *Idem*, p. 218.

derrogado nos ordenamentos, especialmente quando as restrições sejam legais, proporcionais e necessárias<sup>160</sup> e que se garanta, ainda, a preservação de um núcleo mínimo e essencial, no sentido, inclusive, do que preconiza a jurisprudência do TEDH<sup>161</sup>. Como afirmou M. ELIZABETH QUEIJO, um *nemo tenetur* hipertrofiado aniquilaria o interesse público na persecução penal, sacrificando a paz social e a segurança pública<sup>162</sup>.

Pois bem, traçar este panorama foi importante porque à frente serão tratadas algumas aplicabilidades do *nemo tenetur se detegere* no ambiente prisional, espaço onde, como visto, a exploração probatória tende a ser produtiva, em especial em países como o Brasil, em razão do domínio de facções ou gangues prisionais e da criminalidade que ali viceja. E é possível imaginar diversas situações em que a utilização de meios de obtenção de prova poderia afrontar, em tese, o princípio da não autoincriminação. Tem-se, por exemplo, a hipótese das entrevistas ou interrogatórios informais realizados muitas vezes de maneira furtiva ou subreptícia por agentes prisionais com vistas à recolha de elementos; a coleta de impressões digitais ou de fluidos ou amostras corporais dos detentos; a captura de imagens ou padrão vocal do sistema de monitoramento para fins de comparação em perícia; a apreensão de aparelhos celulares, objetos dos quais, conquanto sua posse seja ilícita *per se*, podem-se extrair inquestionáveis elementos de confissão, assim se assemelhando ou até superando um diário íntimo; a inserção de agentes encobertos ou infiltrados nas celas, dentre outras.

Nota-se que, em muitos destes casos hipotéticos, privacidade e *nemo tenetur se detegere* parecem compaginados, pois a coação da primeira frequentemente leva a uma ingerência no segundo e vice-versa<sup>163</sup>, razão pela qual lhes foram dedicadas algumas linhas deste trabalho. Estas são as balizas constitucionais de maior relevo quando se quer falar de meios de obtenção de prova, designadamente no espaço de clausura.

## 2.5. Conclusões preliminares

Nesta seção, inicialmente se investigou a natureza da execução das penas, concluindo-se que a teoria segundo a qual ela seria eminentemente administrativa foi gradualmente abandonada, dando lugar à corrente que prega a jurisdicionalização da execução penal, o que

---

<sup>160</sup> Cf. PINTO, “Privilégio”, p. 2371.

<sup>161</sup> Cf. P. DE SOUSA MENDES, “O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência”, *Revista Julgar*, n.º 9, 2009, p. 22.

<sup>162</sup> Cf. QUEIJO, *O direito de*, p. 406.

<sup>163</sup> Cf. C. ROXIN, “La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán”, *Revista Penal*, n.º 6, 2000, p. 115: “...la injerencia estatal en la esfera personal, con frecuencia, lleva a una autoincriminación involuntaria”.

não obsta o reconhecimento da sua natureza mista, vez que ainda há tarefas precipuamente administrativas, conquanto nunca escapem da tutela judicial.

Na sequência, estudou-se a natureza da relação jurídica entre o preso e o Estado, descortinando-se a ideia inicial de acordo com a qual haveria uma relação especial de poder (ou de sujeição) que retirava a autonomia do preso e confiava poderes absolutos à administração penitenciária. Ao mesmo tempo em que o recluso foi reconhecido como sujeito de direitos, construiu-se a concepção de que, na verdade, existe uma relação jurídica complexa entre o preso e o Estado, da qual fluem direitos e deveres especiais de ambos os lados.

Em decorrência deste novo patamar atingido pelo preso, garantido, inclusive, por diversas normas nacionais e internacionais que surgiram ao longo do século XX, partiu-se para definir, antes de divisar seu estatuto jurídico, quais os direitos atingidos com o édito construtivo/condenatório. Para além, obviamente, do direito à liberdade, outros direitos são reflexamente atingidos pela prisão em razão da sua “força expansiva dos efeitos repressivos”. De fato, as características intrínsecas do cárcere comprometem severamente uma gama de direitos, mas merece destaque especial o direito à privacidade, tema onipresente nesta investigação, alvo de forte compressão. É responsável por oferecer a primeira e principal barreira de natureza constitucional estudada nesta investigação.

No estudo da privacidade, foi necessário defini-la, situá-la, decompô-la, tarefa complexa em razão da transversalidade do tema. A privacidade está vinculada a um espaço vital livre de intervenções, ao controle sobre si e ao desenvolvimento da própria personalidade. Possui camadas que vão da superficialidade, mais acessível, ao nível mais intangível, que, por norma, deve restar preservado. E se pode falar também em campos de exercício da privacidade, como o corporal, o domiciliar e o comunicacional. Mas se assegurou que a privacidade não é direito absoluto, podendo ceder diante da necessidade social, fato inclusive reconhecido pelo TEDH em diversos julgamentos.

Tratando do ambiente prisional, desenvolveu-se a ideia de que neste local a privacidade sofre severas restrições em razão das suas características, inclusive arquitetônicas, e da necessidade de garantia da ordem e da segurança, para além da superlotação, problema vivido pela grande maioria dos Estados.

Na sequência, foram brevemente reportados alguns casos da jurisprudência norte-americana. No particular, no importante caso *Hudson v. Palmer* (1984), decidiu-se que o preso não tem expectativa de privacidade em sua cela em razão da constante necessidade de os agentes prisionais acessarem tal local para a prática de atos necessários à garantia da ordem e da segurança. O julgamento assentou ideia elementar acerca do tema no sentido de que não há

como se exercer plenamente a privacidade na prisão e tampouco tomá-la como direito absoluto e oponível ao Estado em qualquer circunstância. A despeito disso, fixou-se a premissa de que, em determinadas situações, o preso pode ter direito de exercer sua privacidade, o que será detalhado mais à frente.

Por fim, elegemos tratar do *nemo tenetur se detegere*, garantia, também de sede constitucional, que possui uma base comum com a privacidade, muito por isso também sujeita a conflitos no ambiente prisional. Identificamos que ele possui desdobramentos, dentre eles, principalmente o direito ao silêncio. Viu-se que esta garantia processual demarcou o processo acusatório, pontuando que a prova deve ser produzida pela acusação sem o concurso forçado do arguido.

O objetivo maior deste ponto foi tentar delimitar a amplitude desta garantia processual. Como regra, os ordenamentos entendem que o arguido não é obrigado a praticar comportamentos ativos que lhe incriminem, mas deve-se sujeitar quando se lhe exigem somente posturas passivas, vale dizer, quando é mero objeto de verificação. Por outro lado, não é obrigado a tolerar meios de obtenção de prova que impliquem intervenções corporais invasivas, ao contrário das não invasivas, às quais não pode se opor. Outrossim, o critério da proporcionalidade deve ser sempre chamado, até para que o *nemo tenetur* não reste atrofiado e aniquile a persecução penal, especialmente em investigações que busquem o enfrentamento de organizações criminosas nas prisões.

Enfim, divisados a privacidade e o *nemo tenetur se detegere* como as principais barreiras constitucionais das ações persecutórias em face dos presos, mais uma vez surge a indagação: qual a dimensão de tais direitos e garantias no ambiente prisional em razão da sua singular compressão e da situação dos reclusos e suas vicissitudes? Qual o impacto dos deveres dos presos neste contexto? Logo, a partir deste prisma e à luz também das outras questões particulares do recinto carcerário já pontuadas, parte-se agora para a análise da atividade probatória, esperando revisitar e enfrentar tais questionamentos mais adiante.

### **3. CAPÍTULO III – A ATIVIDADE PROBATÓRIA NO INTERIOR DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS**

#### **3.1. O permanente conflito entre os direitos fundamentais e a segurança pública na**

### **obtenção da prova: ainda sobre a eficácia e a garantia<sup>164</sup>**

Antes de delimitar alguns aspectos necessários à abordagem do problema da obtenção da prova no ambiente prisional, é importante compreender o contexto em que o tema está inserido. De fato, tem-se aqui mais um episódio da eterna tensão entre os direitos e garantias fundamentais individuais e o interesse dos órgãos de persecução (que também visam nada mais do que a satisfação de outros direitos fundamentais da coletividade). Ou, como enunciou F. HÉLIE, ainda no século XIX, mais um *round* da disputa de dois interesses poderosos, igualmente sagrados e que desejam proteção ao mesmo tempo<sup>165</sup>, exatamente o desafio que o processo penal se propõe equacionar. A sua intencionalidade específica, no dizer de A. CASTANHEIRA NEVES, é condenar os culpados e salvaguardar os inocentes, orientando-se pela conciliação de princípios fundamentais: o da reafirmação, defesa e reintegração da comunidade ético-jurídica e o do respeito e garantia da liberdade e dignidade dos cidadãos<sup>166</sup>.

E uma vez que, de partida, percebe-se que ambos os lados possuem argumentos válidos e legítimos em seu favor, será essencial buscar divisar, em cada ponto de conflito, ferramentas e demarcações para uma correta composição, evitando abusos de direitos ou avanços indevidos dos agentes estatais em busca do império da verdade real<sup>167</sup>. Afinal, conforme destacado por HASSEMER *apud* M. DA COSTA ANDRADE, a questão é evitar que o “Estado se inflija a si próprio com a perda de dignidade, distanciação e superioridade (*Verlust na Würde und uberlenger Distanz*) (...) que encurta a diferença ética entre a perseguição do crime e o próprio crime”<sup>168</sup>.

Muito menos também se pretende um Estado inapto, incapaz de ser efetivo na atividade investigatória diante da escolha indistinta da prevalência dos direitos fundamentais do cidadão<sup>169</sup>. De fato, o processo penal deve ter em conta o patrimônio jurídico de todos os envolvidos na esfera de responsabilização penal, o que determina que os ordenamentos propiciem o ambiente adequado a uma investigação exauriente e eficiente dos fatos<sup>170</sup>.

---

<sup>164</sup> Locução utilizada pelo professor P. DE SOUSA MENDES, in “O processo penal entre a eficácia e as garantias – Em especial a questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, LV, n.º 1 e 2, 2014.

<sup>165</sup> Cf. FAUSTIN HÉLIE *apud* J. PRADEL, “De certaines preuves scientifiques devant la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue Thémis de l’Université de Montréal*, LI, 2017, p. 32.

<sup>166</sup> Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal*, Coimbra, Dactilografado por João Abrantes, 1967-1968, pp. 06-07.

<sup>167</sup> Cf. G. BADARÓ, “Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova”, in Ambos, Kai e Romero, Eneas (coord.), *Crime Organizado: Análise da Lei 12.850/2013*, São Paulo, Marcial Pons, 2017, p. 18.

<sup>168</sup> Cf. ANDRADE, *Sobre as Proibições*, p. 120.

<sup>169</sup> Cf. D. ERTHAL ALVES DA COSTA, *Meios atípicos de obtenção de prova: a invasão de sistemas informáticos na investigação da criminalidade organizada*, São Paulo, Editora Juspodvim, 2024, p. 68.

<sup>170</sup> Cf. F. VALDEZ PEREIRA e D. FISCHER, “Prova, verdade e as obrigações processuais penais positivas”, in

Como visto, o exercício do direito dos órgãos persecutórios de vindicar elementos de prova implica, necessariamente, a restrição de direitos do cidadão. Os meios de obtenção de prova, malgrado indispensáveis ao exercício do *jus puniendi*, comprimem direitos e garantias, razão pela qual sua utilização ordinariamente deve ser precedida de uma ponderação do custo-benefício e da exigência de comprovação de um *standard* mínimo que pode estar definido em lei, tarefa que quase sempre respeita uma reserva de judicialidade. No mundo real, os dados visados pelo Estado investigador em nada se assemelham a uma *res nullius* ou *res derelicta*, de modo que não é tão simples deles se apropriar. Ao contrário, acessá-los significa enfrentar e por vezes devassar barreiras que estruturam até mesmo a personalidade do indivíduo, o que exige a adoção de cautelas neste percurso. E a própria efetividade do processo penal depende do correto funcionamento desta engrenagem: tanto os órgãos de persecução devem ser eficazes no desempenhar desta função quanto os direitos fundamentais dos cidadãos devem sofrer a menor compressão possível. Em um cenário ideal, esses interesses devem estar em equilíbrio, sob pena de o processo penal não gerar soluções adequadas<sup>171</sup>.

As dificuldades obviamente se amplificam no interior do ambiente prisional, onde o cenário pode soar ambíguo. De um lado, pode parecer fácil obter provas em um recinto fechado, sem áreas de escape ou compartimentos secretos<sup>172</sup>, onde em tese tudo é monitorado e controlado com o auxílio de recursos tecnológicos e normas rígidas de disciplina. Além disso, voltamos à ideia pré-concebida segundo a qual o espaço carcerário tende a ser objetificado, assim como seus integrantes, universo em que a naturalização do desrespeito flexibilizaria os requisitos exigidos. Claro que não se chega a tanto, mas é bem verdade que o TEDH já se posicionou no sentido de que medidas mais lesivas aos direitos fundamentais podem ser adotadas mais em relação aos presos do que às pessoas em liberdade, o que se justifica por motivos de segurança ou como forma de prevenção de crimes<sup>173</sup>.

Por outra perspectiva, colher elementos probatórios em uma prisão pode ser ainda mais desafiador, em primeiro lugar, naqueles recintos dominados por facções criminosas, cujo

---

D. DE RESENDE SALGADO, L. FELIPE SCHNEIDER KIRCHER e R. PINHEIRO DE QUEIROZ (coord.), *Altos estudos sobre a prova no Processo Penal*, Salvador, Juspodvim, 2020, p. 68. É o que se denomina, como dizem os autores, de “obrigações processuais penais positivas”, dever imposto aos Estados e reconhecido por convenções internacionais.

<sup>171</sup> Cf. QUEIROZ, *O direito de*, p. 286.

<sup>172</sup> A prática, contudo, revela a enorme engenhosidade e criatividade dos presos, que criam, adaptam ou constroem os mais dissimulados recantos para ocultar seus ilícitos, como buracos nas paredes, cobertos com massa de sabonete ou pasta de dente, livros furados, garrafas com fundo falso, alimentos com conteúdos substituídos, dentre outros.

<sup>173</sup> Cf. BACHMAIER WINTER, “Investigación criminal”, p. 174.

enfretamento exige claramente um esforço investigativo maior, com métodos mais invasivos e agressivos ou eventualmente *standards* menos rigorosos. Em segundo lugar, as relações particulares desenvolvidas naquele espaço são também um elemento dificultador. Tome-se como exemplo a prova oral: é sabido que em qualquer unidade prisional do planeta existem códigos muito claros que determinam e dão os contornos de cada testemunho ou interrogatório de um preso. As palavras ditas por um detento em declarações formais devem ser valoradas com extrema reserva, antes se analisando seus medos, expectativas e relações, sendo, pois, frequentemente, de pouca confiabilidade.

Assim, em verdade, as facilidades probatórias no ambiente prisional são apenas aparentes, máxime quando se tem como certo que os reclusos são sujeitos de direitos, ainda que de direitos não absolutos. A rigor, colher declarações, recolher objetos e documentos, enfim, obter provas no ambiente prisional é duplamente difícil pela junção de dois cenários que historicamente se mostraram desafiadores aos órgãos de persecução: a presença dos grupos criminosos organizados e a própria ambiência carcerária com todas as suas particularidades. Parece claro que isso exige transformações e adaptações, pois os órgãos de persecução vão necessitar de ferramentas mais eficientes, cujo emprego, veremos, demanda uma clara demarcação do que cabe ao preso e ao Estado, bem como das condições em que a balança pode pender para um lado ou para outro.

### **3.2. O necessário emprego dos métodos ocultos de investigação**

Dentro deste contexto, assume especial importância a aplicação dos chamados métodos ocultos de investigação, também chamados de meios extraordinários de obtenção de prova, meios de pesquisa ou técnicas especiais de investigação (terminologia adotada pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – a “Convenção de Palermo”, aprovada em 15/11/2000), que têm como marcas, veremos, a maior sofisticação e o maior grau de restrição imposto aos direitos fundamentais<sup>174</sup>.

Surgiram na década de 1960, quando começaram a ser utilizados na persecução dos denominados delitos de transação, como o tráfico de drogas<sup>175</sup>, caracterizados pela ausência de vítima direta, pela natureza contínua ou permanente da conduta criminosa, pela ambiência em

---

<sup>174</sup> Cf. LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 663.

<sup>175</sup> Cf. D. MALAN, “Da Captação Ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos, ou acústicos e os limites relativos à privacidade”, in Ambos, Kai e Romero, Eneas (coord.), *Crime Organizado: Análise da Lei 12.850/2013*, São Paulo, Marcial Pons, 2017, p. 52.

mercado ilícito e pela facilidade de reposição dos agentes envolvidos<sup>176</sup>. Neste cenário, o emprego dos meios tradicionais, ainda focados no criminoso individual ou no frugal concurso de agentes<sup>177</sup>, não alcançaria resultados efetivos, por isso, fez-se necessária uma mudança de padrão e os métodos ocultos, marcados pelo sigilo e dissimulação da medida, pela insciência do indivíduo<sup>178</sup> e pelo eventual recurso a colaboradores externos, surgiram como remédio cirúrgico para o problema.

Tais métodos ocultos de investigação, como espécies de meios de obtenção de prova, distinguem-se dos meros meios de prova, como o testemunhal, o pericial ou o documental. Estes últimos dizem respeito a uma atividade endoprocessual, servem para levar fontes de prova ao processo e se sujeitam a nulidade em caso de vícios. Já os primeiros são considerados uma atividade extraprocessual, objetivam identificar fontes de prova (como documentos ou uma pessoa/testemunha), a princípio não têm idoneidade para formar a convicção judicial e, em caso de ilegalidade, podem não ser admitidos no processo<sup>179</sup>. Como pontua G. MARQUES SILVA, assim se diferenciam pelas perspectivas lógica, que diz respeito à aptidão de convencer *per se*, e lógico-operativa, referente ao modo e momento da aquisição, posto que os meios de obtenção, ao contrário dos meios de prova, são produzidos normalmente na fase preliminar<sup>180</sup>.

Acrescente-se que esses meios especiais de investigação vem sendo potencializados ao longo dos anos em virtude do aperfeiçoamento tecnológico, que aumenta amiúde a sua qualidade e a sua quantidade<sup>181</sup>. As tipologias disponíveis já permitiam alcançar provas fora da pessoa do suspeito ou arguido<sup>182</sup>. Agora, malgrado ainda não se trate de uma realidade universal e massificada, já estão em utilização tecnologias capazes de captar imagens térmicas, de

---

<sup>176</sup> *Idem*, p. 53.

<sup>177</sup> Cf. R. BRASILEIRO DE LIMA, *Legislação especial criminal comentada: volume único*, 8ª ed., Salvador, Juspodivm, 2020, p. 786.

<sup>178</sup> Cf. J. GOUVEIA DE CAIRES, “Características e princípios dos métodos ocultos em geral e a (in)admissibilidade do varrimento electrónico em especial”, in M. FERNANDA PALMA ET AL (org.), *Livro em Memória do Professor Doutor João Curado Neves*, 1ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2020, p. 380. Citando M. DA COSTA ANDRADE, diz que os métodos ocultos são aqueles “que representam uma intromissão nos processos de acção, interacção, informação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que as mesmas disso tenham consciência ou disso sequer se apercebam”.

<sup>179</sup> Cf. MALAN, “Da Captação Ambiental”, p. 59 e LIMA, *Legislação especial*, pp. 787-788.

<sup>180</sup> Cf. G. MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal II, Os Elementos do Processo Penal*, 4.ª ed., Lisboa, Verbo, 2008, pp. 233-234.

<sup>181</sup> Cf. CAIRES, “Características e princípios”, p. 380. Ainda, BADARÓ, in “Hipóteses que autorizam”, p. 19. citando HASSEMER, explica a necessidade do sigilo destes métodos: “Esses modernos métodos de investigação policial revolucionaram o nosso direito processual penal. Houve uma mudança radical. Esses métodos de investigação são todos secretos. O investigado não pode saber de nada, por que se souber a investigação será ineficaz. No direito processual penal tradicional as investigações eram feitas abertamente, prisão preventiva, busca domiciliar, etc., tudo era feito às claras. Só excepcionalmente, quando circunstâncias especiais o justificassem, era permitido realizar alguma investigação secreta”.

<sup>182</sup> Cf. CHRISTODOULOU, “Le silence”, *LP*, p. 11.

escanear todo o corpo humano e de realizar a análise de expressões faciais<sup>183</sup>, dentre outros avanços ainda mais disruptivos que podem tonificar a atuação estatal, muito embora se fale do risco de “policialização da investigação” e da hipertrofia dos poderes da polícia judiciária<sup>184</sup>.

De fato, em muitos casos, eles atingem mais direitos do que os efetivamente necessários, ultrapassando, ainda, a pessoa alvo da medida e alcançando outras do seu entorno. Por isso, não podem ser utilizados indiscriminadamente e à míngua das reservas de jurisdição e de lei, sendo conveniente, ainda, limitá-los a um catálogo de delitos restrito e à demonstração da sua necessidade<sup>185</sup>.

Sobre este último aspecto e indo um pouco mais além, o emprego dos métodos ocultos, seja o ambiente da sua aplicação extra ou intramuros, deverá, em vista do seu potencial de dano aos direitos fundamentais, sempre respeitar o princípio da proporcionalidade, nas suas facetas da necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*<sup>186</sup>. Nesta direção, inclusive, o TEDH vem alinhando suas decisões, pontuando que uma diligência restritiva aos direitos fundamentais estará conforme o artigo 8º da CEDH quando: 1) tiver um fim de segurança pública, defesa da ordem e prevenção do delito ou proteção dos direitos e liberdades dos demais; 2) for identificada uma necessidade social imperiosa – *press social need* (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito); e 3) quando existirem mecanismos de controle da necessidade da medida à disposição do cidadão<sup>187</sup>. A proporcionalidade propicia, portanto, a conciliação entre os legítimos interesses dos órgãos persecutórios e o patrimônio jurídico dos investigados, mas é inegável que o ponto de equilíbrio, quando se fala de criminalidade organizada, difere da chamada criminalidade clássica<sup>188</sup>.

Neste sentido, é preciso lembrar que o desenvolvimento destes novos meios de obtenção de prova foi uma reação legítima a uma criminalidade mais complexa, organizada, impenetrável à primeira investida, ameaçadora, bem armada, economicamente poderosa e difusa. Diante de

---

<sup>183</sup> Cf. J. CARLOS ORTIZ PRADILLO, “El impacto de la tecnología en la investigación penal y en los derechos fundamentales”, in *Problemas Actuales de la Justicia Penal: secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia u licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales*, COLEX, 2013. p. 319. Ainda, DANILO KNIJNIK *apud* LIMA, *Legislação especial*, p. 519, fala de um chamado direito probatório de terceira geração, tratando-se de “provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais”.

<sup>184</sup> Cf. MALAN, “Da Captação Ambiental”, p. 62.

<sup>185</sup> Cf. MENDES, “O processo penal”, *RFDUL*, LV, p. 418.

<sup>186</sup> Cf. J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 207.

<sup>187</sup> Cf. BACHMAIER WINTER, “Investigación criminal”, p. 168.

<sup>188</sup> Cf. J. GOUVEIA DE CAIRES, “Métodos Ocultos na Criminalidade Económico-Financeira: Entre a (a) tipicidade e a cumulação”, *Revista Julgar*, XXXVIII, 2019, p. 52.

tamanha excepcionalidade, não era de se esperar que o Estado reagisse com métodos menos invulgares<sup>189</sup>. E vela-nos lembrar que esta criminalidade fez morada e está enraizada nos estabelecimentos prisionais. Expurgá-la, como se sabe, não é tarefa simples nem imediata, daí porque o uso destas ferramentas, conquanto balizadas pelos limites constitucionais e pela noção de proporcionalidade, assegurando a menor compressão possível aos já combalidos direitos e garantias dos presos, parece-nos, no atual momento, um caminho incontornável para recolha de elementos probatórios. Vejamos, assim, uma amostra de como tem sido a utilização de uma parcela deste instrumental.

### **3.3. As tipologias probatórias mais comuns no recinto prisional**

#### **3.3.1 A captação ambiental de voz e imagem**

##### **3.3.1.1 Características gerais do método**

Inicia-se agora a análise de alguns dos meios de obtenção de prova que mais comumente têm sido utilizados ou que apresentam alguma pertinência temática com o ambiente prisional, a começar com a captação ambiental de voz e imagem, também chamada de gravação ou interceptação ambiental ou vigilância eletrônica, embora se costumem efetuar algumas distinções conceituais<sup>190</sup>, aqui desimportantes. Trata-se de medida das mais intrusivas, especialmente a realizada no domicílio da pessoa, a tal ponto de ser deveras difícil calibrar o grau de compressão à privacidade e intimidade do indivíduo. Ela objetiva o registro e a obtenção de conversas e/ou acontecimentos que serão levados ao processo como provas e possui aplicabilidade e recorrência no ambiente prisional, como será desenvolvido mais adiante.

No Brasil, este método oculto de obtenção de prova estava previsto na Lei n.º 12.850/2013<sup>191</sup>, embora seu procedimento não estivesse disciplinado, o que sempre gerou críticas da doutrina<sup>192</sup> e acabava por colocar em causa a constitucionalidade da captação ambiental e equipará-la a um meio de prova atípico, a despeito de nominada. Entretanto, a regulamentação chegou com a Lei n.º 13.964/2019 – o chamado Pacote Anticrime<sup>193</sup>, amenizando as vozes dissonantes, ao menos quanto a este aspecto.

---

<sup>189</sup> Cf. CAIRES, “Características e princípios”, p. 380.

<sup>190</sup> Cf. LIMA, *Legislação especial*, pp. 547-548.

<sup>191</sup> Cf. BRASIL, Lei n.º 12.850 (2013), disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm), acessado em 31/08/2024.

<sup>192</sup> Cf. MALAN, “Da Captação Ambiental”, p. 62.

<sup>193</sup> Cf. BRASIL, Lei n.º 13.964 (2019), disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm), acessado em 31/08/2024.

Na Alemanha, a lei estabelece diferentes requisitos quando a interceptação é ambiental, em local diverso do domicílio – a “pequena espionagem acústica” – ou domiciliar, sendo que esta última, denominada de “grande espionagem acústica”, está sujeita a regime mais restrito. Assim, por exemplo, na primeira há a determinação para que expressões relativas ao âmbito essencial da vida privada eventualmente captadas não sejam registradas, ao passo que na segunda deve restar demonstrado fundado motivo de que ocorrem práticas ilícitas no interior da residência, sob pena do seu não cabimento<sup>194</sup>.

Por sua vez, na Itália, como regra as captações ambientais em domicílio são vedadas, exceto se houver motivos para se acreditar na ocorrência de um crime em tal local, na forma do n.º 2 do artigo 266 do *Codice di Procedura Penale* italiano<sup>195</sup>. Entretanto, é bom frisar que, nos casos envolvendo a criminalidade organizada, não se exige a suspeita de atividade criminosa<sup>196</sup>.

Já em Portugal, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que trata das medidas de combate à criminalidade organizada, indica um rol taxativo de crimes, a aplicação do regime das interceptações telefônicas e a exigência de “razões para crer que a diligência é indispensável”, mas sem diferenciar ou impor gradações aos requisitos em se tratando de interceptação domiciliar ou ambiental<sup>197</sup>.

### **3.3.1.2 Uma análise dos conflitos com o direito à privacidade (ou à vida privada) e o *nemo tenetur se detegere***

Esta medida, por natureza, afeta potencialmente a liberdade de comunicação do indivíduo, uma vez que o que foi dito e captado por áudio e vídeo alcança pessoas além do(s) destinatário(s) originário(s)<sup>198</sup>, que poderia até não ser ninguém, em se tratando de um monólogo. Mas, como já assinalado, há um conflito mais sério com a esfera privada do indivíduo e com a sua garantia de não autoincriminação, especialmente quando a ação se desenrola no recinto domiciliar. Centremo-nos primeiro na questão da privacidade.

Sabe-se que mesmo aquele núcleo intangível da intimidade de uma pessoa pode ser acessado se questões de extrema relevância estiverem em jogo e, por certo, os interesses em conflito devem passar por um processo de ponderação com o auxílio do princípio da

---

<sup>194</sup> Cf. BADARÓ, *Processo Penal* [livro eletrônico], p. RB-10.105.

<sup>195</sup> ITÁLIA, *Codice di Procedura Penale* (1988), disponível em <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceProceduraPenale>, acessado em 31/08/2024.

<sup>196</sup> Cf. B.J. KOOPS, “Criminal Investigation and Privacy in Italian Law”, *TILT Law & Technology Working Paper Series*, I, 2016, disponível <https://ssrn.com/abstract=2888422>, acessado em 22/06/2022, p. 33.

<sup>197</sup> Cf. BADARÓ, *Processo Penal* [livro eletrônico], p. RB-10.105.

<sup>198</sup> *Idem*, p. RB-10.104.

proporcionalidade, lembrando que, em contraponto à privacidade de um, estão a segurança, a integridade e a vida de outros tantos. Imagine-se, por exemplo, a oportunidade de realizar a captação ambiental na residência de indivíduo suspeito de planejar um trágico atentado terrorista, contra quem já tenham sido colhidos diversos elementos, o qual realizaria uma reunião com alguns dos seus comparsas na sala da sua casa para os detalhes finais da ação. Não há como se conferir, neste caso, uma proteção à esfera privada do indivíduo em detrimento da vida de centenas ou talvez milhares de pessoas.

Seguramente, há que se ter enorme cautela quando se pretende executar a medida no recinto familiar, onde flashes relacionados à vida íntima do investigado e sua família fatalmente serão descortinados, ainda que isso não seja do interesse dos agentes estatais. Por isso, como regra, a medida deve ser autorizada quando se estiver diante de situações extremas, designadamente em casos de crimes graves; com alta probabilidade de obtenção do resultado projetado; não cabimento, inviabilidade ou inconveniência de outra estratégia probatória; e sem prejuízo, evidentemente, do descarte e preservação do sigilo do material inservível e potencialmente violador da privacidade<sup>199</sup>.

Noutro giro, importante registrar que, no Brasil, foi concebido o Sistema Penitenciário Federal, gerido pelo Ministério da Justiça, que tem a “finalidade de combater o crime organizado, isolando as lideranças criminosas e os presos de alta periculosidade”<sup>200</sup>. Compõem este sistema cinco unidades, todas consideradas de segurança máxima, a saber: Penitenciária Federal de Brasília (DF), Penitenciária Federal de Porto Velho (RO), Penitenciária Federal de Mossoró (RN), Penitenciária Federal de Campo Grande (MS) e Penitenciária Federal de Catanduvas (PR). Cada uma delas fica vinculada a um juízo federal, com base no critério territorial, o qual assume a competência da execução penal e outras questões prisionais.

Mas é interessante o fato de que cada um destes estabelecimentos penais contava com uma ordem expedida pelo juízo competente autorizando o monitoramento ambiental por período determinado em áreas específicas, como o pátio de visitas e o parlatório, mas excluídas celas e áreas de visitas íntimas, exceto se fosse requerida e autorizada uma ordem específica nestes ambientes. Contudo, a Lei n.º 11.671/2008<sup>201</sup>, que dispõe sobre estes estabelecimentos

---

<sup>199</sup> Cf. D. MARCHIONATTI BARBOSA, “A captação Ambiental e o Projeto de Lei Anticrime”, in D. DE RESENDE SALGADO, L. FELIPE SCHNEIDER KIRCHER e R. PINHEIRO DE QUEIROZ (coord.), *Altos estudos sobre a prova no Processo Penal*, Salvador, Juspodvim, 2020, p. 217.

<sup>200</sup> Cf. <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/SPF>, acessado em 31/08/2024.

<sup>201</sup> Cf. BRASIL, Lei n.º 11.671 (2008), disponível em <https://planalto.gov.br/Ccivil/03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11671.htm>, acessado em 31/08/2024.

prisões federais, foi alterada pela Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime, justamente para positivizar o que já ocorria na prática e sem grandes questionamentos<sup>202</sup>, agora prevendo textualmente, não a faculdade, mas a obrigação do “monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública, vedado seu uso nas celas e no atendimento advocatício, salvo expressa autorização judicial em contrário”<sup>203</sup>.

Trata-se, em verdade, de expediente bem particular, eis que de caráter genérico, não sigiloso (são inclusive colocadas placas informando a captação de imagens e vozes) e que visa o controle da segurança e das lideranças ali custodiadas<sup>204</sup>, para além da reunião de dados que possam produzir conhecimento e subsidiar ações de inteligência e de vantagem estratégica<sup>205</sup> e que não se confundem com a obtenção de provas para utilização em processo penal. Frise-se que as áreas comuns da unidade já poderiam ser monitoradas por razões de segurança sem a necessidade de autorização judicial, como sói acontecer em qualquer outro prédio público ou particular<sup>206</sup>.

Não por acaso, os tribunais superiores brasileiros, instados a analisar a questão, asseguram a validade da medida, assentando na necessidade de garantir a segurança e a disciplina do estabelecimento prisional, especialmente diante das características dos internos, invariavelmente membros e lideranças de organizações criminosas. O Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ) já decidiu que mesmo as entrevistas reservadas com os advogados ou encontro com familiares podem ser alvo desse monitoramento amplo e genérico, reconhecendo

---

<sup>202</sup> Cf. NUNES, "Sistema penitenciário federal", p. 119.

<sup>203</sup> Cf. BRASIL, Lei n.º 13.964 (2020), artigo 3.º, § 2.º, disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm), acessado em 31/08/2024. Importante registrar, como lembra MACIEL, in “*O mandado de busca*”, p. 108, que o artigo 90.º do CEPML e o n.º 1 do artigo 155 do RGEF autorizam a adoção do sistema de videovigilância, mas admitido apenas em áreas comuns e circundantes do sistema penal. Por sua vez, a Regra 61, n.º 1, das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, (“Regras de Mandela”) estabelece que: “Os presos devem ter a oportunidade, tempo e meios adequados para receberem visitas e de se comunicarem com um advogado de sua própria escolha ou com um defensor público, sem demora, interceptação ou censura, em total confidencialidade, sobre qualquer assunto legal, em conformidade com a legislação local. Tais encontros podem estar sob as vistas de agentes prisionais, mas não passíveis de serem ouvidos por estes.”. Contudo, havendo razões justificáveis, o monitoramento pode ser autorizado mesmo das conversas entre presos e advogados, alguns dos quais, no Brasil, já alvos de medidas investigativas por suspeitas de integrarem organizações criminosas e de atuarem como agentes de comunicação das ordens emanadas pelas lideranças presas nas unidades federais. A título de exemplo, conferir o seguinte: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2022/08/pf-desarticula-organizacao-criminosa-que-pretendia-resgatar-lideres-de-faccao-em-presidios-federais>, acessado em 31/08/2024.

<sup>204</sup> Cf. E. ÁVILA DE ARAÚJO ET AL, “Análise do Emprego de Meios Eletrônicos no Sistema Penitenciário Federal para Produção de Conhecimentos de Inteligência”, *Revista Brasileira de Execução Penal – RBEP*, III, n.º 1, 2022, p. 224.

<sup>205</sup> *Idem*, p. 226.

<sup>206</sup> Cf. NUNES, "Sistema penitenciário federal", p. 119.

que se trata de meios utilizados pelos integrantes dessas gangues para emitir ordens e comunicações com o mundo externo e que, portanto, não são direitos que se revestem de caráter absoluto<sup>207</sup>. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisões monocráticas, já teve a oportunidade de aferir a constitucionalidade da medida, inclusive destacando que a mitigação de tais direitos decorre de decisão judicial periodicamente renovada<sup>208</sup>.

A rigor, tais ações implicam um monitoramento bastante invasivo e eficiente, de modo a possibilitar que sejam identificados, de forma minudente, todos os vínculos, interações, relacionamentos e reações dos líderes das facções criminosas recolhidos naqueles espaços<sup>209</sup>. Como dito (e reforçado no texto legal), estas medidas não estão inseridas no contexto da produção probatória, e sim como recurso garantidor da segurança e disciplina, mas servem para ratificar que, havendo necessidade e proporcionalidade, a privacidade do preso pode sofrer alto grau de restrição, a despeito das vozes em contrário<sup>210</sup>.

Acrescente-se, ainda falando de métodos de monitoramento ambiental que a princípio não objetivam a exploração probatória, que, nas prisões norte-americanas, a vigilância eletrônica de diversas áreas também é um recurso comumente empregado para garantia da segurança, o que tem sido incrementado pelos avanços tecnológicos, que produzem câmeras com qualidade de captação de áudio e vídeo cada vez melhores. O sistema é concebido para que o detido tenha a percepção de ser sempre vigiado, o que remonta ao princípio panóptico, ainda que muitos dos equipamentos sejam imperceptíveis aos seus olhos<sup>211</sup>. Evidentemente, a tecnologia, agora apoiada também pela (cada vez mais acessível) inteligência artificial, está a potencializar as ideias de BENTHAM, o que pode significar maior ou menor restrição à privacidade dos presos, a depender da forma como for calibrada.

Por outro lado, tratando agora dos reflexos sofridos pelo *nemo tenetur* em decorrência da captação ambiental, essa questão suscita realmente, a princípio, um grande desafio, pois, no curso desta medida, operacionalizada com equipamentos ocultos, como câmeras e microfones imperceptíveis, o indivíduo sofre uma intromissão no seu processo comunicativo e pode se autoincriminar de forma não desejada, o que implicaria violação à referida garantia<sup>212</sup>. Contudo,

---

<sup>207</sup> Cf. acórdãos do Superior Tribunal de Justiça do Brasil de 23 de novembro de 2021, proferido no processo n.º AgRg no RMS 65988 / GO e de 12 de dezembro de 2022, proferido no processo n.º AgRg no Resp 1691324 / PE, pesquisáveis em <https://scon.stj.jus.br/SCON/>, acessidos em 01/09/2024.

<sup>208</sup> Cf. acórdão do Supremo Tribunal Federal do Brasil de 25 de maio de 2022, proferido no processo n.º ARE 1383859, pesquisável em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>, acessido em 01/09/2024.

<sup>209</sup> Cf. ARAÚJO ET AL, “Análise do Emprego”, *RBEP*, p. 225.

<sup>210</sup> Cf. SCHMIDT, “Direitos, Deveres”, p. 260.

<sup>211</sup> Cf. BROBST, “The Metal Eye”, *CWLR*, p. 76.

<sup>212</sup> Cf. SILVA, *O arguido*, p. 539. A autora, citando M. DA COSTA ANDRADE, destaca: “Com efeito, « os

podem-se divisar situações fáticas diferentes que vão dar ensejo a tratamentos jurídicos também diversos, vejamos.

De partida, é importante consignar que esse é exatamente o objetivo deste método oculto de obtenção de prova: flagrar o investigado em vídeo ou áudio assumindo a prática criminosa, não necessária e literalmente confessando, mas quiçá demonstrando por sua conduta ou diálogos que está envolvido naqueles eventos ilícitos e fornecendo alguns dos seus detalhes objetivos e subjetivos, sem noção do alcance do conteúdo incriminatório expresso. Logo, que fique claro que isso não seria um risco ou efeito colateral da medida, mas seu próprio fim, vale dizer, registrar o indivíduo em situação em que ele desconhece a relevância probatória do que expressa<sup>213</sup>. Não vemos como levantar questões éticas em desfavor dos objetivos propostos por este método de obtenção de prova, na medida em que se trata de legítima reação estatal à prática de crimes sofisticados.

Dito isso, há, primeiramente, a situação em que a captação ambiental visa flagrar recortes da vida de uma pessoa em seu estado bruto e natural. Aqui, a técnica normalmente é aplicada no curso de uma investigação, quando o suspeito não foi constituído arguido ou não foi ainda formalmente acusado e sequer tomou conhecimento das ações policiais. Assim, valendo-se da surpresa, o que os órgãos de persecução visam é justamente registrar o suspeito em momento em que esteja disposto a agir e falar dos seus intentos, sem travas e amarras. É a ocasião, *v.g.*, de gravá-lo recebendo um carregamento de armas em sua própria casa ou revelando, em conversa com sua esposa no leito do casal, o local onde pretende explodir uma bomba e ceifar centenas de vidas.

Não faz sentido impedir a vantagem investigativa do Estado nestes casos ao argumento de que o indivíduo estaria de “guarda baixa” e poderia involuntariamente se autoincriminar. É pertinente, em tese, a preocupação com o *nemo tenetur se detegere* e suas formalidades nas hipóteses em que a pessoa efetivamente participa de algum ato não sigiloso e explícito relacionado à produção probatória, o que efetivamente não é o caso. Na situação tratada, o Estado, no exercício do seu direito à prova e de investigar os crimes com eficiência, busca registrar fragmentos reais da ilicitude em curso que brotam naturalmente das ações e interações do investigado, agindo de maneira furtiva porque assim foi autorizado a tal, por se entender que

---

métodos ocultos de investigação representam uma intromissão nos processos de ação, interação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas tenham conhecimento do facto nem dele se apercebam. Que, por causa disso, continuam a agir, interagir, a expressar-se e a comunicar de forma « inocente », dizendo e fazendo coisas de conteúdo e sentido diretamente incriminatório »”.

<sup>213</sup> *Ibidem*.

era necessário e proporcional à gravidade do fato investigado. A autoincriminação, se ocorrer, seria nada mais do que uma expressão espontânea dos intentos transgressores<sup>214</sup>. Não se pode imaginar uma proteção à privacidade ou uma garantia contra a autoincriminação que servissem de escudo a práticas criminosas de difícil descoberta, por mais que os elementos que a comprovem estejam escondidos nas camadas mais internas da sua intimidade<sup>215</sup>.

A conjuntura nos parece totalmente discrepante em um segundo cenário: quando o indivíduo, já na condição de acusado ou arguido, tendo sido interrogado e feito uso do seu direito ao silêncio reiteradamente e inexistindo fortes indícios do seu envolvimento na conduta investigada, é submetido a medida de captação ambiental com o fim primordial (declarado ou disfarçado) de obter a sua confissão. Nesta hipótese, a diligência parece violar a garantia da não autoincriminação, pois pode ser ou ter sido utilizada como um ardil para contorná-la, o que não deve ser tolerado. Assim não se passa, porém, quando, ainda que diante de indivíduo vezeiro na invocação do silêncio constitucional, implemente-se a captação ambiental com a expectativa de coleta de elementos adicionais indispensáveis, como, por exemplo, a descoberta da identidade de outros integrantes do grupo ainda responsáveis pela continuidade das práticas criminosas ou do local onde estão escondidas vítimas de grave delito de tráfico de pessoas em vias de serem levadas a outro país.

Projetando agora a aplicação deste método oculto de obtenção de prova no interior do recinto carcerário, outros pontos também merecem considerações. Partindo-se inicialmente da questão da privacidade, é importante asseverar que a unidade prisional, e mais especificamente a cela que o preso habita, embora, até mesmo por aspectos práticos da vida civil, seja considerado o seu domicílio, não possui os contornos de um ambiente residencial e muito menos de natureza familiar.

Já se viu que a privacidade do preso é reduzida a quase nada pelas próprias características do cárcere, que vão da arquitetura pouco acolhedora, passando pelo compartilhamento obrigatório dos espaços e chegando até a necessidade de vigilância constante em nome da segurança, de tal modo que esperar que ali ele possa reunir as condições para bem

---

<sup>214</sup> Embora não aborde diretamente esta situação fática, S. OLIVEIRA E SILVA, in *O arguido*, p. 575, chega a conclusão similar ao analisar a utilização de agente encoberto que não influa de forma decisiva na vontade do suspeito confesso: “Em conformidade, não configuram engano proibido as situações em que a intervenção do agente infiltrado não influa de forma decisiva na formação da vontade do suspeito, vale dizer, não lhe subtraia o efetivo controlo sobre o « se » e o « como » das declarações”.

<sup>215</sup> Veja resultado semelhante alcançado pelo raciocínio de D. ERTAL ALVES DA COSTA, in “*Nemo tenetur se detegere* e dados criptografados: restabelecendo o equilíbrio”, in D. DE RESENDE SALGADO e R. PINHEIRO DE QUEIROZ (org.), *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*, 3ª ed., Salvador, Juspodvim, 2019, p. 221.

desenvolver sua personalidade e exercer suas escolhas beira o mero exercício de retórica. A propósito, haveria muito mais coerência e transparência se do édito prisional constasse a decretação da perda temporária da liberdade e também da privacidade do indivíduo, restando implícita, por decorrência dos valores constitucionais, a manutenção de um mínimo garantidor da sua dignidade. Assim, nem mesmo a privacidade é um direito absoluto, podendo ser flexibilizado até uma fronteira tolerável.

Portanto, neste contexto de privacidade comprimida até o limite máximo, não há como se comparar a cela com a residência do preso. Trata-se apenas de local que temporariamente habitará em regime de extrema restrição em razão de estar submetido a uma medida privativa de liberdade determinada em respeito ao devido processo legal. Note-se que não há nem mesmo o desenvolvimento de relações familiares ou estabelecimento de vínculos espaciais. Não por acaso, como prerrogativa da administração penitenciária, o preso é frequentemente deslocado entre celas, pavilhões e até mesmos unidades, o que muitas vezes ocorre sem controle judicial. Assim sendo, para o deferimento da captação ambiental em uma cela não seriam necessários requisitos e *standards* tão rígidos, ao contrário do que se passa em um espaço domiciliar – familiar.

Enfim, o argumento de que uma medida desta natureza não teria cabimento no interior de uma cela em razão da necessidade de preservar a privacidade do preso, a rigor, parte de uma premissa claramente equivocada. Embora não se descure da sua condição de sujeito de direitos e detentor de um estatuto a ser protegido, é fato que o preso não conserva um conteúdo significativo da sua privacidade, não a ponto de merecer este tipo de proteção e obstar o exercício de medidas investigativas que podem se revelar, no caso concreto, extremamente relevantes à repressão de delitos graves e à satisfação de direitos da coletividade<sup>216</sup>.

Lado outro, cuidando agora da questão do *nemo tenetur se detegere*, chama-se a atenção para o fato de que, se o indivíduo está detido em um espaço carcerário, é porque já se iniciou, ao mínimo, a fase de investigação. Caso a pretendida captação ambiental esteja apoiada na ideia de buscar uma confissão na investigação ou no processo no seio do qual já fora interrogado e exercido o direito ao silêncio, tendemos a sustentar que haveria violação à garantia da vedação da não autoincriminação. Entretanto, se o que se pretende é, na linha do quanto sinalizado acima, obter elementos relevantes adicionais e indispensáveis, a utilização desta técnica especial de investigação seria adequada. E mais ainda se o substrato fático fossem novos crimes

---

<sup>216</sup> O assunto será retomado, com mais profundidade, no ponto 3.3.3.1.

praticados dentro do recinto prisional, como, por exemplo, na hipótese de o indivíduo preso por ter cometido um feminicídio, ser também integrante de uma organização criminosa e, aproveitando-se do fortalecimento dos vínculos com parceiros de encarceramento, esteja tramando a ampliação dos negócios do grupo e projetando novos ilícitos. A captação ambiental, inclusive, é medida que, se bem executada, possui grandes chances de sucesso em situações deste porte.

O tema é escassamente abordado pela jurisprudência. Não obstante, em Portugal já foi objeto de apreciação pelo Tribunal da Relação de Lisboa, que analisou situação em que o Ministério Público pretendia a realização de escuta ambiental mediante a instalação de microfone em uma cela do Estabelecimento Prisional de Lisboa, onde seriam custodiados dois presos investigados por crime de homicídio vindos do Estabelecimento Prisional de Ponta Delgada. Em acórdão de 27/02/2008, os juízes ratificaram a decisão de piso ao fundamento de que a cela é o espaço de liberdade do recluso, que também tem direito à palavra falada sem interferências, tanto mais por um ato de natureza insidiosa: “no interior desse reduzido espaço o (s) seu (s) ocupante (s) confiarão, legitimamente, que estão a salvo de qualquer intromissão de terceiros na palavra falada, expressão externa da sua interioridade, pelo que a gravação que dela se fizesse não deixaria de se assumir, ainda, como um acto absolutamente desleal”<sup>217</sup>.

É de se notar que no corpo do julgado de primeiro grau – reproduzido no acórdão – a magistrada consignou que no domicílio (como assim definiu a cela) os residentes acreditam estar “numa esfera privada em que baixam as guardas”, diversamente do que acontece na interceptação telefônica, quando, embora não se tenham o conhecimento e consentimento do alvo da medida, ao menos é utilizado meio de comunicação sabidamente passível de alguma interferência.

De partida, nota-se um indevido alargamento da noção de domicílio, a compreender neste contexto também a cela carcerária, o que discrepa do que aqui defendemos. Entretanto, voltaremos ao tema mais adiante. Para além disso, aquele argumento da expectativa de privacidade, embora fizesse algum sentido nos primeiros anos do milênio, poucos anos após a implementação da escuta ambiental pela via legislativa, quando a diligência era de difícil execução técnica e pouco difundida, nos dias atuais não mais pode ser aceito, seja porque as unidades prisionais estão submetidas a recursos de monitoramento cada vez mais amplos e

---

<sup>217</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de fevereiro de 2008, proferido no processo n.º 10898/2007-3, pesquisável em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/0EEB7440C4AC9F528025746D00479E8F>, acedido em 01/09/2024.

tecnológicos, seja porque, todos sabem, as medidas investigativas ou meios de obtenção de prova, bem como os equipamentos demandados para a sua execução estão em franca evolução, agora capazes de êxito em circunstâncias antes inimagináveis e inatingíveis, mesmo em um espaço de clausura. Logo, é razoável esperar ser alvo de monitoramento em todo e qualquer lugar: do quarto de um hotel ao banheiro de um restaurante e, por que não, a uma cela prisional<sup>218</sup>.

No que concerne ao *nemo tenetur se detegere*, a mesma decisão contestada apontou que devem ser rejeitados métodos desleais e enganosos que forcem à confissão. Não há suporte fático no *decisum* que permita inferir a motivação da medida pretendida pelo Ministério Público: se para obter uma confissão já negada ou para o efetivo desenvolvimento da investigação. No particular, são válidas as ponderações lançadas anteriormente: em se tratando de captação ambiental como mero ardil para arredar o direito ao silêncio formalmente exercido no curso da investigação ou do processo, o seu descabimento é manifesto. Do contrário, vale a liberdade probatória no contexto da não amplificação, *in casu*, dos direitos e garantias do recluso.

Foi o caso, por exemplo, do acórdão proferido pelo STJB, também em casuística de captação ambiental em uma cela prisional, em que a pretensão policial era legítima<sup>219</sup>. Na hipótese, a Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul instalou um gravador atrás do vaso sanitário (que se situava do lado de fora da cela) com o objetivo de registrar as conversas entre dois presos envolvidos na prática de homicídio no contexto da atuação de facções criminosas. A defesa pediu a nulidade da prova produzida ao argumento de que houve grave violação à privacidade e do direito ao silêncio, pois o que se objetivava era a confissão mediante “escutas plantadas na residência dos acusados”.

Entretanto, o órgão colegiado, registrando que, na verdade, se investigava ação de organização estruturada voltada ao tráfico de drogas e responsável por homicídios pela disputa por pontos de venda de estupefacientes, entendeu pelo tratamento excepcional do caso. Neste

---

<sup>218</sup> A propósito, nos Estados Unidos da América esse estado de alerta em relação ao monitoramento ambiental, inclusive em celas prisionais, já era percebido muito antes. No caso *Lanza v. New York*, 370 U.S. 149 (1962), consta que o tema foi objeto de um relatório no de 1958, após queixas de advogados: “*Report of the New York Joint Legislative Committee on Privacy of Communications, Legislative Document (1958) n.º 9, 25. It has been reported that a New York trial court judge found it necessary to release a prisoner without bail so that he would be able to consult his attorney, the judge not being able to feel confident after this incident that there was any jail in the State where the prisoner and his lawyers could be secure against electronic eavesdropping*”. Cf. acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos de 04 de junho de 1962, *Lanza v. New York*, proferido no processo n.º 370 U.S. 139 (1962), pesquisável em <https://www.supremecourt.gov/>, acessado em 01/09/2024.

<sup>219</sup> Cf. acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil de 25 de fevereiro de 2014, proferido no processo n.º HC 251132 / RS, pesquisável em <https://scon.stj.jus.br/SCON/>, acessado em 01/09/2024.

contexto, dentro de um preceito de proporcionalidade e na linha do quanto já assinalamos, flexibilizou as garantias individuais em questionamento em favor da ordem pública e da preservação da democracia. De fato, a privacidade ou mesmo o direito à não autoincriminação não poderiam ser maximizados a ponto de impedir o esforço investigativo com recurso à captação ambiental.

Passemos agora à análise de outra tipologia probatória largamente aplicada nos estabelecimentos prisionais.

### **3.3.2 A interceptação (ou escuta) telefônica**

#### **3.3.2.1 Aspectos gerais deste meio de obtenção de prova**

A interceptação (ou escuta, conforme a lei portuguesa) telefônica é um meio de obtenção de prova já bastante difundido e debatido, consistente na captação de comunicação telefônica alheia por um terceiro, sem o conhecimento dos comunicadores<sup>220</sup>. Depende, como é característico dos métodos ocultos, da colaboração de agentes externos que vão viabilizar a execução da medida através de equipamentos e *softwares* específicos responsáveis por armazenar o áudio direcionado pelas companhias telefônicas.

Outrora uma novidade que impulsionou rumorosas investigações em diversas partes do mundo, a interceptação telefônica clássica ou tradicional (correspondente exclusivamente à captação de ligações por voz realizadas por telefone) vem perdendo um pouco da sua importância em vista do desuso das ligações telefônicas e da migração para novas formas de comunicação, designadamente por meio de aplicativos de troca de mensagens instantâneas de texto e de áudio (*WhatsApp, Telegram, Snapchat, Signal*, dentre outros), ainda não interceptáveis como as chamadas de voz tradicionais<sup>221</sup>. De fato, se o emprego deste método significou uma verdadeira disrupção nas investigações policiais, especialmente com a massificação dos aparelhos móveis a partir da década de 90 do século passado, hoje o cenário é bem diferente, pois o recurso de conversação verbal é, sem dúvida, uma das funcionalidades menos utilizadas de um *smartphone*.

Importante destacar, contudo, que, em alguns ordenamentos, esta técnica especial de investigação normalmente compreende também essas (não tão) novas formas de comunicação,

---

<sup>220</sup> Cf. LIMA, *Legislação especial*, p. 515. A doutrina brasileira costuma distinguir os termos interceptação, escuta e gravação. Este mesmo autor esclarece que na segunda a captação é feita por um terceiro com o conhecimento de um dos comunicadores, ao passo que na terceira, a captação é realizada por um dos comunicadores sem o conhecimento do outro.

<sup>221</sup> Cf. COSTA, *Meios atípicos*, p. 179.

como é o caso do Brasil, onde o parágrafo único do artigo 1.º da Lei n.º 9.296/1996 diz ser a mesma “aplicável à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”<sup>222</sup>, bem como de Portugal, vez que o n.º 1 do artigo 189.º diz claramente que “o disposto nos artigos 187.º e 188.º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à interceptação das comunicações entre presentes”. É a ampliação do conceito de telefonia em vista dos inevitáveis avanços tecnológicos que obrigam a utilização de terminologias que abrangem o porvir<sup>223</sup>.

De mais a mais, trata-se, assim como a captação ambiental, de medida invasiva, mas, seguramente, a força que exerce sobre os direitos fundamentais não lhe é comparável, pois o registro ininterrupto de sons e imagens proporciona uma exposição muito maior, especialmente se a medida é executada no domicílio do investigado ou acusado. Por outro lado, a interceptação telefônica, conquanto intermitente (já que operacionalizada apenas quando acionado o dispositivo), pode ter uma abrangência mais ampla e ser até mais restritiva à privacidade, a depender do caso, por não estar presa a limites espaciais: em se tratando de usuário de telefone móvel, o monitoramento é itinerante, acompanhando a pessoa do investigado por onde quer que ele for.

Registre-se também não ocorrer ofensa ao *nemo tenetur se detegere* ou ao direito ao silêncio quando da utilização da interceptação telefônica. Novamente, é forçoso destacar que o suspeito ou arguido estará em suas atividades regulares e cotidianas, longe dos órgãos estatais e de um ato ostensivo de investigação, quando não há obrigação ou preocupação com eventual autoincriminação<sup>224</sup>. A este respeito, são pertinentes as lições de A. PELLEGRINI GRINOVER *apud* L. FLÁVIO GOMES, no sentido de que, neste caso, “o sujeito não está em confronto direto com a autoridade, não é por ela solicitado a responder, nem sofre pressões de qualquer espécie, já que não há constrição no telefonema e o instrumento é utilizado na mais ampla liberdade. O direito ao silêncio do réu ou do indiciado tem como finalidade preservar sua liberdade moral frente à autoridade”<sup>225</sup>.

---

<sup>222</sup> Cf. BRASIL, Lei n.º 9.296 (1996), disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm), acessado em 31/08/2024.

<sup>223</sup> Cf. L. FLÁVIO GOMES, *Interceptação Telefônica e das Comunicações de Dados e Telemáticas* [livro eletrônico], São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, LEI 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996, Art. 1º.

<sup>224</sup> *Ibidem*. No mesmo sentido, G. MADEIRA DEZEM, *Curso de Processo Penal* [livro eletrônico], São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-17.25.

<sup>225</sup> Cf. *Ibidem*.

### **3.3.2.2 Uma necessária diferenciação: quando a interceptação é direcionada a telefones introduzidos clandestinamente nas unidades prisionais**

Dito isso, a interceptação telefônica ainda guarda lugar como protagonista dentre os métodos ocultos de obtenção de prova e avulta como eficiente instrumento investigativo. E adentrando agora o espaço que é objeto deste trabalho, é notável a larga aplicação da medida no ambiente prisional, ainda que motivada por substratos fáticos diversos. É que existe, em primeiro lugar, a possibilidade de se operacionalizar a interceptação das conversas telefônicas travadas entre os presos e seus familiares e/ou advogados. Em casos tais, ordinariamente o recluso faz uso de um terminal telefônico da própria unidade, o qual, por vezes, já é objeto de monitoramento pela administração penitenciária.

A jurisprudência do TEDH cuidou de alguns poucos casos dos quais desbordaram conflitos da utilização de terminais disponibilizados pelas unidades prisionais para comunicação entre reclusos e seus familiares e advogados, os quais serão, inclusive, apreciados no CAPÍTULO IV. Mas a situação que mais nos interessa, por ora, e por isso efetuamos o recorte, é a relacionada à massiva utilização pelos presos de telefones móveis ilícitos introduzidos clandestinamente nos recintos carcerários.

Com efeito, tratando novamente da caótica realidade brasileira como exemplo, o uso (indevido) de telemóveis pelos detentos faz parte do cotidiano das prisões estaduais locais<sup>226</sup>. Aproveitando-se da frágil segurança que normalmente é a tônica na grande maioria destas unidades, presos, visitantes e parceiros externos desdobram-se para introduzir tais equipamentos nas carceragens. Podem ser arremessados a partir do perímetro externo, introduzidos por agentes corrompidos ou até mesmo levados por visitantes em suas cavidades corporais ou em meio a vestimentas, alimentos e pertences, ardis praticados especialmente nos estabelecimentos que não dispõem de equipamentos de raio-x ou *scanners* corporais, além de ostentarem falhas reconhecidas na segurança<sup>227</sup>. Para aqueles grupos criminosos mais afetos à tecnologia e mais bem providos de recursos e de estrutura extramuros, ainda há a possibilidade de entrega a partir de drones, o que já tem sido verificado até mesmo nos Estados Unidos da

---

<sup>226</sup> Como antes sinalizado, as unidades prisionais federais que compõem o Sistema Penitenciário Federal são consideradas seguras, não sendo comum o registro de apreensão de telemóveis em poder dos internos.

<sup>227</sup> Cf. LIMA, in *Manual de Processo Penal*, pp. 152-153, que esclarece: “Como é sabido, o ingresso de aparelhos celulares nos presídios por intermédio dos visitantes, ora por facilitação dos próprios funcionários públicos, tem proporcionado aos presos, notadamente àqueles que integram organizações criminosas, a possibilidade de continuarem exercendo funções de coordenação de ações delituosas no ambiente externo, isso sem contar no planejamento de rebeliões no sistema carcerário como um todo. Os estabelecimentos prisionais se transformaram, assim, em verdadeiros escritórios do crime, mantidos, porém, pelo Estado”.

América<sup>228</sup>.

Embora o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão brasileiro vinculado ao Ministério da Justiça e responsável por executar a Política Penitenciária Nacional, não disponibilize seus dados oficiais, foi divulgado pelos meios de imprensa que, somente no ano de 2023<sup>229</sup>, policiais penais apreenderam cerca de 40.000 (quarenta mil) aparelhos celulares nas unidades prisionais brasileiras. No entanto, a julgar pelo total da população carcerária brasileira, que chegou ao montante de 642.491 (seiscentos e quarente e dois mil, quatrocentos e noventa e um) internos ao final daquele ano de 2023<sup>230</sup>, e considerando ainda a notória subnotificação e a ineficiência neste tipo de enfrentamento, estima-se que a quantidade de telemóveis que circulam clandestinamente pelas unidades prisionais seja assustadoramente maior.

Não custa lembrar que promover a entrada de aparelho telefônico móvel em estabelecimento prisional é crime definido pelo artigo 349-A do Código Penal Brasileiro (CPB)<sup>231</sup> e mesmo a sua posse é considerada falta grave passível de diversas sanções, como definido no inciso VII do artigo 50 da Lei n.º 7.210/1984 – Lei de Execução Penal<sup>232</sup>. Contudo, salvo raras exceções, é prudente imaginar que os reclusos fazem uso de aparelhos celulares de dentro das suas celas de forma rotineira. É certo que, ao menos, com isso podem manter contato com familiares e advogados, medida até defendida por alguns, já que facilitaria a sua defesa e sua reinserção social<sup>233</sup>, mas, para muito além disso, o objetivo e o efeito principais desta prática por boa parte dos reclusos é a delinquência.

Diante deste grave contexto, ainda que, na posse desses *smartphones*, os presos tenham predileção pelo uso de outras maneiras de interação, como através do aplicativo de mensagens instantâneas *WhatsApp* ou de redes sociais como o *Instagram*, que também permitem conversações, a interceptação das comunicações é medida extremamente salutar e frutífera no

---

<sup>228</sup> Cf. BROBST, “The Metal Eye”, *CWLR*, p. 92.

<sup>229</sup> Cf. <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/policiais-apreenderam-40-mil-celulares-em-presidios-no-brasil-em-2023/>, acessado em 31/08/2024.

<sup>230</sup> Cf. Relatório de Informações Penais – RELIPEN 2.º Semestre de 2023, disponível em <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>, acessado em 31/08/2024.

<sup>231</sup> Cf. BRASIL, Código Penal (1940), disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm), acessado em 31/08/2024.

<sup>232</sup> Cf. BRASIL, Lei de Execução Penal (1984), disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm), acessado em 31/08/2024. Em Portugal, sabe-se que o n. 2 do artigo 132.º do RGEP estabelece ser “vedada a utilização, a posse ou a mera detenção de quaisquer outros aparelhos telefônicos, designadamente telemóveis.”

<sup>233</sup> Cf. D. BORJA MAPELLI CAFFARENA, “¿Pueden los privados de libertad usar móviles para comunicarse?”, *Anales de Derecho*, XXXI, 2013, p. 11. Nesta linha, mas de maneira controlada, vide a recente alteração promovida pelo DL n.º 58/3033, de 08/09, que autorizou a instalação de equipamentos telefônicos nos espaços de alojamento ou nas áreas comuns dos estabelecimentos prisionais, dotados de sistemas de “bloqueamento eletrônico que permitam o acesso dos reclusos apenas aos contactos autorizados”.

contexto investigativo. Mas, considerando o objetivo deste trabalho, cabe-nos analisar a questão não apenas sob a perspectiva dos órgãos de persecução, que naturalmente possuem interesse frequente e responsável no uso deste método oculto, mas também pelo horizonte dos internos.

O exame parece mais simplificado, eis que há um vício de origem que compromete a ação praticada pelo preso. Como visto, portar e utilizar telemóveis dentro de uma unidade prisional é uma ilicitude. Partindo-se desta premissa, não se pode entender que o recluso merece proteção a algum direito ou garantia a partir deste ponto, na medida em que ingressou em terreno proibido. Ora, se expõe sua intimidade ou se se autoincrimina enquanto utiliza um aparelho celular inserido de forma ilegal e clandestina, nada poderá alegar. Entender de forma diferente seria premiar a má-fé do transgressor e atuar contra o *fair game*. Mesmo a vida está passível de ser retirada quando o sujeito pratica uma ilicitude, como no caso da reação autorizada pela legítima defesa. Assim também se deve entender em relação à privacidade, que deve ser afastada como resposta à transgressão.

Deste raciocínio se conclui que a interceptação telefônica voltada a terminais utilizados indevidamente pelos reclusos no interior das unidades prisionais não pode desafiar resistência, muito menos gerar qualquer espécie de proteção para os presos, que estão a praticar conduta agregadora de riscos à segurança, à disciplina da unidade e à defesa da ordem jurídica. Assim sendo, inclusive, o deferimento da medida deveria depender exclusivamente da comprovação indiciária de que o preso está a utilizar um telemóvel no interior do estabelecimento prisional, transgressão bastante a ensejar o monitoramento das conversas, mesmo porque, ao menos em Portugal, já há telefones fixos disponibilizados ao uso lícito e controlado pela população carcerária, o que torna ainda mais injustificável a clandestinidade.

Outrossim, a demonstração de que, nas chamadas telefônicas, o preso também estaria a delinquir dentro do catálogo de crimes exigido seria prudente (mas não obrigatória) apenas para que os órgãos de persecução pudessem direcionar e racionalizar sua atuação, optando por avançar para uma medida de interceptação telefônica ou por promover uma ação de busca e apreensão na cela habitada pelo suspeito, a depender do caso e do provável conteúdo dos diálogos.

### **3.3.3 A busca e apreensão**

#### **3.3.3.1 A cela como reduto da vida privada do recluso?**

Prosseguindo, a busca e apreensão é um meio de obtenção de prova, ordinariamente

típico e bem regulamentado nos ordenamentos<sup>234</sup>, que objetiva a coleta de fontes de provas. A busca visa o encontro de pessoas ou coisas, enquanto a apreensão é o ato de constrição do que foi buscado<sup>235</sup>. Até podem-se realizar separadamente, mas normalmente caminham juntas, completando-se. A busca pode ser domiciliar, quando procedida em local não acessível ao público, ou pessoal, se realizada na pessoa, como a própria nomenclatura sugere, ante a suspeita de carregar consigo objetos relacionados a uma prática criminosa. Neste último caso, a legislação portuguesa, nos termos dos artigos 174.º e ss. do CPP, a denomina “revista”, terminologia também empregada no cotidiano forense brasileiro.

Malgrado não se trate, como visto, de método oculto ou técnica especial de investigação, a busca e apreensão inequivocamente é uma ferramenta de grande utilidade e aplicabilidade para o alavancar de investigações policiais e a reunião de elementos probatórios, mesmo no enfrentamento da criminalidade complexa e organizada. Sucede que, cuidando-se de diligência ostensiva (apesar do sigilo prévio, essencial para a sua eficácia), normalmente é requerida e deflagrada já no final das investigações, quando não há mais interesse na manutenção do sigilo de outras medidas eventualmente em curso.

Claro que a busca e apreensão levanta diversas questões que merecem estudo aprofundado no âmbito do direito probatório, mas, seguindo o recorte traçado nesta investigação, interessa-nos abordar, dentro das buscas domiciliares, alguns pontos específicos, a começar pela questão do próprio domicílio. É sabido que a busca domiciliar, ou simplesmente “busca” para o CPP, implica uma restrição à inviolabilidade do domicílio, garantia constitucional (artigos 34.º da CRP e 5.º, inciso XI, da CRFB), afetando também, por consectário, a privacidade do indivíduo e da sua família.

Diz a doutrina que o conceito deste domicílio protegido constitucionalmente e alvo das buscas é mais amplo do que o definido civilmente. No Brasil, por exemplo, o domicílio civil é o lugar onde a pessoa estabelece sua residência com ânimo definitivo. Mas o domicílio que pode ser alvo deste meio de obtenção de prova é mais alargado e a proteção alcança também qualquer lugar utilizado como moradia, compreendendo, além da residência tradicional, um quarto de hotel ou de hospital (ainda que utilizados temporariamente), o local de trabalho, áreas internas de estabelecimentos comerciais, garagens, depósitos, quintais, jardins e pátios reservados ou até mesmo um veículo automotor ou embarcação, desde que usado efetivamente

---

<sup>234</sup> No Brasil, a busca e apreensão está disciplinada nos artigos 240 e ss. do CPPB.

<sup>235</sup> Cf. LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 793.

como moradia<sup>236</sup>. Contudo, entendemos que a cela não pode compor este rol, como já tivemos a oportunidade de anunciar rapidamente no item 3.3.1.2, o que a seguir ratificamos.

Como destacado, a proteção do domicílio está fortemente atrelada à defesa da privacidade na sua dimensão espacial. A residência é o reduto particular do indivíduo, o lugar para exercer suas individualidades sem olhares ou intervenção de terceiros, assim compondo e desenvolvendo a sua personalidade à sua maneira<sup>237</sup>. De fato, toda pessoa, em condições normais, deve ter direito a um local personalizável e exclusivo, de onde, inclusive, desde que com respeito à ordem jurídica, possa se opor a tudo e a todos com soberania<sup>238</sup>. Assim sendo, se não incorrer em ilegalidade e não houver motivos justos, nem mesmo o Estado ou um monarca qualquer podem violar esta garantia personalíssima sob nenhum pretexto.

Note-se que o preso não pode agir assim tão soberanamente em sua cela, faltando-lhe o controle espacial, elemento importante para o domínio da privacidade. Em uma casa ou residência a pessoa exerce, com exclusividade, direitos de admitir e de excluir pessoas (*jus admittendi* e *jus prohibendi*) e de tomar conhecimento do que pertence à esfera privada e doméstica<sup>239</sup>. Em seu recinto carcerário, o recluso não possui semelhantes prerrogativas.

Este espaço confinado é seguramente seu domicílio na acepção civil, afinal, ainda que sob o jugo do Estado, há que ter um local a partir do qual possa exercer seus direitos e cumprir seus deveres na ordem privada, enfim, que seja a sua sede jurídica<sup>240</sup>. Não por acaso o Código Civil brasileiro (CCB) estabelece, em seu artigo 76, parágrafo único, que o domicílio necessário do preso é o lugar em que cumpre a sua sentença<sup>241</sup>. Mas não se pode elastecer a cela a ponto de considerá-la um recinto em que lhe seja garantido agir conforme seus sentimentos e desejos, vale dizer, ela não guarda as características de uma residência (ou “casa habitada”, expressão legal) e não é customizável ou personalizável. Nesta linha de inteligência, o Código Civil português (CC) garante, em seu artigo 80.º, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, destacando, porém, que “a extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso

---

<sup>236</sup> *Idem*, p. 799-780 e cf. BADARÓ, *Processo Penal* [livro eletrônico], p. RB-10.90.

<sup>237</sup> Cf. MALAN, “Da Captação Ambiental”, p. 76.

<sup>238</sup> Cf. A. DE MORAES, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 7.ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 172. O ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil leciona que: “O preceito constitucional consagra a inviolabilidade do domicílio, direito fundamental enraizado mundialmente, com base nas tradições inglesas, conforme verificamos no discurso de Lord Chantham no Parlamento britânico: o homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar”.

<sup>239</sup> Cf. KOOPS, “Criminal Investigation”, *TILT*, I, p. 14.

<sup>240</sup> Cf. F. TARTUCE, *Manual de direito civil: volume único*, Rio de Janeiro, Método, 2011, p. 104.

<sup>241</sup> Cf. BRASIL, Código Civil (2002), disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com), acessado em 31/08/2002.

e a condição das pessoas”.

Para além disso, o compartilhamento compulsório da cela entre dois ou mais detentos vulnerabiliza dramaticamente a privacidade<sup>242</sup>. Como já se disse, mesmo a convivência com um único estranho pode ser arrasadora para a intimidade de uma pessoa. A propósito, na Espanha, o TCE, reconhecendo a severa compressão à liberdade determinada pela execução da prisão, decidiu na *Sentencia* 195/1995, de 19 de dezembro, não obstante o *principio celular* previsto no artigo 19.º da *Ley Orgánica General Penitenciaria* (LOGP)<sup>243</sup>, que um preso não tem direito (fundamental) a exigir cela individual, vez que, a depender das circunstâncias, o compartilhamento com um ou mais internos se faz necessário<sup>244</sup> (a rigor, em vista da questão econômica que aflige todos os povos indistintamente e do crescente aumento do encarceramento, a partilha destes espaços, lamentavelmente, talvez seja sempre imperiosa em qualquer local). E quando se fala em celas coletivas, como as da realidade brasileira, em que às vezes dezenas de pessoas se amontoam em um pequeno espaço de confinamento, a situação é muito mais aguda. É realisticamente impossível preservar totalmente seu próprio âmbito vital e reservá-lo do conhecimento dos demais nestas condições<sup>245</sup>.

Concluindo e ainda seguindo este raciocínio, não é razoável se entender que, de dentro da cela e em nome da sua intimidade ou privacidade, o recluso poderia resistir a qualquer pretensão estatal de ter o ambiente que ocupa vistoriado em nome da disciplina, da segurança e até mesmo da prevenção e investigação de crimes. E essa noção é deveras relevante. O Estado abriga centenas, às vezes milhares de pessoas em um único estabelecimento penal e tem a obrigação de garantir a preservação de um núcleo ainda mais intangível de direitos da massa carcerária, notadamente a vida e a integridade física de cada um dos detentos. Mesmo diante de todas as dificuldades decorrentes das próprias dinâmicas e animosidades internas do ambiente carcerário, sem falar na frequente presença e domínio de facções ou gangues prisionais, a administração penitenciária deve manter todos bem e vivos, sob pena, inclusive, de responsabilização civil, penal e administrativa. Neste intento, a verificação do que ocorre no interior das celas (bem como a investigação de eventuais crimes praticados ali ou a partir

---

<sup>242</sup> Cf. SUBIJANA *apud* M. LÓPEZ-MELERO, “La celda como vivienda del interno en centros penitenciarios”, *Revista Criminalidad*, LIX, n.º 1, 2017, p. 98.

<sup>243</sup> Cf. ESPANHA, *Ley Orgánica General Penitenciaria* (1979), disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23708>, acessado em 23/09/2024.

<sup>244</sup> Cf. sentença do Tribunal Constitucional da Espanha de 19 de dezembro 1995, proferida no processo n.º 2.072/1994, pesquisável em [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-1996-1492](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1996-1492), acessado em 01/09/2024.

<sup>245</sup> Cf. M. LÓPEZ-MELERO, “La celda”, p. 99.

daquele local, veremos), são medidas basilares que devem estar sempre franqueadas, desde que, evidentemente, respeitadas as normas de cumprimento, vedados abusos e excessos, que são passíveis de responsabilização<sup>246</sup>.

Deste modo, o preso, enquanto submetido a medida constritiva de liberdade, habita um local que será sim o seu domicílio jurídico, mas que, dados os seus contornos *sui generis*, não se confunde com a noção do domicílio colocado a salvo da entrada de terceiros. A cela não constitui um lar que mereça uma proteção deveras exigente da privacidade, já que haverá sempre um agente penitenciário a bater nos gradis ou colegas de confinamento perscrutando um a vida do outro<sup>247</sup>. De fato, em tal ambiente não lhe será possível assegurar, com plenitude, a realização de todos os seus direitos, designadamente, no que toca à privacidade, a manutenção dos hábitos, a exteriorização de pensamentos e desejos e o respeito ao desenvolvimento da sua personalidade como se em sua casa estivesse. Logo, por decorrência lógica das circunstâncias intrínsecas do cárcere, parcela significativa da sua intimidade estará sempre exposta ou em vias de exposição. E seu direito à vida privada não será oponível aos agentes estatais quando estiver em colisão com outros direitos.

Para além disso, no interior de uma cela prisional o preso tampouco poderá desfrutar de uma efetiva convivência familiar, algo bem característico da morada externa. Com efeito, por mais que as legislações ordinariamente garantam esse direito como princípio, inclusive com a regulamentação de visitas sistemáticas de pessoas da família do detento, é certo que isso não transforma o seu habitáculo em um ambiente de natureza doméstico-familiar, especialmente porque, em muitas unidades, o contato com os parentes, por razões de segurança, dá-se em uma área própria, como um pátio ou parlatório, não raro submetido a videomonitoramento.

---

<sup>246</sup> A propósito, vejamos trecho da já citada *Sentencia 57/1995*: “Finalmente, con referencia al concreto ámbito penitenciario este Tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público, e incluso necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad «aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere» (STC 89/1987, fundamento jurídico 2.º)”. Na hipótese, o TCE, embora reconhecendo a compressão à privacidade, entendeu que obrigar os presos a se despirem e realizarem flexões após encontros íntimos, como medida genérica de segurança, é violadora do direito à privacidade previsto no n.º 1 do artigo 18.º da Constituição da Espanha, eis que excessiva.

<sup>247</sup> Cf. ESCOBAR *apud* LÓPEZ-MELERO, “La celda”, *RC*, p. 99: “La celda no constituye domicilio a los efectos de proteger la intimidad, como también opina Escobar (2007: 232) al manifestar, en forma acertada, que: ‘teniendo en cuenta los distintos caracteres que ha de tener un domicilio para que sea considerado como tal, no son atribuibles a la celda. Es decir, es un espacio físico pero no privativo. Se puede entender la celda, por un determinado tiempo (el que el preso se encuentra en prisión), como su domicilio, pero entendiéndolo, exclusivamente, como el lugar habitual en el que vive, lugar en el que por un periodo tiene que realizar su vida, aunque no privada’”.

Importante sublinhar, inclusive, decisão paradigmática do Tribunal Constitucional (TC) de Portugal que tratou da abrangência do conceito de domicílio, ensejo em que destacou sua “dimensão mais ampla, isto é, e mais especificamente, tem por objecto a habitação humana, aquele espaço fechado e vedado a estranhos, onde, recatada e livremente, se desenvolve toda uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada e familiar”<sup>248</sup>, vale dizer, acrescentamos, o que destoa bastante de uma cela prisional.

Enfim, há que se concluir que o preso tem direito a um domicílio, no aspecto mais amplo, mas ele não é exercitável enquanto estiver submetido à medida privativa de liberdade. Ele guardará o seu espaço externo originário para, no momento em que recobrar seu autogoverno físico, usufruí-lo com plenitude. Enquanto isso, estará em um local que não se confunde com o domicílio protegido constitucionalmente<sup>249</sup>, onde terá sim uma esfera interna e a princípio inviolável, garantidora da sua dignidade (ou um “resíduo de privacidade”<sup>250</sup>, de dimensão interna e ligada à consciência/intimidade), mas largamente comprometida por efeito do aprisionamento e ainda em permanente risco de flexibilização por outros interesses estatais legítimos.

É pertinente trazer à colação a *Sentencia* 89/2006, de 27 de março, do TCE, que julgou alegação de violação de privacidade lançada por um recluso em razão de busca realizada na sua ausência, em sua cela. Nesta decisão, a corte constitucional espanhola, embora tenha reconhecido, por critério de proporcionalidade, violação à privacidade pelo modo como a busca se realizou, posicionou-se exatamente no sentido exposto acima, ou seja: o domicílio (ou, para adequação conceitual, a residência), como conceito jurídico, é um espaço de privacidade imune à interferência de outras pessoas, o que não se confunde com a cela, recinto onde a atuação do Estado não pode ser excluída<sup>251</sup>. Note-se que, em linhas gerais, a conclusão foi semelhante à

---

<sup>248</sup> Cf. acórdão n.º 452/89 do Tribunal Constitucional de 22 de julho 1989, proferido no processo n.º 15/1987, pesquisável em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890452.html>, acessado em 01/09/2024.

<sup>249</sup> Cf. ESCOBAR *apud* LÓPEZ-MELERO, “La celda”, pp. 101-102: “*El tema en cuestión se fundamenta, de un lado, en la tesis de que vivienda no es lo que hay en el ámbito penitenciario, porque su definición no admite la posibilidad que existe en los centros penitenciarios, y, de otro lado, a la hora de tener presentes las características para que la vivienda sea habitable, pese a que se pueden trasladar a los establecimientos penitenciarios, bien porque existen unas condiciones mínimas en cuanto a estructura arquitectónica (agua potable, instalaciones eléctricas y sanitarias, etc.), no significa que se tenga que considerar la celda como las viviendas de los reclusos, sino, exclusivamente, como lugar de cumplimiento de la condena privativa de libertad, de retención y custodia, y el sitio para la reeducación y reinserción social, según mandato constitucional*”.

<sup>250</sup> SUPREMA CORTE DOS EUA, *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 542. O Justice STEVENS, em sua opinião de dissidência, destacou: “*Measured by the conditions that prevail in a free society, neither the possessions nor the slight residuum of privacy that a prison inmate can retain in his cell, can have more than the most minimal value. From the standpoint of the prisoner, however, that trivial residuum may mark the difference between slavery and humanity*”.

<sup>251</sup> Cf. sentença do Tribunal Constitucional da Espanha de 27 de março de 2006, proferida no processo n.º

que resultou do caso *Hudson v. Palmer* (1984), julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Ainda assim, reiteramos, dentro da cela (como em qualquer outro lugar, acrescentemos), o preso poderá exercer dimensões mais restritas da sua intimidade, mas não de forma absoluta, já que haverá sempre o risco de flexibilização. Mas não se pode dizer que aquele ambiente tem a proteção constitucional de um domicílio, a ponto de impor barreiras às ações da administração penitenciária.

Diante do exposto, as buscas nas celas, quando regulares e/ou realizadas por motivos justificáveis e sem abusos, devem fazer parte da rotina prisional sem que se considerem violados os direitos fundamentais dos presos, nomeadamente a sua privacidade ou inviolabilidade domiciliar, conceito, como visto, inaplicável *in casu*<sup>252</sup>. Mas, para melhor sistematizar e analisar o problema, importa discernir duas situações distintas: as buscas preventivas ou repressivas realizadas pela administração penitenciária no exercício do seu poder fiscalizatório; e as buscas que, na verdade, são meios de obtenção de prova. Por certo, estas duas modalidades estão sujeitas a regimes distintos, como se explanará a seguir.

### **3.3.3.2 As buscas fiscalizatórias e as buscas como meios de obtenção de prova: regimes distintos**

Em Portugal, as buscas fiscalizatórias estão previstas no artigo 89.º do CEPMPL e minudentemente regulamentadas pelo artigo 153.º do RGEP, o qual fala da busca geral, que deve ser realizada anualmente; das buscas setoriais, que ocorrem regularmente; e das buscas por razões excepcionais de segurança. Em regra, tais ações são determinadas pela direção da unidade, sem prejuízo da atuação imediata e extraordinária dos agentes, se a situação exigir.

---

6.036/2002, pesquisável em [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-2006-7886](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2006-7886), acessido em 23/09/2024. Vejamos trecho relevante da decisão: “*El domicilio constituye un ámbito de privacidad «dentro del espacio limitado que la propia persona elige» (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5), inmune a la injerencia de otras personas o de la autoridad pública, de modo que el contenido del derecho a la inviolabilidad de domicilio «es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro» (STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 3). De ahí que, aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un «espacio apto para desarrollar vida privada» (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2) en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión, también lo es que tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público. Bien al contrario, el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término”.*

<sup>252</sup> Cf. REVIRIEGO PICÓN *apud* SANCHA DÍEZ, *Derechos fundamentales*, p. 248, que também entende da mesma forma.

Como parece claro, não há necessidade de intervenção judicial, vale dizer, esta atividade fiscalizatória não está subordinada ao princípio da reserva de jurisdição.

Em regra, a privacidade e o *nemo tenetur* não podem ser invocados nestes casos. Com efeito, a administração penitenciária está a exercer uma das suas competências administrativas, no contexto daquela natureza mista da execução da pena, vistoriando as unidades celulares e outros recintos prisionais. Neste desiderato, é legítimo adentrar as celas por inúmeras razões, como checar eventual danos às estruturas, verificar indícios de fugas ou a existência de objetos proibidos, dentre outras relacionadas à segurança e à disciplina na unidade<sup>253</sup>. É válido lembrar que uma prisão é um ambiente extremamente desafiador, que demanda vigilância e atos preventivos constantes, sendo responsabilidade do Estado garantir a vida e a integridade física dos presos e dos agentes penitenciários.

Conquanto tais buscas não objetivem produzir prova em processo penal, é expectável o encontro de achados ilícitos, que devem ser recolhidos e podem se tratar de verdadeiras fontes de prova, como, por exemplo, substâncias entorpecentes e um caderno contendo anotações com toda a movimentação do comércio ilícito realizado no estabelecimento. Neste caso, a notícia-crime será encaminhada juntamente com o material aos órgãos responsáveis pela investigação nos âmbitos administrativo e penal e o preso não poderá alegar em seu favor violações ao seu direito à vida privada, não exercitável neste contexto, ou ao princípio da não autoincriminação, pois, de forma alguma, foi levado a produzir prova contra si mesmo.

Por outro lado, as buscas como meio de obtenção de prova, realizadas no âmbito de uma investigação criminal, suscitam questionamentos mais sérios, pois, como princípio, todo ato de exploração probatória, na medida em que implica restrições a direitos fundamentais, deve se sujeitar a regras e limites, não importando o local, o método escolhido e quem sofrerá a medida. E o aferidor das eventuais violações é o juiz, daí porque, como primeira conclusão, a busca como meio de obtenção de prova, ao contrário da busca fiscalizatória, há de ser sempre determinada por um magistrado.

Contudo, deve-se ressaltar, uma outra vez: a necessidade de respeito ao princípio da reserva do juiz não induz à conclusão de que o preso tem direito irrestrito à inviolabilidade da sua cela, com fim de proteção da sua vida privada. Conforme já acentuado, o custodiado vive em condições especiais de moradia, de tal modo que a sua privacidade naturalmente sofre alto grau de compressão. O controle judicial dar-se-á para avaliar a razoabilidade e a legalidade da

---

<sup>253</sup> Cf. MACIEL, *O mandado*, p. 102.

medida, mas partindo do pressuposto de que a privacidade do preso, por si só, não é motivo para obstá-la. Não parece proporcional frear a atividade investigativa do Estado, nomeadamente quando vise o enfrentamento de delitos daquele catálogo mais grave e/ou que tenham o envolvimento de organizações criminosas, em nome de uma privacidade já deveras vulnerabilizada, em vista das circunstâncias inerentes ao próprio encarceramento.

Com isso, também não se quer concluir que os órgãos de persecução penal detêm carta branca para, no âmbito das suas investigações, ingressar livremente nas celas dos detentos, ao contrário, como norma, as buscas devem sempre ser requeridas e autorizadas por um juiz. Entretanto, como afirmado alhures, devem ser submetidas a exigências muito mais flexíveis do que as buscas domiciliares realizadas extramuros, pois o juízo de ponderação fatalmente há que se inclinar em favor dos interesses do Estado investigador em detrimento de uma privacidade que praticamente inexistente no ambiente carcerário.

Para arrematar, é natural, por exemplo, que, ao avaliar um pedido de busca em uma residência, o juiz considere, para além do atendimento do *standard* exigido, os efeitos deletérios daquela ação, tais como a presença de outros moradores naquele lar familiar, como crianças e idosos e o risco de lhes causar danos ou traumas futuros; o eventual e desnecessário acesso a objetos da intimidade do investigado e da sua família, que não dizem nenhum respeito aos fatos; o impacto na rotina e no cotidiano daquela família; ou as repercussões do evento na relação do alvo com os seus vizinhos. Nenhuma dessas preocupações há que ser levada em conta quando é autorizada uma busca em uma cela, uma vez que se trata de local de contornos que discrepam e muito de um ambiente domiciliar-familiar.

Neste trilhar, convém trazer à colação julgado do Tribunal da Relação do Porto<sup>254</sup>. No caso em questão, o Ministério Público requereu a realização de uma busca na cela de um interno com vistas à investigação de crime de tráfico de estupefacientes. Pouco antes de uma revista por desnudamento, ele havia voluntariamente efetuado a entrega de uma quantidade de drogas provavelmente recebida de visitantes, por isso se considerou necessário e conveniente realizar a diligência no seu habitáculo. Uma vez que o juiz negou o pedido, argumentando que a competência era da direção da unidade, o órgão ministerial recorreu, submetendo o caso à instância superior.

Os magistrados do Tribunal da Relação do Porto, distinguindo adequadamente as duas modalidades de busca, asseveraram que o que pretendia o órgão de persecução era uma busca

---

<sup>254</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de setembro de 2023, proferido no processo n.º 1029/23.6JAPRT-A.P1, pesquisável em <https://shorturl.at/ySqH8>, acessado em 01/09/2024.

nos moldes dos artigos 174.º e seguintes do CPP (de natureza probatória), razão pela qual a competência era mesmo judicial. Entretanto, embora tenham acolhido o pleito recursal, declarando sem efeito o despacho recorrido e determinando que o juízo inferior decidisse sobre a busca pretendida, os juízes daquela corte, a reboque de abalizada doutrina, reconheceram a cela como o domicílio do preso, eis que compreendida na expressão “casa habitada”<sup>255</sup>.

Foi utilizado como argumento o fato de que o regime de buscas fiscalizatórias serve para assegurar a ordem e a disciplina no estabelecimento prisional, não para facilitar o *jus puniendi* estatal. Entretanto, reiteramos, conforme nossa tomada de posição, que o que deve facilitar as buscas probatórias, inclusive fundamentando *standards* menos exigentes, não é a previsibilidade das buscas regulares para fins de segurança e disciplina, é a proporcionalidade da medida, considerando, especialmente, o alto grau de restrição à vida privada dos presos naquele ambiente. Não parece razoável obstar o desenvolvimento da atividade investigativa estatal de delito grave em favor de um direito já deveras comprimido pelas circunstâncias. Mas é evidente que a relativização do direito deve ocorrer mediante a análise concreta das circunstâncias, no bojo de um teste de proporcionalidade.

A propósito, J. LUIS DE DIEGO ARIAS, comentando algumas *Sentencias* do TCE que tratam de buscas fiscalizatórias autorizadas pelo artigo 23.º da LOGP espanhola<sup>256</sup>, menciona a possibilidade, admitida tanto pela doutrina como pela própria corte constitucional, de aniquilação total do direito à privacidade em determinadas situações<sup>257</sup>. É o que acontece no

---

<sup>255</sup> Sobre este ponto, vejamos trecho do acórdão: “Por seu turno – e em brilhante resumo – no COMENTÁRIO JUDICIÁRIO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – TOMO II, Almedina, os Ilustres Sr.s Conselheiros António Gama e outros, na página 610, parágrafo 6, ensinam que: «A cela de um estabelecimento prisional, embora por razões de segurança seja sempre acessível aos guardas prisionais, deverá ser considerada como domicílio do recluso, carecendo a entrada de outras pessoas, na falta de qualquer outra razão justificativa válida (art. 177º/3) do necessário mandado judicial (contra NIEVES SANZ MULAS, 2005, 322). Apesar de privados da liberdade, os reclusos conservam (na medida do possível) os seus direitos à privacidade (art. 7º/1/f, CEP) à intimidade e até a um alojamento individual e condigno (art. 26º daquela Lei). O regime especial de buscas efectuadas pelos guardas prisionais (...) destina-se a assegurar a ordem e segurança no estabelecimento prisional (...) e não a facilitar o exercício do ius puniendi estadual. Se é compreensível e até recomendável que o Estado se possa intrometer livremente naquele local para garantir aquela ordem e aquela tranquilidade, já não será admissível que o possa fazer indiscriminadamente, sem necessidade de invocar qualquer razão justificativa, para efeitos de mera perseguição criminal. Tanto mais que os guardas prisionais nem sequer são OPC (sobre as exigências destas buscas, nomeadamente de ponderação dos resultados e do impacto nos serviços, cfr. a Cir./PGR 5/12 de 12-3-2012)».”.

<sup>256</sup> Cf. ESPANHA, *Ley Orgánica General Penitenciaria* (1979), *Artículo veintitrés*: “Los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona”.

<sup>257</sup> Cf. DIEGO ARIAS, *El derecho*, p. 185: “Parece claro que el Alto Tribunal está utilizando la teoría relativa del contenido esencial, pues el derecho de intimidad desaparece totalmente al encontrar justificación. Es decir, que una vez acreditado que el cacheo es imprescindible para el orden y seguridad del centro penitenciario, dadas

caso destas diligências, quando devidamente justificadas pelas circunstâncias. Por isso, repetimos, cremos que o mesmo juízo de proporcionalidade pode ser realizado para também admitir as buscas probatórias porventura necessárias, ainda que tais medidas venham a comprometer totalmente aquele direito fundamental não absoluto. Não nos parece que a distinção de finalidade entre as providências vá alterar o nível de compressão da privacidade. Tampouco se deve considerar menos legítima ou mais reprovável uma busca porque ela tem fins processuais penais.

Avançando, ainda tratando da busca como meio de obtenção de prova, são devidos também alguns comentários acerca do princípio da vedação da autoincriminação. O tema tem importância nas hipóteses em que, a depender do material arrecadado nas buscas, se coloque em xeque o *nemo tenetur se detegere*. É o caso, por exemplo, já decantado na jurisprudência alemã, em que, durante a realização de busca em uma cela, haja apreensão de um papel contendo anotações do preso para fins da sua defesa<sup>258</sup>.

Nestas situações, a despeito do raciocínio empreendido pelo tribunal alemão, entendemos que, em linhas gerais, se materializa violação ao princípio da ampla defesa, uma vez que houve conhecimento e revelação da sua estratégia defensiva, mas reflexamente pode ocorrer ofensa ao princípio da não autoincriminação. Em razão disso, a prova não deveria ser admitida na ação penal. Note-se que tais documentos estão no mesmo contexto da comunicação exercida entre cliente e advogado, a qual como regra (não absoluta), sabemos, merece proteção.

Entretanto, na hipótese de apreensão de um outro tipo de documento físico não relacionado à defesa do investigado/acusado, mas contendo a confissão de algum delito (carta, diário ou uma anotação qualquer), cremos que esta garantia constitucional não é infringida. É que não há, neste caso, nenhum tipo de coação ou método ardiloso para acessar o escrito, o qual, frise-se, foi exteriorizado espontaneamente e certamente após a avaliação de todos os riscos. Acaso quisesse, o recluso poderia resguardar tais informações nas camadas mais íntimas da sua mente, mas não o fez.

Logo, os órgãos persecutórios não estão impedidos de obter tal documento mediante mandado de busca legalmente expedido<sup>259</sup>. Como bem expõe S. OLIVEIRA E SILVA: “Posto que produzidas sem coação, as declarações incriminadoras materializadas em suportes físicos documentais (cadernos, folhas soltas, ficheiros informáticos) seguem o regime próprios dos

---

*las circunstancias del establecimiento y la conducta previa del interno, es posible, no ya la afectación grave de la intimidad, sino su total privación”.*

<sup>258</sup> Cf. MARTINEZ, *Os direitos fundamentais*, p. 74.

<sup>259</sup> Cf. SILVA, *O arguido*, p. 818.

outros elementos materiais/corpóreos de prova (p. ex., computadores, dinheiro, droga, revólveres, objetos contrafeitos), podendo ser introduzidas no processo contra a vontade do arguido e, se necessário, com recurso a instrumentos coativos – p. ex., mediante uma busca no local onde supõe possam ser encontrados ou uma revista às pessoas que se acredita estarem na sua posse (cf. arts 174.º ss.)<sup>260</sup>.

Pode-se argumentar que, até mesmo por razões de saúde mental, o detento necessite escrever relatos sobre o fato em cadernos ou diários para exteriorizar suas tormentas, justificando-se, assim, a proteção contra escritos incriminadores. Mas ele poderia fazê-lo com a ajuda de um profissional de psicologia, hoje sempre presente nas unidades prisionais. O psicólogo, diante do sigilo da relação mantida com os pacientes, poderia custodiar qualquer escrito e assim ser obrigado a manter segredo das revelações, preservando o recluso do risco da sua arrecadação, algo perfeitamente palatável e até expectável, considerando a permissividade e regularidade das buscas fiscalizatórias. Assim não agindo, o material deve ser compreendido como manifestação de vontade espontaneamente exteriorizada, o que não obsta seu recolhimento e posterior admissão em processo como fonte de prova.

É de se notar, ainda, como já aventado, que a situação fática acima narrada guarda certa semelhança com a apreensão de aparelhos telefônicos do tipo *smartphones*, os quais, para além de uma infinidade de dados e informações da vida privada, podem conter confissões manifestas ou mesmo relatos ou conversas neste sentido. Nem por isso, mais uma vez, pode-se concluir por uma violação de privacidade e do *nemo tenetur* impeditiva à realização da prova. Mas isso será detalhado a seguir, pois o tema da apreensão de telefones comporta alguns aprofundamentos devido à sua importância e à incidência endêmica na realidade carcerária, especialmente, mas não somente, em países dominados pelas gangues prisionais.

### **3.3.3.3 A apreensão de aparelhos celulares clandestinos: o problema da descriptação / desbloqueio por biometria e o dever de colaboração do preso**

Os aparelhos celulares ou telemóveis do tipo *smartphones* são praticamente uma extensão do corpo humano. Este pequeno equipamento repleto de tecnologia embarcada é uma projeção do nosso ser, pois contém amostras fiéis dos nossos estratos físicos e psíquicos. Tamanha é a sua centralidade em nossa vida que através da sua tela é possível saber quem somos, com quem nos relacionamos, os nossos gostos, desejos e preferências, por onde andamos, o que fazemos e tantas coisas mais que nem mesmo nos damos conta. Assim, por

---

<sup>260</sup> *Idem*, pp. 825-826.

estarem relacionados a praticamente todos os nossos aspectos vitais, os telemóveis são também peças fundamentais das investidas delituosas, seja, muitas vezes, por serem o próprio instrumento do crime, seja por armazenarem dados e informações de relevante valor probatório. Neste contexto, estes aparelhos são avidamente visados pelos órgãos persecutórios<sup>261</sup>.

Com efeito, o acesso às evidências digitais destes equipamentos abre um mundo de possibilidades em matéria investigativa. A análise de registros de ligações, mensagens, *e-mails*, anotações, fotos e vídeos, *logs* de acesso e de visita a sites e plataformas diversas, informações sobre localização, trajetos, interações e compras, dentre outros dados de claro potencial revelador municiam os investigadores estatais de um conhecimento acerca do investigado/acusado e da sua vida que nem mesmo o próprio sabe que detém.

Muito já se debateu acerca da possibilidade de acesso direto e imediato a esse conteúdo digital por parte dos órgãos persecutórios, especialmente na hipótese de prisão em flagrante concomitante à apreensão de um desses dispositivos telefônicos. O tema escapa ao objeto do presente trabalho, em especial porque no ambiente prisional esta não é uma hipótese a se considerar. Nas prisões, a apreensão de aparelhos celulares normalmente não decorrerá de um flagrante, mas de uma das duas modalidades de busca já estudadas: as fiscalizatórias e as que são meios de obtenção de prova. Pode ocorrer, o que também não será inusitado, muito ao contrário, a arrecadação fortuita de celulares em outros recintos da prisão, o que também não guarda muita pertinência para este estudo. Por isso, centremo-nos nas duas situações apontadas.

Antes, é oportuno sinalizar a contribuição do aparelho celular clandestino para o estado de insegurança que emana de muitas prisões, sobretudo as já apossadas pelas facções ou gangues, o que tem afetado a paz social em muitos países. De fato, para garantir uma agenda criminal intensa, robusta e produtiva, estes grupos dependem de uma comunicação dinâmica com o ambiente externo, o que não ocorria quando as mensagens eram enviadas pelas vias tradicionais, como por meio de visitantes, advogados cooptados ou por parceiros que deixavam o ambiente prisional. Somente com o telemóvel, designadamente os mais recentes, com conexão ininterrupta à *internet* e dotados de outras tecnologias como o *bluetooth* e diversas funcionalidades, esse dinamismo foi garantido, o que representou um salto de eficiência nos negócios ilícitos destas organizações. Isso reforça a importância, para o Estado investigador, de

---

<sup>261</sup> Cf. R. FRANCISCO FRANÇA, “Balancing Self-Incrimination and Public Safety: A Comparative Analysis of Compelled Smartphone Unlocking in Brazilian and U.S. Legal Systems”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, IX, n.º 3, 2023, p. 1374, a proliferação dos aparelhos também transformou a persecução penal. Ele destaca que no Brasil há mais *smartphones* do que sua própria população. Já nos EUA, foram estimados, em 2021, cerca de 298 milhões de aparelhos.

ter em mãos estes dispositivos. Aliás, a reunião de tantas informações em um único equipamento, cuja massa de dados é passível de pesquisas estruturadas com apoio de *softwares* específicos e também da inteligência artificial, é sem dúvida motivo de regozijo para os investigadores, que ganharão em tempo e eficiência<sup>262</sup>. Assim, não é mais necessário analisar dezenas de malotes amarrotados de documentos físicos.

Dito isso, tratando, primeiramente, dos achados de celulares nas buscas fiscalizatórias, retoma-se o raciocínio já desenvolvido no item 3.3.3.2. Após a formalização e conclusão do procedimento administrativo destinado à identificação do(s) proprietário(s) do dispositivo e eventual responsabilização disciplinar, o fato pode ser levado ao conhecimento dos órgãos perseguidores, que avaliarão a conveniência de se iniciar uma investigação criminal. Como será corroborado mais à frente, ao preso não assiste o direito de, em futura investigação ou processo criminal iniciado a partir dos achados, opor violações à sua privacidade ou ao *nemo tenetur se detegere*. Trata-se, como já bem definido alhures, de objeto cuja posse no recinto prisional é proibida, o que afasta qualquer espécie de proteção.

Por outro lado, quando um telemóvel é apreendido no contexto de uma busca como obtenção de prova para investigação criminal, ordinariamente a autorização do acesso aos dados nele armazenados é consequência natural do próprio mandado expedido judicialmente. Afinal, não faz sentido permitir a arrecadação de um *smartphone*, sabendo-se do seu potencial informacional, e não poder explorá-lo. O aparelho como objeto físico e sem acesso aos dados que contém não tem nenhum valor probatório.

Repise-se que o preso dono do aparelho não têm direito à proteção do conteúdo privado ali armazenado. Tendo feito uso de equipamento proibido, a reação estatal no sentido da sua perseguição e apreensão é esperada e, como consequência, o acesso a todo e qualquer dado ali contido deve restar automaticamente autorizado. A grande questão que se coloca se relaciona aos dispositivos encriptados ou protegidos com senhas, caso em que a eventual (e aguardada) postura não colaborativa do recluso deve ser analisada à luz do princípio da vedação à não autoincriminação. De fato, a criptografia, que serve à proteção da privacidade do indivíduo, tem sido utilizada, como autêntica medida antiforense<sup>263</sup>, para dificultar a investigação de crimes

---

<sup>262</sup> Cf. MENDES, “A privacidade digital”, *QF*, pp. 242/243.

<sup>263</sup> Cf. RYAN HARRIS *apud* MARTINEZ, *Os direitos fundamentais*, p. 24: “Segundo Ryan Harris, as medidas antiforense são « quaisquer tentativas de comprometer a disponibilidade ou utilidade da prova no processo forense. Comprometer a disponibilidade da prova inclui quaisquer tentativas de evitar que a prova venha a existir, de esconder prova existente ou de manipular a prova no sentido de assegurar que a mesma deixe de estar ao alcance do utilizador. A utilidade pode ser comprometida através da obliteração da própria prova ou da destruição da sua integridade »”.

graves<sup>264</sup>. O mesmo se pode dizer das senhas ou palavras-passe que bloqueiam a tela, ferramentas mais simplórias, conquanto mais comuns e igualmente eficazes na proteção daquele conhecimento.

Em primeiro lugar, tracemos um breve panorama acerca da encriptação ou uso de palavras-passe em telemóveis e do dever de colaboração no caso de pessoas que estão em liberdade. O entendimento prevalente no Brasil, inclusive com suporte em decisões dos tribunais superiores, é o de que a pessoa não é obrigada a desbloquear o seu *smartphone*, já que não poderia ser compelida a produzir provas contra si mesmo<sup>265</sup>. Em Portugal (e assim como no Brasil), há silêncio na legislação, tanto no CPP como a Lei do Cibercrime (LCCrim), que não preveem a disponibilização da senha ou desbloqueio do telemóvel dentre os deveres de colaboração. Destacamos a opinião de S. OLIVEIRA E SILVA, para quem o indivíduo pode ser instado a entregar algum objeto físico que contenha a chave ou palavra-passe (como um *pen drive*), sob pena de desobediência, mas, caso estejam simplesmente memorizadas, o *nemo tenetur* obsta qualquer ingerência não consentida ao conteúdo da mente do arguido<sup>266</sup>. É o que se denomina de tutela da “esfera mental-espiritual” da pessoa.

Cuidando-se de indivíduo preso e detentor de aparelho celular encriptado ou protegido com senha, não há também como se entender de forma diferente, uma vez que inexistente (e esperamos que jamais exista) expediente não atentatório à dignidade humana capaz de extrair algo da sua mente sem o seu consentimento. E, por certo, a condição de encarcerado não subverte esta avaliação, pois, como se sabe, ele não perde o *status* de sujeito de direitos e, sobretudo, de titular de uma dignidade merecedora de proteção. Logo, se a única forma de acessar o conteúdo de um telemóvel ilícito apreendido é por meio de uma *password* guardada nas raias da mente do recluso, só ele próprio, por ato consciente e voluntário, pode revelá-la. Na sua recusa, nada resta aos órgãos de persecução, para quebrar o bloqueio, senão o manejo de outras estratégias que independam do concurso do suspeito/arguido.

Sucedem que, em alguns casos, os aparelhos celulares utilizados nas prisões não estão encriptados (processo mais complexo e não tão frequentemente utilizado), mas meramente protegidos por senhas ou palavras-passes substituíveis por biometria. Nestas hipóteses, a participação exigida do recluso para desbloqueio do dispositivo seria, por exemplo e como é

---

<sup>264</sup> Cf. CONTARDO, “Apreensão de correio eletrônico”, p. 294.

<sup>265</sup> Cf. MENDES, CARLOS HÉLDER CARVALHO FURTADO e FELIX, YURI, “(In) aplicabilidade da doutrina « foregone conclusion » e o acesso a dispositivos cifrados no Processo Penal brasileiro”, *Boletim IBCCRIM*, ano 31, n.º 365, 2023, pp. 08-09.

<sup>266</sup> Cf. SILVA, *O arguido*, pp. 818 e 831.

mais comum, simplesmente lançar seu olhar para a câmera ou emprestar um dos dedos para coleta da impressão digital. Gestos simples e pouco ou nada invasivos, é verdade, mas que dependem de algum comportamento ativo, ainda que mínimo, e que podem ter consequências catastróficas para o detento no sentido da sua incriminação. Por isso, há que se analisar a situação com cautela em busca de uma solução justa e equilibrada. E é conveniente avaliar se é possível parametrizar e balancear os interesses em jogo.

A propósito, nos EUA, embora a questão ainda não tenha subido à Suprema Corte, já houve decisão da Suprema Corte (Estadual) de Minnesota atestando que não há violação ao *privilege against self-incrimination* ao se determinar que uma pessoa (fora do ambiente prisional) forneça sua biometria (utilização de caracteres individuais do corpo humano como forma de identificação, a exemplo da face, impressões digitais, íris e geometria da mão<sup>267</sup>) para desbloqueio de um *smartphone*. Entendeu-se que o ato de emprestar um dos dedos não era *testimonial*, mas apenas uma exibição parcial do corpo<sup>268</sup>.

Nada obstante, o entendimento geral prevalecente, na hipótese retratada, é no sentido da proteção ao direito do indivíduo de não se autoincriminar. Mesmo o olhar para a câmera ou o emprestar da sua digital seriam atos de natureza ativa que ultrapassariam a mera tolerância passiva (ainda que minimamente) e aos quais ele não estaria obrigado. Entretanto, têm-se algumas razões que permitem tender para a possibilidade, no caso do preso detentor de aparelho telefônico ilegal, de se restringir o alcance do *nemo tenetur se detegere*, que, é válido reforçar, não se trata de garantia absoluta.

De início, convém recolocar em pauta o contexto do ambiente carcerário, designadamente o caos gerado pelo nascimento, instalação e domínio das facções prisionais. O poder quase absoluto destas gangues e a criminalidade robusta e exponencial que delas decorre, transpondo os muros da prisão e se espraiando em profusão pelas ruas são motivos preliminares e bastantes que recomendam um olhar atento à questão. O *nemo tenetur* nasceu de um processo histórico de rompimento com o sistema inquisitorial, que ficou para trás, mas deve ser moldado ao longo do tempo à luz dos acontecimentos que se sucedem e com vistas à formação de um processo penal justo e com paridade de armas<sup>269</sup>. E, neste ponto específico, os órgãos de

---

<sup>267</sup> Cf. COSTA, “*Nemo tenetur*”, p. 227.

<sup>268</sup> Cf. FRANÇA, “Balancing Self-Incrimination”, *RBDPP*, p. 1386.

<sup>269</sup> *Idem*, p. 219. A propósito, aduz W. HASSEMER, “Limites del Estado de Derecho para el Combate contra la Criminalidade Organizada Tesis y Razones”, in FRANCO, A. SILVA FRANCO e G. DE SOUZA NUCCI (org.), *Doutrinas Essenciais Direito Penal*, VII [livro eletrônico], São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, Capítulo VIII – Crime Organizado, n.º 59, que não há uma verdadeira paridade de armas entre o Estado e a criminalidade organizada, vez que o primeiro, por questões morais, não pode se valer dos mesmos meios que se

persecução estão em clara desvantagem perante um poderoso recurso tecnológico praticamente intransponível e já incorporado por esta pujante criminalidade em suas ações. É válida a observação do jurista norte-americano O. KERR sobre a massificação destas tecnologias e o desequilíbrio que causam: “*Strong encryption for everyone shifts the balance of power towards the citizen and away from the state*”<sup>270</sup>.

Por outro lado, e o que será dito agora toca não somente os detentores de aparelhos celulares integrantes das facções prisionais, o comportamento a ser exigido do recluso possui reduzido ou quase nulo nível de afetação, demandando, ainda, mínimo grau de coercitividade para seu cumprimento, caso necessário. O acesso a registro de ligações, fotos, vídeos, mensagens, e-mails, dentre outros elementos que, v.g., revelem a extensão, os integrantes e área de atuação de um grupo de traficantes, que indiquem o local em que reféns de sequestradores estão escondidos ou que apontem o destino do dinheiro subtraído de uma agência bancária não pode ficar na dependência de um inofensivo olhar ou um simples toque. A desproporcionalidade parece manifesta.

Consigne-se que situações que implicam uma produção ativa mais marcante, se bem que ainda muito próximas da tolerância passiva, não são consideradas como violadoras do *nemo tenetur*, como soprar um bafômetro, abrir a boca para a introdução de uma zaragatoa bucal ou se postar em linha para participar de um reconhecimento<sup>271</sup>. Logo, também pelo aspecto da natureza da conduta, que não representará nenhuma ofensa ou dano à dignidade do preso, há justificativa para lhe exigir tal postura colaborativa. Deve ser lembrado que, em Portugal, há o dever de “sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção” e, no Brasil, os artigos 245 e seguintes do CPPB também preveem deveres colaborativos ao alvo da medida de busca e apreensão, o que mais uma vez reforça que, tanto em um ordenamento quanto em outro, a garantia da não autoincriminação não se reveste de caráter absoluto.

Acresça-se que, ao ser admitido na unidade prisional, o detento passou por procedimentos que se podem considerar muito mais vexatórios e invasivos (conquanto necessários): seguramente foi fotografado em diferentes ângulos, teve seu peso e altura

---

encontram ao alcance dos criminosos.

<sup>270</sup>Cf. O. KERR, “Compelled decryption and the privilege against self-incrimination”, *Texas Law Review*, XCVII, n. ° 767, 2019, p. 770. Mais adiante, ele complementa, apontando o trabalho da jurisprudência americana para se chegar a um equilíbrio: “*To ensure that mechanical application of old rules does not create a dystopia in which new technologies either give the government too much power (which could lead to abuses) or too little power (which would not protect the public), the Court often adjusts old rules to restore the prior equilibrium of government power*”, *idem*, p. 791.

<sup>271</sup> Cf. SILVA, *O arguido*, pp. 867.

medidos, impressões digitais colhidas e o corpo (desnudo) e cavidades inteiramente vistoriados para verificação de objetos escondidos, lesões, tatuagens e outras marcas e os seus cabelos cortados. Logo, as ações relacionadas à coleta da biometria são comparativamente muito menos agressivas. Em verdade, pouco ou nada o são.

É importante ainda salientar que a recusa de um preso a fornecer a palavra-passe de um aparelho celular clandestino pode configurar abuso de direito e o *nemo tenetur* não pode se prestar a esse papel<sup>272</sup>. No caso, permitir que o recluso se oponha à pretensão estatal sob a invocação desta prerrogativa é o mesmo que lhe garantir o exaurimento da ilicitude praticada no ambiente prisional. Ele já tem ciência de que o simples ato de portar um telemóvel no recinto carcerário é uma infração. Por outro lado, após a sua apreensão pela administração penitenciária, ele também está cientificado, evidentemente, de que aquele elemento probatório já está em mãos dos órgãos de persecução. Logo, mais do que se defender, ele objetiva impedir a apropriação (do conteúdo) de uma prova que já foi obtida. Vejamos a diferença: o recluso não está se abstendo de entregar um elemento de prova para evitar sua autoincriminação, ele está atuando para frustrar a ação legítima dos órgãos de persecução que já tem a prova em mãos, o que é abusivo.

A manutenção daquela barreira de acesso, que o detento poderia eliminar em segundos, não é simplesmente o exercício de um direito, mas expressão de má-fé e deslealdade<sup>273</sup>. Refira-se novamente que os investigadores não estão instando o preso a entregar uma determinada prova incriminadora, como a arma do crime, um saco com drogas, um caderno com os nomes e hierarquia dos integrantes da facção ou mesmo o próprio aparelho telefônico (que, às vezes, os investigadores sequer sabem se efetivamente existem ou onde estão). Tampouco estão lhe exigindo uma confissão ou qualquer outro conteúdo declaratório incriminador. A demanda é muito clara: que, mediante um gesto simples e indolor, ele retire um obstáculo tecnológico de difícil transposição para que os investigadores acessem o conteúdo de uma fonte de prova já arrecadada em um contexto de respeito às garantias constitucionais e processuais<sup>274</sup>.

Pode até ser discutível o alcance da proteção a uma pessoa que, em liberdade, tenha

---

<sup>272</sup> Cf. SOUZA, ALEXANDER ARAÚJO DE, *O abuso de direito no processo penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2022, p. 133: “Contudo, deve ser demarcado que o princípio *nemo tenetur se detegere*, do qual deriva a garantia de não se encontrar o réu adstrito ao dever de veracidade *quanto aos fatos que lhe são imputados*, não acoberta abusos”.

<sup>273</sup> *Idem*, p. 68. Esclarece o autor que: “...o abuso processual consiste no exercício de direitos oriundos da relação processual de maneira distorcida ou com desvio de finalidades que o ordenamento jurídico consignou àqueles direitos”.

<sup>274</sup> Esse raciocínio é desenvolvido por COSTA, in “*Nemo tenetur*”, p. 233.

sofrido a apreensão do seu aparelho celular e não deseje fornecer sua biometria para desbloqueá-lo para não se autoincriminar. Mas, no caso do preso, o ato de estar com o telemóvel é ilícito, de modo que todo e qualquer direito ou garantia projetado sobre aquele objeto proibido não deve ser protegido. O entendimento diverso parece desproporcional por gerar grave desequilíbrio entre os direitos da coletividade e a liberdade individual de um detento reincidente (na acepção comum da palavra) em práticas criminosas.

De mais a mais, para além da leniência em permitir a entrada destes telemóveis nas prisões, o Estado-juiz não pode, na sequência, proporcionar um ambiente favorável ao uso impune destes equipamentos, mas é o que aconteceria com o alargamento da garantia. Tal postura tem o deletério efeito de fomentar esta prática pelos internos, pois, ao fim e ao cabo, saberão que estarão protegidos pela biometria e pela desobrigação de fornecê-la em razão de uma indevida hipertrofia do *nemo tenetur*. Nunca é demais lembrar que os aparelhos celulares clandestinos são os responsáveis, nos últimos anos, pela formação de uma rede de comunicação indispensável ao crescimento das facções prisionais e ao estado de insegurança vivenciado no ambiente extramuros.

Não se pode olvidar, ademais, que os códigos penitenciários preveem, como norma, regras destinadas à observância, pelo preso, de diversos deveres decorrentes sua condição e das características do ambiente em que se encontra. É o caso, por exemplo, da LEP brasileira, cujo artigo 38 estabelece um dever geral de obediência, nos seguintes termos: “Cumpra ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena.”. Na sequência, elenca de forma pormenorizada os deveres dos reclusos, tal como a lei portuguesa e outras regras similares pelo mundo<sup>275</sup>.

De todo modo, não há, na doutrina, análises deste tema com lentes voltadas para o ambiente prisional, mas, em se tratando de pessoas soltas, diversas vezes já se levantaram pela restrição do alcance do *nemo tenetur* e pela consequente obrigação de o investigado ou acusado submeter-se à singela captura de parte do seu corpo. Como bem concluiu D. ERTAL ALVES DA COSTA: “No que se refere à intensidade da restrição sobre a proteção contra a autoincriminação, compelir o investigado a fornecer a senha é medida que busca apenas restabelecer o equilíbrio entre garantias do investigado e efetividade da persecução penal originariamente delineado pela Constituição Federal, mas alterado pela utilização da criptografia para fins criminosos”<sup>276</sup>. Assim, com muito mais razão, os reclusos, inseridos em um contexto de ainda mais ilegalidades,

---

<sup>275</sup> Cf. MIRABETE, *Execução Penal*, p. 97.

<sup>276</sup> Cf. COSTA, “*Nemo tenetur*”, p. 243.

com consequências sociais extremamente danosas, também devem-se submeter a este dever.

Por outro lado, assentada a premissa de que o preso investigado não pode opor a prerrogativa de não autoincriminação neste caso, é válido sustentar a possibilidade de emprego de meios enganosos para fazê-lo ceder a biometria<sup>277</sup>, como, por exemplo, o posicionamento disfarçado do celular na direção do seu rosto ou a tomada furtiva de uma impressão digital a outro pretexto<sup>278</sup>.

Por fim, partindo-se da tese da aceitabilidade da exigência de colaboração com a biometria, são também discutidas as consequências para a eventual (e ainda provável) recusa do preso. As soluções comumente vislumbradas pelos ordenamentos vão da aplicação do crime de desobediência (de pouca efetividade, haja vista o baixo grau intimidador da pena prevista), passando pela imposição de uma prisão cautelar como forma de coerção (embora não aceita nos tribunais brasileiros, por exemplo, é inservível neste estudo, que trata de pessoas já submetidas a constrição de liberdade<sup>279</sup>), até à valoração negativa do comportamento, a chamada inferência negativa<sup>280</sup>.

Esta última asserção nos soa relevante. Ora, em se afastando a incidência do *nemo*

---

<sup>277</sup> Cf. SILVA, *O arguido*, p. 772. A autora, ao tratar da coleta da padrão vocal, pontua, com muita precisão: “A circunstância de reclamarem do arguido um agir ativo controlado pela vontade não é, todavia, um fator inteiramente irrelevante. Corresponde-lhe, pelo menos, a inviabilidade prática da sua imposição com recurso à *força física*: as modalidades de coação que hipoteticamente seria necessário impor para obrigar o arguido a falar contra a sua vontade sempre colidiriam com a proibição de tortura, tratamentos desumanos e degradantes (art. 25, n.º 2, da CRP), atingindo a própria dignidade humana (art. 1º da CRP). Não ficam é as instâncias de perseguição criminal impedidas de procurar obter de *outro modo* o resultado probatório pretendido – p. ex., impondo a colaboração sob cominação de desobediência (art. 348.º do CP) ou aproveitando para essa finalidade gravações ocultas validamente realizadas (cf. arts. 187.º a 190.º). Isto porque, repetimos, a « incoercibilidade » naturalística da medida em causa, sendo um fator puramente empírico e externo que em nada contende com a teleologia do *nemo tenetur*, não pode ser elevada a critério determinante do seu âmbito de operatividade”.

<sup>278</sup> Vela-nos apontar o opinião contrária de ROXIN, in “Involuntary Self-Incrimination”, *ILR*, p. 85, ao comentar a utilização de agentes encobertos, quando diz que um policial não pode se valer de expedientes enganosos.

<sup>279</sup> A título ilustrativo, calha destacar que na Inglaterra o *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* (RIPA) prevê que a falta de entrega dos *passwords* de dispositivo encriptado apreendido é sancionado com uma pena de prisão de 2 anos, em conformidade com o artigo 53.º do aludido regramento legal, conforme explicitado por PINTO, in “Privilégio”, p. 2112. Solução semelhante é adotada pelo ordenamento jurídico francês, que pune a falta de cooperação com 3 anos de prisão e multa de 270.000 (duzentos e setenta mil) euros, a qual já foi inclusive validada pelo Conselho Constitucional francês, que entendeu, na linha do quanto decidido pelo TEDH, que este processo não violava o direito de não se autocriminar, como lembra CHRISTODOULOU, in “Le silence”, *PL*, p. 12.

<sup>280</sup> Cf. COSTA, “*Nemo tenetur*”, p. 240. Explica o autor que, no Brasil, o STF vem reiteradamente decidindo que “não configura desobediência o descumprimento pelo investigado de ordem para colaborar com a produção de prova”. Por outro lado, ele entende que as restrições ao *nemo tenetur* e a prisão cautelar como forma de coerção para fornecimento da senha “podem ser justificadas no caso concreto pela gravidade do delito e relevância da medida para a elucidação do crime”. Por outro lado, QUEIJO, in “*O direito de*”, p. 421, discorda deste entendimento, ressaltando, após citar DANIELA VIGONI, que a recusa pode ser ambígua, vale dizer, não necessariamente implicar culpa. CHRISTODOULOU, in “Le silence”, *PL*, p. 12, igualmente discorda, asseverando que isso significaria uma autoincriminação indireta, com inversão do ônus da prova em prejuízo do suspeito ou arguido.

*tenetur* neste caso, parece claro que a dissensão do indivíduo deve acarretar alguma consequência, do contrário não haveria efetividade. E a melhor saída parece realmente considerar esse comportamento no processo valorativo, evidentemente extraindo-lhe juízos negativos. Por certo, a presunção decorrente desta inferência deve se aliar a outros elementos para justificar um juízo condenatório, podendo, ainda, ser infirmada por provas em contrário<sup>281</sup>. Além disso, de modo a se configurar como verdadeira inferência probatória normativa, idealmente deve estar prevista em lei.

### **3.4. Conclusões preliminares**

Neste extenso e importante quadrante, dedicamo-nos à análise de algumas tipologias probatórias comumente utilizadas no ambiente prisional e dos seus conflitos com o direito à privacidade e à garantia do *nemo tenetur de detegere*. De início, foi necessário contextualizar o tema e situá-lo dentro da eterna tensão entre os interesses dos órgãos persecutórios na defesa de direitos coletivos e na eficácia do processo penal *versus* os direitos fundamentais e garantias processuais do cidadão, impondo-se a necessidade de compatibilizá-los. Foi sinalizada a dificuldade de realização desta colheita probatória no espaço carcerário, não somente pelas dinâmicas e rotinas singulares travadas naquele recinto, mas especialmente em virtude da incômoda presença das gangues prisionais.

Assim, foi constatada a relevância da aplicação dos chamados métodos ocultos de investigação, desenvolvidos, a partir da década de 1960, exatamente para o combate da nova criminalidade que surgia na sociedade, mas que também grassava nas prisões, construindo um cenário de excepcionalidade. Tais métodos, potencializados com as novas tecnologias, implicam severas restrições aos direitos fundamentais, por isso dependem de um teste de proporcionalidade para sua utilização, direção, inclusive, seguida pelo TEDH em seus julgados.

Estudou-se, ainda, a captação ambiental de voz e imagem, meio de obtenção de prova empregado com alguma frequência no recinto prisional que colide diretamente com a privacidade e a garantia da não autoincriminação. É sempre necessário realizar um juízo da proporcionalidade ao se lançar mão de método tão invasivo, sobretudo no recinto familiar.

Para contextualizar e mostrar como a privacidade dos presos é comprimida nos espaços prisionais, foi tratado do videomonitoramento contínuo realizado nos presídios federais brasileiros, medida que agora tem previsão legal e foi chancelada pelos tribunais superiores,

---

<sup>281</sup> Cf. F. DA SILVA ANDRADE, *Standards de Prova no Processo Penal*, 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Juspodivm, 2024, p. 65, que não trata do tema em concreto, mas de outra situação hipotética.

embora não se cuide de ação com fins probatórios.

Quanto ao *nemo tenetur*, a despeito da aparente colisão entre a garantia e o método, realizado de forma oculta, os problemas surgiriam apenas na hipótese em que uma pessoa, já constituída arguida e tendo invocado seu direito ao silêncio reiteradamente, fosse submetida a captação ambiental em sua cela com o fim disfarçado de obter sua confissão. No demais casos, contudo, concluiu-se não haver razões para se frear a vantagem investigativa do Estado, respeitada a proporcionalidade da medida.

Em relação à aplicação do método nas prisões, consignou-se que a privacidade já está comprometida neste local, inclusive, foi sinalizado que a cela não merece a proteção de um domicílio. Por outro lado, acerca do *nemo tenetur*, foi trazido acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa que obstou o uso de uma captação ambiental em uma cela para fins investigativos ao argumento da sua deslealdade e de que os presos estariam “numa esfera privada em que baixam as guardas”. Não havia suporte fático para saber se o método foi utilizado para forçar uma confissão já negada, mas, assim não sendo, pontuamos que a garantia não pode ser estendida este ponto, tampouco a cela enseja proteção desta envergadura à privacidade. Neste sentido, a propósito, foi colacionado julgado de um tribunal superior brasileiro.

Avançando agora com a interceptação telefônica, viu-se que, apesar da difusão de uma nova forma de comunicação por meio dos aplicativos de mensagens instantâneas, as conversas por voz ainda possuem relevância comunicacional, assim como o meio de obtenção de prova em questão, igualmente intrusivo como o anterior.

Em relação aos estabelecimentos prisionais, foi apontada a maciça entrada clandestina de telemóveis, instrumentos que ficam à disposição do detentos e integrantes de facções criminosas para dar continuidade aos seus negócios. Uma vez que a entrada e uso destes aparelhos configuram ilicitude, daí não decorre proteção à privacidade e ao *nemo tenetur*, especialmente porque diversas unidades disponibilizam canais de comunicação lícitos aos detentos.

No que concerne à busca e apreensão, inicialmente reforçamos a conclusão de que a cela não desafia a proteção constitucional de um domicílio por não possuir características tão semelhantes. O ambiente é devassado, alvo de constantes e necessárias incursões dos agentes para a garantia da segurança, não há desenvolvimento de relações familiares, não é personalizável e tampouco o preso detém o controle sobre o espaço, não raramente compartilhado com um ou mais estranhos. Foi referida a *Sentencia* 89/2006, de 27 de março, do Tribunal Constitucional da Espanha, que, neste exato sentido, não reconheceu a cela como espaço sujeito a proteção (na linha, inclusive, do caso *Hudson v. Palmer*). Tal conclusão, porém,

não impede o exercício de fragmentos possíveis de privacidade em determinadas situações, o que deve sempre passar por um controle de proporcionalidade.

Em seguida, foram diferenciadas as buscas fiscalizatórias e as buscas probatórias, submetidas a regimes diferenciados. Quanto às primeiras, decorrem dos objetivos penitenciários de garantia da segurança e disciplina, por isso não podem ser opostos limites, exceto contra abusos e ofensas à dignidade humana. As últimas, por outro lado, devem obediência à reserva judicial, mas idealmente mediante requisitos e *standards* mais simples dos que as buscas extramuros, diante das características do local.

Outro acórdão português, agora do Tribunal da Relação do Porto, foi posto em destaque. Malgrado tenha bem diferenciado os regimes das buscas fiscalizatórias e probatórias, pecou, ao nosso sentir, por definir a cela como domicílio do preso, aludindo que as buscas fiscalizatórias servem para assegurar a ordem e a disciplina e não para facilitar o *jus puniendi* estatal. Defendemos, contudo, que a privacidade pode ceder diante de interesses maiores, como decidido reiteradamente pelo TCE.

Ainda, quanto ao conflito entre as buscas e o *nemo tenetur*, pontuamos que a apreensão de documentos ou escritos do preso contendo atos de confissão não viola a garantia, eis que não foram obtidos mediante coação.

Por fim, viu-se a importância dos *smartphones* para a persecução penal em razão do potencial dos dados contidos para o desenvolvimento de investigações. Destacou-se novamente como os telemóveis clandestinos se tornaram instrumentos relevantes para as dinâmicas relacionais das facções, o que reforça a necessidade de apreensão destes equipamentos nas ações de busca. E uma vez que estejam protegidos por biometria, barreira de difícil transposição e que impede os órgãos persecutórios de acessar o seu interior, concluimos que o preso pode ser obrigado a fornecê-la mediante ato não invasivo, que beira a passividade (um olhar ou emprestar um dedo), sem que isso implique violação à sua dignidade ou mesmo ao *nemo tenetur*, garantia que não pode ser estendida a ponto de proteger um conteúdo ilícito, ainda mais considerando todo o contexto, sob pena de configuração de abuso de direito.

Pois bem. Vencidas a demonstração das principais tipologias probatórias utilizadas no âmbito do recinto carcerário e a sua intersecção com a privacidade e o *nemo tenetur se detegere*, seus limites constitucionais, como abordado até aqui, procederemos agora, no capítulo seguinte, a uma pesquisa e análise jurisprudencial acerca deste tema, para que, ao fim, fincados os principais postulados e projetado o cenário de aplicabilidade, tente-se entregar um pequeno contributo sobre a obtenção da prova no ambiente prisional.

## 4. CAPÍTULO IV – ANÁLISE DE CASOS

### 4.1. O TEDH e prova no ambiente prisional

Embora as questões carcerárias ou os litígios relacionados aos reclusos abranjam quase um terço dos casos julgados pela Corte de Estrasburgo<sup>282</sup>, são poucos aqueles em que este tribunal tratou especificamente de conflitos decorrentes da utilização dos meios de obtenção de prova no ambiente prisional. De fato, o TEDH foi frequentemente instado a decidir acerca de violações às garantias dos artigos 3.º (condições do encarceramento), 6.º (processo justo ou equitativo) e 8.º (direito à vida privada) no contexto carcerário, mas muito infreqüentemente atuou tendo como pano de fundo o emprego de um meio de obtenção de prova neste recinto.

Ainda assim, a análise dos casos selecionados a seguir permitirá, para além do conhecimento acerca do entendimento do TEDH sobre tão relevante tema, o desenvolvimento de algumas reflexões, propiciando uma análise crítica e o confronto com alguns dos postulados desta investigação. Neste diapasão, já se viu, a propósito, o alto grau de restrição do direito à vida privada dos reclusos, bem como a amplitude do *nemo tenetur se detegere* – garantia não absoluta, daí porque será interessante, nas próximas linhas, identificar e escrutinar os recortes da abordagem destes temas na jurisprudência da Corte de Estrasburgo, o que pode contribuir para a demarcação das barreiras entre os direitos fundamentais dos reclusos e o uso dos meios de obtenção de prova no recinto carcerário.

#### 4.1.1 Os casos *Van der Graaf v. Holanda* (2004), *Vasilică Mocanu v. Romênia* (2016) e *Gorlov e outros v. Rússia* (2019) e o problema da videovigilância contínua

De início, serão trazidos à colação três casos que têm como traço comum a realização de videomonitoramento ininterrupto no interior de celas prisionais. Malgrado não tratem, evidentemente, de vigilância para fins de coleta probatória, mas sim para o propalado objetivo de garantir a segurança e a prevenção de crimes e incidentes, a análise destes casos é relevante para se compreender qual a extensão da proteção da vida privada promovida pelo TEDH. Vejamos.

Em primeiro lugar, no caso *Van der Graaf v. Holanda* (2004)<sup>283</sup>, o cidadão holandês

---

<sup>282</sup> Cf. LIVINGSTONE, “Prisoners’ rights”, *P&S*, p. 310 e C. AMADO GOMES e A. FERNANDA NEVES (coord.), *Direitos do homem e sistema penitenciário: actas da conferência*, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, p. 05.

<sup>283</sup> Cf. acórdão do TEDH de 01 de junho de 2004, *Van der Graaf v. Holanda*, proferido no processo n.º 8704/03, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-23977>, acedido em 29/08/2024.

Volkert van der Graaf foi preso por ter matado um conhecido político local, então importante candidato em eleições parlamentares iminentes, fato que gerou enorme publicidade e repercussão social. Ele permaneceu em silêncio em seu interrogatório e acabou detido em uma unidade prisional especializada para portadores de problemas de saúde mental, onde foi submetido a confinamento solitário, sem contato com o mundo exterior, à exceção dos seus advogados, e sob vigilância permanente por câmeras, vale dizer, por 24 (vinte e quatro) horas por dia, durante 07 (sete) dias por semana, dentro da sua cela.

Como sói acontecer em situações desta natureza, a Corte de Estrasburgo adota o seguinte proceder: de início, avalia se a situação constitui uma interferência na vida privada para, na sequência, verificar, na dicção do n.º 2 do artigo 8.º da CEDH e em linha com diversas decisões daquele tribunal, se tal ingerência está “prevista em lei” (positivada de maneira satisfatória no direito interno, vale dizer, suficientemente acessível ao litigante, previsível e compatível com o princípio do Estado de Direito) e se se trata de “providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”. Ou seja, primeiro o TEDH julga se existe, em tese, uma interferência na vida privada e, a seguir, decide se tal ingerência é justificável. Esta metodologia não está sistematizada e depende da consulta dos seus inúmeros casos para sua estruturação, o que a torna sujeita a críticas<sup>284</sup>.

Na hipótese, preliminarmente o TEDH reconheceu a videovigilância no interior de uma cela prisional como uma medida causadora de séria interferência no direito do indivíduo do respeito à sua privacidade. De fato, embora seja importante reiterar que a privacidade no espaço carcerário naturalmente sofre uma severa compressão, como regra geral não se deve tolerar facilmente uma ingerência desta natureza, com imposição de filmagem da cela por 24 (vinte e quatro) horas. Entretanto, o tribunal considerou o contexto de excepcionalidade em torno daquela medida, notadamente o estado de agitação social causado pelo crime, que fez eclodirem, inclusive, protestos calorosos nas cidades holandesas. Assim, entendeu que o monitoramento ininterrupto era necessário para impedir a fuga e evitar qualquer dano à integridade do recluso, incluindo eventual tentativa de suicídio, considerada com respaldo em relatório médico que apontava esta tendência. Com isso, tal como entendeu a corte holandesa, garantir-se-ia o comparecimento do preso ao julgamento, aplacando a ira social.

---

<sup>284</sup> Cf. J. PRADEL, “De certaines”, *RTUM*, p. 42.

Escalando cada uma das etapas indicadas pelo n.º 2 do artigo 8.º do CEDH, na sequência o TEDH concluiu que a interferência na privacidade foi de acordo com a lei interna, que perseguia os objetivos legítimos de segurança pública e de prevenção da desordem e do crime e que ainda era necessária em uma sociedade democrática. Ao fim, não admitiu a violação ao aludido dispositivo, apontando justificativas para a flexibilização daquele direito.

Por sua vez, no caso *Vasilică Mocanu v. Romênia* (2016)<sup>285</sup>, o cidadão romeno Vasilică Mocanu, condenado pela prática de falsificação, foi preso no centro de detenção policial de Buzău, permanecendo custodiado em uma cela submetida a medida de videovigilância constante. Assim, dentre outros fatos alegados, recorreu ao TEDH para que fosse reconhecida violação ao seu direito à vida privada, pois era filmado inclusive quando trocava de roupa ou quando saía do banho. O governo romeno informou que as imagens eram apenas registradas, sem salvamento, que não havia captação de sons e que o monitoramento ocorria para evitar distúrbios no ambiente celular, o qual, inclusive, era habitado por mais outros cinco detentos. Neste sentido, aduziu que as restrições à privacidade eram inevitáveis e que agira dentro da margem autorizada pela jurisprudência. No entanto, a Corte de Estrasburgo acabou por reconhecer a violação ao artigo 8.º por entender que não havia previsão legal no direito interno romeno autorizando o monitoramento do interior das celas, mas apenas de áreas comuns da unidade prisional.

Por fim, em *Gorlov e outros v. Rússia* (2019)<sup>286</sup>, três cidadãos russos, dentre eles Igor Yevgenyevich Gorlov, que deu nome ao caso, foram condenados pela prática de crimes como homicídio, roubo, transporte de armas de fogo e outros e cumpriam pena em instituições penais das regiões de Krasnoyarsk e Zabaykalskiy. Eles acionaram o TEDH porque, dentre outras questões, suas celas, incluindo o banheiro, eram alvo de videomonitoramento constante por câmeras de circuito fechado de televisão (CFTV), tarefa por vezes de acompanhada por guardas do sexo feminino, o que violava o direito à vida privada e lhes causava ansiedade e humilhação.

O governo russo argumentou que o monitoramento por câmeras era obrigatório e visava objetivos legítimos, como impedir fugas, prevenir crimes e monitorar a conduta dos internos, garantindo a disciplina e evitando suicídios. Além disso, pontuou que qualquer cidadão russo, independentemente do gênero e desde que preenchesse os requisitos, poderia operar os equipamentos. Sobre as instalações sanitárias, alegou que havia divisórias que as protegiam do

---

<sup>285</sup> Cf. acórdão do TEDH de 06 de dezembro de 2016, *Vasilică Mocanu v. Romênia*, proferido no processo n.º 43545/13, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169702>, acessado em 29/08/2024.

<sup>286</sup> Cf. acórdão do TEDH de 02 de julho de 2019, *Gorlov e outros v. Rússia*, proferido no processo n.º 27057/06, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194247>, acessado em 30/08/2024.

campo de visão do CFTV.

Julgando o caso, a Corte de Estrasburgo tratou logo de diferenciá-lo de *Van de Graaf v. Holanda*, ressaltando que ali havia excepcionalidade e amparo no direito interno para a videovigilância, que se estendeu, inclusive, por poucos meses e de forma não ininterrupta, eis que era deferida por períodos de duas semanas, que não foram contínuos. Na Rússia, o problema era justamente a abusividade do quadro jurídico nacional, que concedia poderes ilimitados às unidades penais para realizar o monitoramento por câmeras em quaisquer circunstâncias de tempo ou lugar, mesmo nas celas, sem prever salvaguardas. Logo, reconheceu a violação ao artigo 8.º da CEDH pela medida reclamada não estar “de acordo com a lei”, vale dizer, o quadro jurídico interno não era satisfatório.

Outro fato interessante neste julgamento foi a menção à jurisprudência do TEDH no sentido de que os reclusos continuam a gozar de todos os direitos garantidos pela CEDH, com exceção do direito à liberdade, ressaltando que outras eventuais restrições devem ser justificadas caso a caso. Este entendimento está em linha com a concepção atual da relação entre o preso e o Estado, como trabalhado no ponto 2.1, que consiste no seu reconhecimento como sujeito de direitos e de participante de uma relação da qual emanam direitos e deveres especiais.

Pois bem. Da apreciação detida destes três casos, nota-se que o TEDH admitiu o videomonitoramento ininterrupto apenas em *Van der Graaf v. Holanda*, atentando-se para as circunstâncias excepcionais do contexto daquele caso, notadamente o estado de ebulição social vivido na sociedade holandesa após o assassinato de um importante político e o perigo real de que o suspeito, que havia exercido seu direito ao silêncio e pouco ajudado a elucidar os motivos do fato, viesse a cometer suicídio no interior da cela, levando eternamente consigo informações que todos ansiavam saber. Por outro lado, em *Vasilică Mocanu v. Romênia* e *Gorlov e outros v. Rússia*, uma análise completa da violação ao artigo 8.º da CEDH restou abortada após ter sido identificada a ineficaz previsibilidade ou regulamentação da medida nos quadros jurídicos internos. Teria sido interessante ver a Corte de Estrasburgo avançar, nestes casos de contexto não excepcional, para apreciação dos demais requisitos, como a verificação da necessidade para a segurança nacional, a defesa da ordem, a prevenção de infrações penais ou a proteção dos direitos de terceiros.

De todo modo, em *Gorlov e outros v. Rússia*, o TEDH admitiu a possibilidade em tese de concordar com controle de determinadas áreas da prisão ou mesmo de reclusos específicos

mediante o sistema de CFTV, seguramente após a realização de um juízo de ponderação<sup>287</sup>. A propósito, foi exatamente o que fez em *Van de Graaf v. Holanda*. Portanto, o tribunal europeu deixou aberto o caminho para uma restrição acentuada no direito à vida privada do recluso, a ponto de permitir, a depender das circunstâncias, o seu monitoramento no interior da cela durante 24 (vinte e quatro) horas, todos os dias. Trata-se de medida extrema e que repercute intensamente na individualidade dos detentos, adotada a exclusivo critério da administração penitenciária e, a princípio, sem validação judicial<sup>288</sup>. Isso nos leva a supor que, nas hipóteses de monitoramento por áudio e/ou vídeo no interior das celas como meio de obtenção de prova, o que normalmente ocorre de forma excepcional, por prazo delimitado e sob rigoroso controle judicial, o TEDH tenderia a aceitar com muito mais facilidade. Contraditoriamente, não é exatamente o que sempre ocorre, como veremos no ponto a seguir.

#### **4.1.2 Os casos *P.G e J.H. v. Reino Unido (2001)*, *Perry v. Reino Unido (2003)*, *Doerga v. Holanda (2004)*, *Wisse v. França (2005)* e *Falzarano v. Itália (2021)* e a compreensão do TEDH sobre a captação ambiental e a interceptação telefônica no ambiente prisional**

Os casos em questão, diversamente dos anteriores, já tratam de conflitos decorrentes do emprego de meios de obtenção de prova no ambiente prisional. É certo que estas decisões passaram ao largo de algumas questões julgadas importantes, o que se deve nomeadamente pelas características dos espaços carcerários europeus, os quais, conquanto também careçam de avanços e melhorias, despontam como recintos de criminalidade mais controlada, quase sempre livres do domínio de organizações criminosas e não tão severamente afetados pela introdução clandestina de telemóveis, ao contrário dos homólogos do continente americano, máxime da América Latina. Nada obstante, trata-se de amostra interessante e que contribui para o aprofundamento do debate proposto nesta investigação.

Principia-se, conforme a ordem cronológica, pela análise do caso *P.G. e J.H. v. Reino Unido (2001)*<sup>289</sup>. Os requerentes, que tiveram atendido o pedido de não divulgação dos seus

---

<sup>287</sup> TEDH, *Gorlov e outros v. Rússia*, § 98.

<sup>288</sup> Convém relembrar a situação das prisões federais brasileiras, já narrada no item 3.3.1.2. Nestas unidades, vale, como regra, o disposto no § 2.º do artigo 3.º da Lei n.º 11.671/2008, que diz: “Os estabelecimentos penais federais de segurança máxima deverão dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública, vedado seu uso nas celas e no atendimento advocatício, salvo expressa autorização judicial em contrário”. Assim, para fins administrativos, a operacionalização de videomonitoramento no interior de uma cela é medida admissível, conquanto excepcionalíssima. Cf. BRASIL, Lei n.º 11.671 (2008).

<sup>289</sup> Cf. acórdão do TEDH de 25 de setembro de 2001, *P.G. e J.H. v. Reino Unido*, proferido no processo n.º 44787/98, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-59665>, acessado em 30/08/2024.

nomes, eram investigados por crime de assalto a mão armada a ser praticado contra uma empresa de valores e, após o desenvolvimento de algumas diligências investigativas, inclusive com a realização de uma captação ambiental domiciliar, foram presos, sendo custodiados em uma unidade policial. Uma vez que fizeram uso do silêncio e se recusaram a colaborar, foi requerida pela polícia e autorizada a instalação de equipamento nas celas em que se encontravam para realização de nova captação ambiental com o objetivo de coleta do padrão vocal e comparação com o obtido anteriormente.

Efetivada a medida e concluída a perícia fonética, com resultado positivo e com consequências processuais desfavoráveis, mesmo após todos os recursos, os reclusos apresentaram questionamento junto ao TEDH, alegando, dentre outras considerações, violação da privacidade e má-fé policial na utilização de procedimento dissimulado para a obtenção do padrão vocal. O governo alegou que não objetivava, com as gravações, a coleta de informação privada ou substantiva, mas apenas a amostra de voz, que não faria parte da vida privada, tratando-se de característica pública e externa. Assim, concluiu que não havia expectativa de privacidade naquele contexto e que qualquer interferência neste domínio era tão insignificante que não haveria violação ao artigo 8.º do CEDH e, se houvesse, seria necessária em uma sociedade democrática para proteger a segurança pública e prevenir crimes.

De partida, a Corte de Estrasburgo reconheceu a gravação das vozes como uma potencial interferência no direito à vida privada, pontuando que o registro com o propósito de uso posterior é considerado como processamento de dados pessoais, o que está no espectro de proteção do artigo 8.º. Prosseguindo, uma vez que o emprego de equipamentos de escuta secretos não estava regulamentado no quadro jurídico interno, deliberou-se pelo reconhecimento da violação. Com isso, o TEDH não teve a chance de avaliar se a medida se adequava ou não ao disposto no n.º 2 do artigo 8.º da Convenção.

De outra banda, os requerentes também colocaram em causa o uso em julgamento das evidências coletadas pelos dispositivos de vigilância secretos, indicando violação ao n.º 1 do artigo 6.º do CEDH (processo justo ou equitativo, no particular, violação à garantia de não produzir provas contra si mesmo). A alegação não foi acolhida, tendo o tribunal considerado que “amostras de voz, que não incluíam quaisquer declarações incriminatórias, podem ser consideradas semelhantes a sangue, cabelo ou outros espécimes físicos ou objetivos usados em análises forenses e aos quais o privilégio contra a autoincriminação não se aplica” (tradução

própria)<sup>290</sup>. Com efeito, na esteira do quanto já assinalado, as amostras vocais não têm conteúdo incriminatório, por isso recebem o mesmo tratamento de uma recolha de sangue ou cabelo, por exemplo, em que o *nemo tenetur* não pode ser invocado, já que se trata de material cuja existência independe da vontade do indivíduo<sup>291</sup>.

Calha destacar agora, até mesmo em contraposição ao caso acima exposto, o que se passou em *Perry v. Reino Unido* (2003)<sup>292</sup>. Aqui, o cidadão Stephen Arthur Perry, suspeito da prática de sucessivos assaltos à mão armada contra motoristas de táxi em Wolverhampton e arredores, após reiteradamente se recusar a participar de atos de reconhecimento, foi submetido a filmagem secreta enquanto esteve preso em um recinto da Esquadra de Polícia de Bilson Street. O objetivo era mostrar o material com imagens do requerente e de outras pessoas de características semelhantes a vítimas e testemunhas dos assaltos. Perry acabou reconhecido como autor em alguns dos crimes e foi condenado a 05 (cinco) anos de prisão, o que foi mantido pelas instâncias superiores, a despeito da sua alegação de que a prova foi colhida deslealmente.

A Corte de Estrasburgo considerou que o ato foi realizado sem o consentimento do interessado e em circunstâncias nas quais ele não poderia prever a gravação e utilização de suas imagens para fins de identificação. Além disso, pontuou que a manutenção do material em suporte permanente e sua inserção em montagem para utilização em diligências investigatórias equivaleria a um manuseio de dados pessoais do investigado, passível, portanto, de proteção. Logo, concluiu pela ingerência na sua vida privada e, seguidamente, uma vez que se reputou não prevista em lei, também pela violação ao artigo 8.º da CEDH.

O TEDH tornou a tratar da produção probatória dentro do recinto prisional em *Doerga v. Holanda* (2004)<sup>293</sup>. Subhas Ranbier Doerga, cidadão neerlandês, encontrava-se preso na Penitenciária de Marwei, em Leeuwarden e esteve envolvido em crime de falsa denúncia cometido por meio telefônico. Ele afirmava que três detentos planejavam escapar da prisão fazendo reféns. Em razão disso, suas conversas telefônicas, realizadas pelos canais disponibilizados pela unidade prisional, foram gravadas e armazenadas para garantia da ordem e segurança do espaço carcerário. Sucede que, posteriormente, foi detonado um dispositivo colocado no carro da ex-companheira do requerente, fato ocorrido, por óbvio, no ambiente

---

<sup>290</sup> *Idem*, § 80.

<sup>291</sup> Cf. SILVA, *O arguido*, pp. 329-330.

<sup>292</sup> Cf. acórdão do TEDH de 17 de julho de 2003, *Perry v. Reino Unido*, proferido no processo n.º 63737/00, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65796>, acedido em 30/08/2024.

<sup>293</sup> Cf. acórdão do TEDH de 27 de abril de 2004, *Doerga v. Holanda*, proferido no processo n.º 50210/99, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61747>, acedido em 30/08/2024.

externo. Na mesma ocasião, inclusive, seu filho, que também estava no automóvel, sofreu ferimentos graves e teve parte da perna esquerda amputada.

Uma vez que *Doerga* emergiu como suspeito deste evento gravíssimo e se encontrando ainda preso à época da explosão, o promotor determinou que suas conversas telefônicas, precedentemente gravadas em razão da suspeita de denúncia falsa, fossem agora disponibilizadas para a investigação da detonação da bomba. Ele acabou condenado por esse e por outros fatos, já que os colóquios confirmavam seu envolvimento no atentado. Mas recorreu ao TEDH alegando que seus diálogos foram ilegalmente gravados, armazenados e utilizados como prova em violação ao artigo 8.º da CEDH.

A Corte, após concluir pela existência da interferência à privacidade, entendeu que a mesma não estava adequadamente prevista em lei, decidindo-se, pois, pela violação alegada pelo requerente. Assim, não adentrou o exame da necessidade da interferência, o que teria sido interessante para fins didáticos. É pertinente pontuar que o TEDH referiu que “having regard to the ordinary and reasonable requirements of imprisonment, that it may be necessary to monitor detainees’ contacts with the outside world, including contacts by telephone, it does not find that the rules at issue can be regarded as being sufficiently clear and detailed to afford appropriate protection against arbitrary interference by the authorities with the applicant’s right to respect for his private life and correspondence”<sup>294</sup>, admitindo, então, como era de se esperar, a possibilidade de monitoramento dos contatos dos detidos com o mundo exterior. Tal entendimento foi posteriormente ratificado em *Ciupercescu v. Romênia* (2020), como já referido no item 2.3.

Prosseguindo, no caso *Wisse v. França* (2005)<sup>295</sup>, dois irmãos chamados Jean-François e Christian Wisse foram investigados pela prática de crimes de assalto à mão armada a agências bancárias do *Crédit Agricole* e tentativa de homicídio contra um *gendarme*. Acabaram indiciados por tais delitos e presos preventivamente nos centros de detenção de Ploemeur e Rennes, mas o juiz de instrução determinou à polícia que instalasse um dispositivo de captação ambiental para registrar as conversas que mantivessem nas salas de visitas, ordenando ainda que se reproduzissem em ata em as informações relevantes para a investigação em curso.

A diligência obteve sucesso na captura de conversas comprometedoras entre Jean-François Wisse e sua companheira. Ele descreveu à sua amásia, entre galhofas, toda a dinâmica

---

<sup>294</sup> *Idem*, § 53.

<sup>295</sup> Cf. acórdão do TEDH de 20 de dezembro de abril de 2005, *Wisse v. França*, proferido no processo n.º 71611/01, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-71735>, acessado em 30/08/2024.

do tiroteio havido em um dos assaltos, durante o qual alvejou um dos policiais; indicou o local onde parte dos bens subtraídos estariam escondidos; e ainda implicou seu irmão Christian Wisse em um dos delitos patrimoniais. Os irmãos pleitearam a anulação das provas colhidas pela captação ambiental, alegando que constituíam invasão em sua vida privada e violação ao direito de permanecer calado e de não contribuir para a própria incriminação (registre-se que, como alegaram, seus interrogatórios haviam sido suspensos até que a medida fosse concluída).

Os tribunais franceses refutaram as alegações dos requerentes e asseguraram a legalidade da diligência probatória, argumentando que já não haveria confidencialidade das conversas nas salas de visitas, eis que são monitoradas pelos agentes, conforme determinação legal, o que era de conhecimento dos reclusos. Além disso, asseveraram que as escutas não seriam “audiências disfarçadas” porque não eram formuladas perguntas aos detidos. Assim, os irmãos, condenados a 25 (vinte e cinco) anos de prisão pelos crimes investigados, recorreram ao TEDH, alegando violação ao artigo 8.º da CEDH.

A Corte de Estrasburgo, apreciando o caso, discordou do entendimento do Estado francês, tratando de diferenciar duas situações: 1) quando o monitoramento é realizado para fins segurança, que seria a finalidade precípua da medida implementada na área de visitas; 2) quando o monitoramento ocorre para outros fins, como para investigação de crimes. Nesta última hipótese, se realizado no ambiente de visitas, este perderia seu sentido de preservar a vida privada do detento, como, por exemplo, garantir a intimidade das conversas com seus entes queridos. Assim, pontuou que a medida determinada ultrapassou os limites de um simples monitoramento fiscalizatório, que é previsto pela legislação francesa, ressaltando que os presos, naquele ambiente, tinham certa expectativa de privacidade, não esperando que suas conversas fossem gravadas com o objetivo de que fossem utilizadas como provas em julgamento. Com isso, concluiu ter havido ingerência na vida privada do recluso e, na sequência, entendeu pela violação ao artigo 8.º da CEDH porque a legislação francesa não indicava com clareza a possibilidade deste tipo de interferência nas salas de visitas de prisões.

Por fim, já recentemente, em *Falzarano v. Itália* (2021)<sup>296</sup>, o TEDH julgou pela

---

<sup>296</sup> Cf. acórdão do TEDH de 15 de junho de 2021, *Falzarano v. Itália*, proferido no processo n.º 73357/14, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-211236>, acessado em 30/08/2024. Convém sinalizar que o caso também envolveu uma discussão relacionada à confidencialidade de conversas entre cliente e advogado, pois Falzarano, em um dos diálogos, teria comentado com um terceiro sobre a entrevista que tivera com o seu defensor. Entretanto, para além da alegação de violação ter sido rejeitada pelo TEDH, eis que não houve uma conversação direta com o advogado, mas mera referência em diálogo com terceiro, este recorte não será destacado e tampouco analisado tendo em vista a delimitação temática deste trabalho, que tem como foco a aplicação dos meios de obtenção de prova no ambiente prisional.

derradeira vez um caso envolvendo conflitos entre meios de obtenção de prova no ambiente prisional e os direitos fundamentais. O cidadão italiano Vincenzo Falzarano era investigado, juntamente com outras quatro pessoas, pela prática de crimes de sequestro, extorsão e lesões corporais graves. Após ser preso e ainda no curso das investigações, o *giudice per le indagini preliminari* (G.I.P.) autorizou a realização da *intercettazioni ambientali* (vigilância de áudio e vídeo) e interceptação telefônica na área de visitação do presídio. Conversas comprometedoras, em que o requerente descrevia as ações criminosas e indicava delas haver participado, foram coletadas e utilizadas no julgamento que resultou na sua condenação, que se baseou também em outras provas.

Falzarano recorreu à instância superior interna, sustentando que o monitoramento foi ilegal porque dizia respeito a conversas privadas entre membros da mesma família, o que foi refutado pelo Tribunal de Apelação de Roma, para quem não haveria proibição de interceptação deste tipo de conversação no ambiente prisional, pontuando, ademais, que tais espaços não poderiam ser considerados locais de residência privados nos termos do n.º 2 do artigo 266 do *Codice di Procedura Penale* italiano<sup>297</sup>. Irresignado e após nova decisão desfavorável no Tribunal de Cassação, o requerente foi ao TEDH, apontando violações aos artigos 8.º e 6.º da CEDH. No que toca a este último dispositivo, alegou que o processo não foi justo porque as provas foram colhidas ilegalmente por terem afrontado seu direito de permanecer calado e de não se autoincriminar.

Após admitir a existência, em tese, de interferência à vida privada, como de costume, o TEDH reconheceu que a ingerência estava prevista em lei, pois havia uma base no direito interno compatível com o Estado de Direito, que era acessível ao interessado e previsível quanto aos seus efeitos. Neste contexto, a legislação italiana apontava adequadamente a casuística de cabimento e ainda estabelecia proteções contra eventuais arbitrariedades. Outrossim, não proibía a interceptação da comunicação entre pessoas de uma mesma família em locais públicos, tais como, acrescentamos, o pátio de visitas de uma unidade prisional. Assim, pela primeira vez em casos desta temática, a Corte de Estrasburgo pôde avançar para a análise dos requisitos seguintes concernentes à finalidade e à necessidade da interferência na privacidade.

Já de partida e sucintamente, o TEDH considerou legítima a finalidade da ingerência, eis que objetivava a busca da verdade em processo penal e a defesa da ordem. Quanto à sua necessidade em uma sociedade democrática, o órgão judicante asseverou que a captação

---

<sup>297</sup> ITÁLIA, *Codice di Procedura Penale* (1988), disponível em <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceProceduraPenale>, acedido em 31/08/2024.

ambiental fora um relevante meio de investigação para demonstrar o envolvimento de vários indivíduos em graves episódios de delinquência. Por outro lado, o requerente dispunha de meios de controle, tendo contestado a medida em sucessivas oportunidades junto às cortes italianas, que apreciaram todos os argumentos e decidiram fundamenta e democraticamente. Logo, refutou a alegação de violação ao artigo 8.º da CEDH.

Outrossim, acerca da suposta afronta à garantia de um processo justo, por utilização de evidência probatória que teria violado seu direito ao silêncio e de não contribuir para a sua própria incriminação, o TEDH registrou que tais direitos objetivam a proteção contra a coerção abusiva por parte das autoridades, devendo ser examinado o grau desta coerção e a existência de garantias. Sem varar outras questões ou trazer outros argumentos, simplesmente pontuou que já havia acabado de assegurar que as escutas em área de visitação prisional estava prevista em lei e justificada, concluindo, portanto, inexistir violação ao artigo 6.º da CEDH.

Após esta breve exposição destes cinco casos, algumas considerações são necessárias e as faremos com base na sequência em que foram apresentados, que também obedece à ordem cronológica, como já destacado. É de se notar que nem sempre as conclusões terão sido encaminhadas em vista de alguma particularidade do ambiente prisional. De fato, em alguns destes casos as singularidades típicas das prisões não foram determinantes para os julgamentos, malgrado todos eles, como visto, tenham avançado as prisões como palco das medidas. Quiçá estivessem os requerentes em ambiente extramuros, as decisões e razões de decidir seriam as mesmas em algumas situações.

E foi o que se passou, por exemplo, com *P.G e J.H v. Reino Unido* (2001) e *Perry v. Reino Unido* (2003), que serão analisados conjuntamente. Em ambos, a captação ambiental foi utilizada para fins de recolha de algum dado corpóreo do investigado: no primeiro, o padrão vocal para fins de comparação em perícia; no segundo, a fisionomia e a compleição física para realização de montagem e utilização em ato de reconhecimento por vítimas e testemunhas. Em comum, foi reconhecido que tais registros, na medida em que foram armazenados, mereciam tratamento de dado pessoal, razão pela qual se entendeu pela ingerência em tese na vida privada. Passada à etapa de análise da justificação desta interferência, o juízo foi negativo já de partida, pois em ambos se concluiu que não havia satisfatória previsão em lei. Note-se que, lamentavelmente, sequer foi possível analisar se a medida era justificável.

A diferença entre os casos reside na questão atinente à vedação da autoincriminação, que foi abordada exclusivamente em *P.G e J.H v. Reino Unido* (2001). De fato, neste caso a parte também alegou violação ao n.º 1 do artigo 6.º do CEDH, argumentando que o processo não foi justo e equitativo porque a forma dissimulada como as amostras de voz foram coletadas

violou o *nemo tenetur*. Contudo, viu-se que o TEDH não acolheu tal alegação, destacando que uma amostra de voz não contém declaração incriminatória, não se aplicando a garantia neste caso, o que está de acordo com a posição adotada neste trabalho.

Em *Perry v. Reino Unido* (2003) a matéria não chegou a ser abordada, possivelmente porque a parte não invocou violação ao n.º 1 do artigo 6.º do CEDH. De todo modo, era razoável esperar entendimento semelhante, pois mais uma vez o que se coletou através do método oculto foram aspectos externos e estáticos do corpo do suspeito (fisionomia e compleição física), que não exprimem conteúdo incriminatório. A propósito, importante destacar que, nestes casos, seria legítima, conforme entendimento aqui sustentado, a condução coercitiva do investigado ao ato de reconhecimento, que se traduziria, como já se disse, em mero “objeto de verificação”<sup>298</sup>.

De mais a mais, é sempre pertinente lembrar, como já posicionado, que a garantia do *nemo tenetur* não é absoluta e esta situação fática é campo fértil para enunciar uma de suas exceções. Especialmente na legislação portuguesa, cuja alínea “d” do n.º 3 do artigo 61 do CPP prevê o dever do arguido de sujeitar-se a diligências de prova, o preso (ou, a rigor, qualquer um) pode ser levado a colaborar de forma enganosa, como em *P.G e J.H v. Reino Unido* (2001) e *Perry v. Reino Unido* (2003), ou mesmo coativa. A propósito, vale pontuar o que diz S. OLIVEIRA E SILVA: “Em contrapartida, a prerrogativa contra a autoincriminação não impede a sujeição coativa ou enganosa do arguido a medidas de investigação que incidam sobre o seu corpo e se dirijam à avaliação das suas propriedades físicas (a fisionomia externa, sinais particulares, o timbre vocal, a caligrafia) ou à obtenção de outras informações referidas à existência corpórea que sejam relevantes para o tema de prova”<sup>299</sup>.

Por seu turno, o caso *Doerga v. Holanda* (2004) não teve seu potencial inteiramente explorado porque, mais uma vez, foi reconhecida a violação à privacidade pela insuficiente previsão em lei, o que obstou a verificação da necessidade da medida implementada. De todo modo, serviu, assim como *Ciupercescu v. Romênia* (2020), para solidificar a ideia de que o ambiente prisional não é espaço para exercício absoluto de todos os aspectos da vida privada do recluso. Assim, não lhe é devido se comunicar com quem quer que seja e de forma indiscriminada. São legítimos o controle e o filtro exercidos neste tocante pelas unidades prisionais, nomeadamente, como ali consignado, por intermédio do monitoramento de chamadas telefônicas externas.

---

<sup>298</sup> Cf. LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 77.

<sup>299</sup> Cf. SILVA, *O arguido*, pp. 866-867.

Já o caso *Wisse v. França* (2005) levanta questões interessantes. O problema ali suscitado, e que motivou o reconhecimento da ingerência na vida privada, foi o monitoramento de um espaço do ambiente carcerário (a sala de visitas) em que poderia até haver, por parte do preso, expectativa de que fosse alvo de algum acompanhamento, até mesmo por meio eletrônico, mas não para fins de produção de prova contra si. Por outras palavras, o TEDH quis dizer que o recluso até podia esperar que suas confidências pudessem ser escutadas pelos agentes penitenciários, mas não podia imaginar que eventuais declarações autoincriminatórias ditas nas salas de visitas, ainda que ouvidas pelos guardas (que ali estavam e eram obrigados pela lei francesa a tudo acompanhar), fossem ouvidas pelos investigadores e utilizadas contra si em investigação ou processo penal.

Logo, constata-se que a questão levantada não gira em torno da privacidade, que já está acentuadamente devassada. A julgar pelo entendimento do TEDH, seria legítimo esquadrihar todas as conversas do preso se o objetivo fosse garantir a segurança e disciplina do espaço prisional (e de fato é, como vimos), mas não se a intenção fosse a coleta de material probatório. Sucede que, na essência, não há distinção: em ambas as situações a privacidade é violada. As diferenças estão somente no objetivo da medida sigilosa e na finalidade do uso das declarações colhidas, mas a privacidade não é menos ou mais atacada em um caso ou outro. Por isso é que, em verdade, o que está em causa não é a privacidade, e sim a garantia contra a autoincriminação, malgrado a Corte de Estrasburgo não tenha deixado isso claro, talvez por conta do entrelaçamento entre elas<sup>300</sup>.

Sob esta perspectiva, é importante divisar que, aquando da utilização de uma medida de captação ambiental, como regra, não se deve entender como violado o *nemo tenetur se detegere* ou qualquer das suas manifestações. Sempre há que se fazer um juízo de ponderação e de necessidade da medida para se dimensionar a garantia *in concreto*, avaliando os interesses dos órgãos investigatórios (busca da verdade, segurança pública, dentre outros), os direitos do cidadão e a proporcionalidade. O princípio da vedação da autoincriminação não é absoluto e pode ser comprimido a depender das circunstâncias. Logo, uma captação ambiental pode-se realizar em uma casa ou ambiente familiar ou mesmo em um pátio de visitas de uma unidade prisional (conquanto tais espaços discrepem fortemente, como se viu), desde que se esteja diante de situações justificáveis. De mais a mais, em se utilizando o critério do próprio TEDH,

---

<sup>300</sup> Cf. ROXIN, “Involuntary Self-Incrimination”, *ILR*, p. 74. No mesmo sentido, cf. FRANÇA, “Balancing Self-Incrimination”, *RBDPP*, p. 1390, pontua a sinergia existente entre a IV e a V Emendas da Constituição norte-americana, a primeira relacionada à privacidade e a segunda à não autoincriminação, destacando que ambas contribuem conjuntamente para o princípio geral dos direitos fundamentais.

vazado, por exemplo, em *P.G. e J.H. v. Reino Unido* (2001) (bem como no caso a seguir citado), não terá havido aqui emprego de método coativo, o que afastaria o reconhecimento de qualquer violação ao direito de produzir provas contra si mesmo.

Em conclusão, houvesse o TEDH reconhecido que o problema principal em *Wisse v. França* (2005) era quanto à garantia contra a autoincriminação e não uma questão de privacidade, e tivesse seguido a linha da sua jurisprudência, notadamente o quanto decidido em *P.G. e J.H. v. Reino Unido* (2001), teria a Corte de Estrasburgo, como consequência lógica, afastado qualquer violação à sua convenção e assegurado a legalidade das ações da polícia francesa.

Finalizando, retoma-se o recente caso *Falzarano v. Itália* (2021). Este foi o único dentre os analisados e pertinentes à temática prisional em que o TEDH considerou a ingerência à privacidade “prevista em lei”, apontando a suficiência da legislação italiana. Deste modo, o tribunal pôde avançar para a análise da necessidade da medida, malgrado tenha se utilizado de fundamentação deveras sucinta para afirmar a imprescindibilidade da medida.

Sem dúvidas, o grande contributo deste caso decorreu da apreciação da alegação de Vincenzo Falzarano no sentido de que, ao ter suas conversas mantidas no pátio de visitas submetidas a gravação, teria havido violações aos direitos de não contribuir para a sua própria incriminação e de permanecer em silêncio. É que, assim como fez em *P.G. e J.H. v. Reino Unido* (2001), a Corte de Estrasburgo pontuou que tais direitos se destinam a proteger o arguido contra coerções abusivas por parte das autoridades<sup>301</sup>. *A contrario sensu*, tendo sido utilizada medida de captação ambiental de forma sigilosa e sem o emprego de formas coativas, não há que se falar em violação ao *nemo tenetur*. Parece, assim, a superação ou quiçá a correção do entendimento aplicado em *Wisse v. França* (2005), conquanto ali a questão tenha sido tratada como da ordem do direito à vida privada.

Enfim, a jurisprudência do TEDH não é exatamente farta de julgados nesta temática, como também, aliás, não há fartura de doutrina e de jurisprudência nos Estados sobre a exploração probatória no ambiente prisional, seus limites e conflitos. Para além disso, sequer tangencia o problema da criminalidade organizada, das facções prisionais e da busca de provas

---

<sup>301</sup> TEDH, *Wisse v. França*, § 44: “Quant au droit invoqué par le requérant de ne pas contribuer à sa propre incrimination et au droit de garder le silence, la Cour rappelle que ces droits ont notamment pour but de protéger l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités et, ainsi, d'éviter les erreurs judiciaires et d'atteindre les buts de l'article 6 (*John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, § 45, Recueil 1996-I). Pour rechercher si une procédure a anéanti la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, la Cour doit examiner la nature et le degré de la coercition, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation qui est faite des éléments ainsi obtenus (voir, *Bykov*, précité, § 92, et les affaires citées)”.

neste difícil contexto, mas se sabe que, felizmente, esta não é a uma realidade tão urgente de muitos países do continente europeu. A despeito disso, foi possível sedimentar alguns entendimentos, especialmente acerca da extensão do direito à privacidade e da amplitude do *nemo tenetur*. Viu-se, como regra geral, que o TEDH está em linha com a compreensão de que não se trata de direito e garantia absolutos, pois podem ceder quando diante de interesses maiores.

Entretanto, todos os casos abordados referiam-se ou à captação ambiental ou à interceptação telefônica, nenhum deles tratou da busca e apreensão, a última das três tipologias avançadas. De fato, a investigação não revelou, dentro da jurisprudência do TEDH, conflitos decorrentes da aplicabilidade deste meio de prova no ambiente prisional. Por isso, será relevante a análise da jurisprudência norte-americana, revisitando o já citado e paradigmático caso *Hudson v. Palmer* (1984), que teve como pano de fundo uma busca carcerária, o que será feito a seguir.

#### **4.2. Suprema Corte dos Estados Unidos da América e o seu entendimento sobre as buscas prisionais a partir do caso *Hudson v. Palmer* (1984)**

O caso *Hudson v. Palmer* (1984), como já destacado no ponto 2.3, ficou marcado por definir os limites da privacidade do preso, abordando o tema especificamente no âmbito da cela prisional. Mediante a aplicação da *Reasonable Expectation of Privacy Doctrine*, elaborada anos antes em *Katz v. United States* (1967), decidiu-se não ser legítima qualquer expectativa de privacidade de um recluso dentro da cela prisional, haja vista, sobretudo, as necessidades da administração prisional de garantir a segurança dentro daquele ecossistema desafiador.

Antes de *Hudson v. Palmer*, o *leading case* sobre a questão da privacidade prisional era *Bell v. Wolfish* (1979)<sup>302</sup>. Neste caso, presos do Metropolitan Correctional Center (MCC), uma unidade de custódia de curto prazo operada pelo governo federal na cidade de Nova York, projetada principalmente para abrigar detentos preventivos (prazo máximo de detenção de 60 dias), moveram uma ação coletiva para questionar a constitucionalidade de algumas práticas e condições de aprisionamento, incluindo (no que nos interessa), a colocação de dois presos em uma única cela e a obrigação de que os internos permanecessem fora das suas habitações quando da realização de buscas pelos agentes.

A Suprema Corte dos Estados Unidos acabou por decidir que tais medidas não se

---

<sup>302</sup> Cf. acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos de 14 de maio de 1979, *Bell v. Wolfish*, proferido no processo nº 441 U.S. 520 (1979), pesquisável em <https://www.supremecourt.gov/>, acessado em 31/08/2024.

revestiam de caráter punitivo e não violavam a IV Emenda, eis que eram necessárias para a garantia da ordem e da segurança nas instalações prisionais, atendendo assim a um objetivo governamental legítimo. Inclusive, quanto às buscas, os juízes consignaram que nem mesmo o mais zeloso defensor dos direitos dos reclusos diria ser necessário um mandado para a sua realização<sup>303</sup>. Além disso, pontuaram que o fato de os reclusos não presenciarem as buscas não diminuía a invasão da sua privacidade e tampouco as tornava *unreasonable*. Em suma, ficou ali sugestionado que os presos não tinham uma expectativa razoável de privacidade em suas celas<sup>304</sup>.

Voltando a *Hudson v. Palmer*, convém lembrar que o pano de fundo do caso foi uma busca realizada pelo agente prisional Ted Hudson no interior da cela do detento Russell Palmer, situada na Bland Correctional Center em Bland, no Estado da Virgínia. Embora, no caso, também se tenha discutido a alegação de que Hudson teria destruído certos bens pessoais do preso, o que interessa nesta investigação, obviamente, é a fração do julgado que cuidou da própria legalidade da ação de busca no contexto de uma eventual violação do direito à vida privada.

Palmer cumpria pena por crimes como falsificação, furto e assaltos a banco e foi submetido a uma *shakedown search*, procedimento normalmente não anunciado e aleatório destinado à procura de objetos ilícitos (os *contrabands*) no interior de uma cela prisional<sup>305</sup>. No ensejo, nada de ilícito foi encontrado, exceto uma fronha rasgada em uma lata de lixo perto do seu beliche, razão pela qual foram constituídas ações disciplinares em seu desfavor por dano à propriedade do Estado (durante os procedimentos da busca, Hudson teria também destruído bens pessoais do detento, mas, como dito, este fato, malgrado tenha sido objeto de abordagem no julgado, não guarda pertinência com a presente investigação e não será objeto de comentários).

O Tribunal de Apelações reconheceu que um prisioneiro teria um “direito limitado à privacidade” em sua cela que o protegeria da realização de buscas destinadas apenas a assediar e humilhar os detentos<sup>306</sup>. O procedimento seria admitido somente se obedecesse a um

---

<sup>303</sup> SUPREMA CORTE DOS EUA, *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 557.

<sup>304</sup> Cf. D. C. GORING, “Fourth Amendment – Prison Cells: Is there a Right to Privacy?”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, LXXV, nº 3, 1984, p. 612.

<sup>305</sup> Cf. M. H. TEPPER, “Hudson v. Palmer: The Fourth Amendment in a Prison Setting”, *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, XII, nº 1, 1986, p. 179.

<sup>306</sup> Ao estatuir que os presos detinham um “limited privacy right”, o Tribunal de Apelação não pretendeu restringir a privacidade do preso, ao contrário, quis garantir-lhe um espaço mínimo de proteção, com o que não não viria a concordar a Suprema Corte.

programa de buscas aleatórias projetadas para impedir ou descobrir objetos ilícitos cuja posse parta de uma crença razoável. Importante mencionar que, neste ponto, a decisão do Tribunal de Apelações reconheceu o quanto decidido em *Bell v. Wolfish* (1979), mas, como se percebe, foi um pouco além na proteção da privacidade dos presos, registrando que as buscas deveriam respeitar um critério de previsibilidade e controle, além de um *standard* mínimo. De fato, assim como já restara decidido em algumas outras *circuits courts*, assentou-se que os detentos possuíam um mínimo de privacidade a se proteger<sup>307</sup>.

A Suprema Corte concedeu o *writ of certiorari* para analisar tal questão (bem como o problema do dano à propriedade, aqui, desinteressante) e, por maioria, discordou deste entendimento. Desta feita, dedicou-se a decidir, como questão inicial, se um preso teria direito à privacidade no interior da sua cela, vale dizer, se poderia invocar a proteção da IV Emenda, discussão jamais colocada em pauta naquele tribunal, não com esta profundidade, nem mesmo em outros dois casos anteriores que trataram de uma busca e apreensão prisional – *Stroud v. United States* (1919) e *Lanza v. New York* (1962)<sup>308</sup>, além do já citado *Bell v. Wolfish* (1979).

Assim, em primeiro lugar, a corte constitucional referenciou alguns julgamentos que reconheceram que os reclusos possuem um estatuto de direitos protegidos constitucionalmente, desde que não incompatíveis com o recinto prisional e com os propósitos do encarceramento. Mencionou, inclusive, conhecida sentença do caso *Wolff v. McDonnell* (1974), segundo a qual “*There is no iron curtain drawn between the Constitution and the prisons of this country*”<sup>309</sup>. A propósito, este caso é citado como um marco de ruptura, nos Estados Unidos da América, com a ideia da existência de uma relação especial de poder que pressupunha a sujeição total do preso ao Estado (vide ponto 2.1)<sup>310</sup>.

Entretanto, na sequência, avançou com o reverso da moeda, lembrando o efeito deletério da prisão de restringir alguns direitos, parcial ou totalmente, dentre estes, particularmente, a privacidade, considerando a impossibilidade de conciliá-la naquele ambiente sempre em ebulição, integrado por indivíduos propensos a transgressões de toda ordem e que experimenta uma atividade criminosa incessante<sup>311</sup>.

---

<sup>307</sup> Cf. GORING, “Fourth Amendment”, *JCLC*, p. 612. Podem ser citados os casos *United States v. Hinckley*, *Bonner v. Coughlin* e *United States v. Lilly*, todos julgados por tribunais inferiores.

<sup>308</sup> Cf. YAK, “Hudson v. Palmer”, *PLR*, p. 783.

<sup>309</sup> Cf. acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos de 26 de junho de 1974, *Wolff v. McDonnell*, proferido no processo nº 418 U.S. 539 (1974), pesquisável em <https://www.supremecourt.gov/>, acessado em 31/08/2024.

<sup>310</sup> Cf. YAK, “Hudson v. Palmer”, *PLR*, p. 786.

<sup>311</sup> SUPREMA CORTE DOS EUA, *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 526: “*Prisons, by definition, are places of involuntary confinement of persons who have a demonstrated proclivity for antisocial criminal, and often violent, conduct. Inmates have necessarily shown a lapse in ability to control and conform their behavior to the legitimate*

Logo, na visão da Suprema Corte, expressada em *Hudson v. Palmer*, a urgência em se garantir a segurança de todos os componentes daquele instável ecossistema, designadamente para impedir a introdução de drogas e armas (atualmente, acrescentaríamos os telemóveis) e evitar planos de fugas autoriza os agentes a acessarem, sem aviso prévio, as celas prisionais, potenciais esconderijos destes achados ilícitos. Reputou-se fundamental assegurar uma discricionariedade no agir dos policiais penais, além do indispensável elemento surpresa, ainda que restasse completamente comprometida a privacidade dos reclusos em suas celas. Com isso, concluiu, estabelecendo uma *bright line rule*, segundo a qual, aos olhos da sociedade, eles não têm uma expectativa razoável de privacidade que lhes permita invocar a proteção da IV Emenda, nem mesmo contra as chamadas buscas *unreasonable*<sup>312</sup>.

O caso *Hudson v. Palmer* rompeu o paradigma até então predominante nos tribunais inferiores do país que garantia alguns vislumbres de privacidade aos presos, inclusive no que se refere ao contexto das buscas prisionais<sup>313</sup>. De fato, a evolução do pensamento da Suprema Corte foi gradativa no sentido de comprimir o direito à privacidade dos presos em favor das ações da administração prisional, que visam, em última análise, o direito da coletividade à segurança.

Importante pontuar que o entendimento de *Hudson v. Palmer* ainda não foi superado, mesmo porque a Suprema Corte não tornou a enfrentar diretamente a questão da privacidade do preso em sua cela, mas apenas incidentalmente em alguns casos. E a corte tampouco teve a oportunidade de abordar o tema sob a perspectiva da vigilância intrusiva implementada nos dias de hoje<sup>314</sup>. De todo modo, no cenário da jurisprudência norte-americana, os direitos individuais do indivíduo encarcerado tendem a ceder diante dos objetivos penitenciários de garantia da ordem, da segurança e da prevenção de crimes<sup>315</sup>.

Mas este entendimento ainda é alvo de diversas críticas, em primeiro lugar, de ordem sociológica, pois a negação ao direito de privacidade, em lugar de aliviar, contribuiria para os problemas de segurança, vez que os detentos tenderiam a ser mais isolados e violentos. Por sua vez, os comentaristas jurídicos norte-americanos destacam a compressão da dignidade do

---

*standards of society by the normal impulses of self-restraint; they have shown an inability to regulate their conduct in a way that reflects either a respect for law or an appreciation of the rights of others”.*

<sup>312</sup> Observe-se que com isso a Suprema Corte não excluiu a possibilidade de proteção contra buscas abusivas, ressaltando a possibilidade de utilização de outros instrumentos, sem necessidade, portanto, de se maximizar a proteção à privacidade do preso.

<sup>313</sup> Cf. YAK, “Hudson v. Palmer”, *PLR*, p. 785.

<sup>314</sup> Cf. BROBST, “The Metal Eye”, *CWLR*, p. 81.

<sup>315</sup> Cf. TEPPER, “Hudson v. Palmer”, *NEJCCC*, p. 186.

recluso, o que afetaria sobremaneira sua reabilitação<sup>316</sup>, bem como a generalidade da regra, que deveria ceder a um juízo de razoabilidade caso a caso<sup>317</sup>. E há também quem defenda que *Hudson v. Palmer* não deve ser interpretado como uma “carta-branca” para os estabelecimentos prisionais investirem indiscriminadamente contra o direito à vida privada dos presos<sup>318</sup>.

As críticas lançadas à tese soam pertinentes. Parece racional e realista, como regra geral, a ideia de que os presos não possuem direito a uma privacidade oponível *erga omnes* em suas celas. Como muito já se disse, o ambiente prisional é deveras desafiador para a privacidade e a necessidade de manutenção da segurança e da prevenção de crimes obriga a administração prisional a adotar medidas que invariavelmente afetarão este direito. Não fosse isso, as próprias características do espaço, para além da convivência compulsória com outros internos, naturalmente comprimem ainda mais aquele direito fundamental. Contudo, este postulado não precisa e nem deve ser seguido de maneira absoluta.

O princípio da dignidade humana, esse que é um dos principais fundamentos dos Estados democráticos<sup>319</sup>, é capaz de oferecer um âmbito de resistência suficiente, servindo, no contexto da sua eficácia negativa<sup>320</sup>, como um escudo contra ações abusivas e desnecessárias e garantindo um mínimo de privacidade aos reclusos em determinadas situações, que devem ser validadas concretamente mediante o balizamento dos interesses em jogo. Assim, por exemplo, o direito de desfrutar de visitas íntimas seria um resíduo dessa privacidade intangível, mas cujo exercício dependeria de algumas circunstâncias.

Por outro lado, que fique claro que, a despeito do entendimento de alguns tribunais inferiores norte-americanos, as buscas prisionais fiscalizatórias não podem ser submetidas a um calendário ou estar dependentes de qualquer crivo temporal. A administração não pode perder a aleatoriedade das ações, um dos grandes trunfos para a prevenção dos ilícitos que ocorrem no espaço carcerário e isso não coloca em causa a dignidade dos presos e nem os desumaniza. Quiçá a forma de execução disponha de muito maior potencial violador do que a própria ação em si.

Logo, o grande contributo de *Hudson v. Palmer* foi o reconhecimento da grave limitação do direito à vida privada do recluso na sua cela prisional. A austeridade desta sentença tem sua importância para não se maximizar demasiada e indevidamente um direito fundamental que não

---

<sup>316</sup> Cf. YAK, “Hudson v. Palmer”, *PLR*, p. 800.

<sup>317</sup> *Idem*, p. 802.

<sup>318</sup> Cf. BROBST, “The Metal Eye”, *CWLR*, p. 48.

<sup>319</sup> Cf. BARROSO, “A dignidade da pessoa humana”, p. 10.

<sup>320</sup> *Idem*, p. 13.

possui tanto espaço de crescimento em um ambiente de características intrínsecas muito particulares. Mas isso não obsta reconhecer que a dignidade da pessoa presa lhe garante um mínimo de privacidade em determinadas situações, mesmo naquele recinto.

Trata-se de enorme desafio divisar esta casuística, é verdade, mas fixemos aqui, por ora, a seguinte ideia, em resumo, a partir do estudado: como norma, o preso não pode opor um direito à privacidade em sua cela como um impeditivo de ações justificáveis da administração prisional lançadas para garantir a segurança de um estabelecimento penal e a prevenção de crimes; mas se deve reconhecer que o recluso possui um resíduo mínimo de privacidade que merece proteção, justamente no limite da sua dignidade, valor que é protegido constitucionalmente em todos os ordenamentos democráticos.

Delimitar esta premissa é salutar para se pensar também nas buscas que são meios de obtenção de prova e o raciocínio deve ser semelhante. Não há um direito à privacidade do preso em sua cela que, a princípio, obste a exploração probatória dos órgãos persecutórios e isso parece ainda mais claro e premente nas unidades prisionais dominadas pelas gangues. E note-se que nestes casos de buscas probatórias normalmente ocorre um filtro de judicialidade, que procede à análise de requisitos e verifica o preenchimento de um *standard* pré-definido, esgrimindo-se um controle de legalidade e razoabilidade amplificado, o que reduz as chances de abusos e excessos que ameacem a dignidade do recluso.

Portanto, os julgados do TEDH e o caso *Hudson v. Palmer* e outros da jurisprudência norte-americana, ainda que em parte tenham como substrato fático ações administrativas da gestão prisional, mostram o caminho para a utilização de meios de obtenção de prova de maneira equilibrada e dentro de limites constitucionais, sem ampliar direitos e garantias por vezes já deveras restringidos pelas circunstâncias, mas sem também se aproveitar deste ambiente extremo para avançar rupturas ainda maiores.

### **4.3. Conclusões preliminares**

No capítulo que agora se encerra, analisamos, inicialmente, alguns casos da jurisprudência do TEDH relacionados ao ambiente prisional, mas, dentre os encontrados, nem todos efetivamente trataram do conflito entre os meios de obtenção e prova e os direitos e garantias constitucionais.

É importante pontuar a metodologia utilizada pela Corte de Estrasburgo em seus julgamentos, na linha da CEDH e da sua jurisprudência: primeiramente, ela avalia se houve, em tese, interferência no direito ou garantia apontado pelo cidadão; na sequência, observa se tal ingerência está prevista em lei (positivada de maneira satisfatória no ordenamento interno);

ao fim, decide, em um claro teste de proporcionalidade, se se trata de providência necessária, em uma sociedade democrática, para (no que nos interessa) a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem, a prevenção de infrações penais ou a proteção de direitos e liberdades de terceiros.

Frequentemente o TEDH resolveu a questão ao verificar a desconformidade da lei interna, deixando de apreciar as demais circunstâncias fáticas, o que teria sido relevante para a pesquisa. Mas, a despeito disso, resultou das análises que a Corte de Estrasburgo, em linhas gerais, reconheceu que o direito que a privacidade e a garantia da não autoincriminação não podem ser exercidos de forma absoluta no interior de estabelecimentos prisionais, mesmo quando os reclusos são desafiados com métodos de produção probatória.

O primeiro grupo de casos tratou do problema da videovigilância contínua das prisões, inclusive dentro de celas, por 24 (vinte e quatro) horas. *Van der Graaf v. Holanda* (2004), *Vasilică Mocanu v. Romênia* (2016) e *Gorlov e outros v. Rússia* (2019) revelaram que circunstâncias excepcionais podem autorizar medidas extremas e altamente compressoras da privacidade.

O segundo grupo já cuidou do emprego de meios de obtenção de prova, como a captação ambiental e a interceptação telefônica, dentro de recintos prisionais europeus, conquanto em contexto diferente do projetado na presente investigação, já que as investidas investigatórias visavam a criminalidade comum.

Os casos *P.G e J.H. v. Reino Unido* (2001) e *Perry v. Reino Unido* (2003) trataram do emprego da captação ambiental com objetivo de coleta de dado corpóreo (padrão vocal e fisionomia e compleição física, respectivamente). Em relação à suposta violação da privacidade, nas duas hipóteses observou-se a insuficiente previsibilidade legal no ordenamento inglês, o que obstou o seguimento da análise sequenciada do TEDH. Mas os casos deram contribuição no estudo do *nemo tenetur*, abordado expressamente apenas em *P.G e J.H. v. Reino Unido* (2001). Dali resultou a conclusão, alinhada com o que é defendido neste trabalho, de que não houve violação à garantia da não autoincriminação, pois uma amostra de voz não contém conteúdo incriminatório. Embora em *Perry v. Reino Unido* (2003) a questão não tenha sido posta em causa, era expectável desfecho semelhante. Aliás, relembrou-se que, em casos similares, seria possível até mesmo a condução coativa do suspeito para coleta da amostra.

Em *Doerga v. Holanda* (2004) o contributo foi mínimo. A verificação da necessidade da interceptação telefônica implementada não ocorreu em vista da falibilidade do direito positivo interno holandês. Mas, ao pontuar que os contatos dos internos estão sujeitos a

verificação, ao menos reforçou a ideia de que a privacidade na prisão não é exercida de forma absoluta.

No caso *Wisse v. França* (2005), o TEDH entendeu que a captação ambiental, para fins investigativos, de conversas mantidas pelo preso do pátio de visitas violava a sua privacidade. Entretanto, foi possível identificar que, na verdade, a Corte de Estrasburgo se preocupou mais com o direito de não se autoincriminar do que com a privacidade em si, embora isso não tenha restado claro. De todo modo, na hipótese, o juízo de proporcionalidade admitiria a realização da diligência, inclusive porque, relembrando o critério utilizado em *P.G e J.H. v. Reino Unido* (2001), não houve emprego de método coativo.

Finalizando, o caso *Falzarano v. Itália* (2021) tratou de uma captação ambiental realizada no pátio de visitas de uma unidade prisional também com a finalidade de coleta de provas para uma investigação criminal. Desta feita, o TEDH reconheceu que a ingerência à privacidade era prevista em lei e avançou na sua metodologia de análise, concluindo que a medida era enfim necessária. A Corte de Estrasburgo não reconheceu a violação ao *nemo tenetur* ao invocar o mesmo critério de *P.G e J.H. v. Reino Unido* (2001), pois não houve utilização de meio coativo. Assim, entendemos que houve superação do entendimento exposto em *Wisse v. França* (2005), ensejo em que o TEDH, mesmo constatando, ainda que reflexamente, eventual violação à garantia da não autoincriminação, condenou o emprego do método por suposta ofensa à privacidade.

Em seguida, a pesquisa enveredou pelo estudo da jurisprudência norte-americana, tendo como base o caso *Hudson v. Palmer* (1984), não apenas por conta da sua relevância para o tema abordado, mas também por tratar das buscas prisionais, matéria que passou ao largo dos casos do TEDH. Embora não trate, mais uma vez, de buscas probatórias, mas sim daquelas realizadas administrativamente para os fins de controle penitenciário, os julgados possuem especial importância para delimitação do grau de proteção devido à privacidade de um preso no interior da sua cela.

Viu-se que o *leading case* anterior era o *Bell v. Wolfish* (1979), quando a Suprema Corte dos Estados Unidos da América já havia decidido que os presos não têm expectativa de privacidade nas suas celas, estando sujeitos às buscas realizadas em razão de objetivos governamentais legítimos. Isso foi reforçado em *Hudson v. Palmer* (1984), mas, desta feita, e esse foi o grande contributo desta caso, aplicou o teste de Katz para formatar a *Reasonable Expectation of Privacy Doctrine*. Com mais ênfase do que em *Bell v. Wolfish* (1979), a Suprema Corte, divergindo do entendimento que vinha sendo sufragado nas *circuits courts*, pontuou a dificuldade de exercício da privacidade naquele ambiente efervescente da prisão. Outrossim,

decidiu que era necessário entregar certa discricionariedade aos agentes, que não poderiam se submeter a um calendário de buscas. Deste modo, concluiu que os presos não tinham expectativa razoável de privacidade nas celas que lhes permitisse invocar a proteção da IV Emenda.

A sentença principal de *Hudson v. Palmer* (1984) está correta, mas procedem algumas críticas lançadas pela doutrina, designadamente por não ter deixado margem para exceções. De fato, em determinadas situações, os presos podem desfrutar de resíduos de privacidade, o que dependerá sempre de um teste de proporcionalidade. O raciocínio aproveita também, obviamente, as buscas realizadas para fins probatórios, que podem avançar dentro destes limites.

Diante disso tudo e à vista do que já foi abordado, é possível extrair algumas lições e divisar alguns enunciados sobre a obtenção da prova no ambiente prisional. É o que será tratado a seguir.

## **5. CAPÍTULO V – ALGUNS ENUNCIADOS SOBRE A OBTENÇÃO DA PROVA NO AMBIENTE PRISIONAL**

Neste momento, avulta a necessidade de sistematizar o que foi estudado até o momento no sentido de sinalizar algumas balizas importantes para a atividade probatória realizada no recinto carcerário. O breve esboço histórico da prisão, suas características e fenômenos particulares, o estudo do estatuto jurídico do preso, a delimitação do direito à vida privada e do *nemo tenetur se detegere*, bem como a análise de algumas tipologias probatórias e de casos relevantes julgados pelo TEDH e pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América propiciam, agora, uma reflexão mais pragmática sobre o tema investigado.

### **5.1. Uma questão preliminar: o necessário reforço do estatuto jurídico do preso e a privacidade admitida pelas circunstâncias**

Preliminarmente, reputa-se relevante voltar à questão do estatuto jurídico do preso. Como já pontuado, o emprego dos meios de obtenção de prova antagoniza com os direitos fundamentais. A situação parece ainda mais crítica quando o âmbito de aplicabilidade destes métodos é o recinto prisional, espaço que se caracteriza, justamente, pela restrição de direitos. Logo, o ponto de partida para se pensar em alguns parâmetros e até mesmo para legitimar essa atividade probatória dentro das prisões é o reforço do estatuto jurídico do recluso e a garantia da sua dignidade durante o período de encarceramento.

O problema, como exaustivamente visto, não está no plano normativo, dado que, como

regra geral, os Estados estão muito bem servidos de arcabouços legislativos, para além das normas internacionais que asseguram ao preso um ambiente verdadeiramente garantista. O que ainda está em curso, com maior ou menor avanço, a depender das fronteiras em que estivermos, é a efetivação no plano prático daquilo que as leis já garantem há décadas.

Há muito já está sedimentada a ideia de que o desrespeito aos direitos fundamentais dos presos não apenas compromete o ideal ressocializador da prisão (já olvidado por alguns), como também favorece a adesão à delinquência<sup>321</sup>, o que ocorrerá enquanto o recluso tiver sua liberdade restringida e mesmo após recuperá-la (por isso se diz que o indivíduo sai da prisão, mas, muitas vezes, a prisão não sai do indivíduo, pois lhe deixa marcas indeléveis<sup>322</sup>). Foi dentro deste contexto, como vimos, que surgiram as gangues prisionais e todo o caos que tomou conta dos recintos carcerários no Brasil (notadamente os não federalizados) e em diversos outros países.

Os órgãos persecutórios não são corresponsáveis por esse estado de coisas e tampouco podem ser impedidos de atuar neste contexto e exercer a atividade investigatória no interior dos estabelecimentos penais, quando assim se reputar necessário. Ao contrário, por imperativo legal, devem continuar perseguindo seu mister, dentro ou fora dos muros das prisões, em busca da satisfação de direitos fundamentais da coletividade, como a segurança pública. Todavia, o Estado, do qual estas agências de investigação fazem parte, tem também a obrigação de satisfazer e realizar os direitos da massa carcerária. Do contrário, a perpetuidade desse estado de coisas pode deslegitimar toda e qualquer ação que faça proveito dessa ambiência ou mesmo vulnerabilize ainda mais os direitos já agudamente violados. De fato, não parece ético tratar da exploração probatória nas prisões sem ao menos pontuar a necessidade de um olhar mais efetivo para o patrimônio jurídico dos presos.

De acordo com o recorte temático efetuado, esta investigação não é o espaço adequado para apontar os meios e condições para que o ente estatal efetive a legislação penitenciária no plano prático. Sabe-se, genericamente, que garantir ao preso espaços físicos condignos, assistência à saúde, meios de educação e trabalho, contatos e comunicações regulares com a família e com o meio exterior e todo aquele portfólio de serviços que, caso queira e neles se engaje, possibilite, ao menos em tese, a sua ressocialização, é o mínimo elementar para alcançar

---

<sup>321</sup> Cf. M. ROLIM, “O Labirinto, o Minotauro e o Fio de Ariadne – Os Encarcerados e a Cidadania, Além do Mito”, in S. DE CARVALHO (org.), *Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2002, p. 324.

<sup>322</sup> Cf. GIACÓIA ET AL., “A prisão e a condição humana do recluso”, *AJL*, p 145.

este escopo<sup>323</sup>.

No entanto, o assunto recorrente neste trabalho, pela pertinência temática, e que aqui havemos de retomar, é a questão da privacidade do preso, que merece, pois, algumas considerações adicionais. Já se viu que cárcere e privacidade são conceitos que se chocam. A prisão é uma organização social que, para atingir seus objetivos, depende da vigilância constante dos internos, vale dizer, que eles estejam sempre visíveis (no que a tecnologia pode dar generosa contribuição)<sup>324</sup>. De fato, na medida em que a prisão foi eleita, desde o arranque penitenciário no período iluminista, como a pena principal do processo penal, deve-se considerar a vigilância como um recurso necessário, o que restringe a privacidade. Vale lembrar, inclusive, que faz parte da complexa relação travada entre o Estado e o preso a sujeição deste a regras, deveres e restrições especiais, como ao seu direito à vida privada. Com isso, há que se trabalhar a falta de privacidade de modo a não desumanizar o interno<sup>325</sup>, ao menos não mais do que as circunstâncias do cárcere já naturalmente desumanizam.

Há um caminho para esta calibragem que permite conciliar a vigilância e privacidade, o qual parte, inicialmente, da já conhecida premissa de que existem núcleos intangíveis que garantem a dignidade do recluso, correspondentes ao primeiro dos três níveis da teoria desenvolvida no âmbito do BVerfG (vide ponto 2.3). Ainda que, a princípio, não se reconheça uma privacidade absoluta dentro de uma cela, o preso deve ter momentos, espaços e estratos da sua vida (não necessariamente de forma concomitante) que fiquem imunes à exposição, para assim poder atribuir um significado específico ao seu próprio ser<sup>326</sup>, são os âmbitos da intimidade que correspondem às camadas mais afastadas da base do cone, na feliz metáfora de M. GARCÍA MORENTE<sup>327</sup>. Por exemplo, para os efeitos da segurança e da disciplina na prisão ou mesmo para fins de alguma investigação penal, parece desimportante a apreensão e exibição de fotos íntimas do preso, a exposição da sua sexualidade ou a revelação de fatos circunscritos ao âmbito familiar e afetivo, como uma paternidade ainda não reconhecida, um relacionamento extraconjugal oculto ou uma doença congênita<sup>328</sup>. Trata-se claramente de questões que fazem

---

<sup>323</sup> Cf. RODRIGUES, *A posição jurídica*, p. 64.

<sup>324</sup> Cf. SCHWARTZ, “Deprivation”, *JCLC*, p. 235.

<sup>325</sup> Cf. BÜLOW, “Treating Inmates”, p. 13. O autor fala que a falta de privacidade compromete o tratamento do preso como um “agente moral”.

<sup>326</sup> *Ibidem*.

<sup>327</sup> Cf. DIEGO ARIAS, *El derecho*, pp. 42-43.

<sup>328</sup> Cf. TEPPER, “Hudson v. Palmer”, *NEJCCC*, p. 195, que cita trecho da opinião dissidente do Justice STEVENS: “Justice Stevens notes, in attacking the majority for its lack of compassion, the following: ‘To hold that a prisoner’s possession of a letter from his wife, or a picture of his baby, has no protection against arbitrary or malicious perusal, seizure or destruction would not, in my judgment, comport with any civilized standard of decency’”.

parte daqueles resíduos de intimidade que demandam proteção.

Por isso, o Estado deve buscar, na medida do possível, as condições para que o direito à vida privada do preso, especialmente dentro daqueles limites mais nucleares, seja restringido somente se efetivamente necessário e proporcional ou quando isso decorrer das circunstâncias inerentes ao encarceramento. Compressões desarrazoadas, injustificadas, demasiadamente amplas ou que ultrapassem aquilo que naturalmente decorre do confinamento coletivo de indivíduos (que ocorre sob a tensa vigilância estatal, como visto), são indesejáveis<sup>329</sup>.

É o que se dá, por exemplo, com a superlotação. Este fenômeno, endêmico nos ditos países emergentes, como o Brasil, mas não exclusivo destes<sup>330</sup>, impacta fortemente a privacidade dos presos. Não bastasse o próprio ambiente, tão predisposto a violações neste campo, a sobreocupação é uma agravante, pois obriga à partilha dos espaços exíguos entre pessoas estranhas, não raro submetidas a dinâmicas relacionais singulares, ocasionando conflitos, constrangimentos e traumas físicos e psicológicos duradouros<sup>331</sup>. Este quadro oferece um cenário de violação à dignidade, constituindo ainda tratamento degradante nos termos do artigo 3.º da CEDH, como já reconheceu o TEDH em diversas ocasiões<sup>332</sup>.

No plano ideal, o princípio celular, referido na doutrina e jurisprudência espanhola, é um fim a ser buscado. Os presos devem ter à disposição espaços reservados onde possam exercer a intimidade e a solidão, refletir e tomar suas decisões sem a influência de terceiros<sup>333</sup>. O ambiente seria propício para os reclusos se autodeterminarem, assumindo as rédeas dos seus destinos e agindo com um senso de confiança<sup>334</sup>. Claro que há questões econômicas e de política criminal e de segurança pública que interferem diretamente na oferta das habitações individuais, mas há que se chamar a atenção para este fato como princípio orientador. Estudos comprovam que presos que não têm sua privacidade desnecessariamente violada são mais propensos à ressocialização e menos tendentes à desordem e à delinquência nos espaços carcerários<sup>335</sup>. Logo, garantir-lhes aquelas bolhas de intimidade, que podem até ser construídas e conquistadas ao longo do tempo, de acordo com a individualidade e o comportamento de cada interno, pode

---

<sup>329</sup> Com raciocínio semelhante, BÜLOW, in “Treating Inmates”, p. 15, assevera que a prisão deve ser cumprida com o máximo respeito possível à privacidade, mas sem comprometer a segurança e proteção da unidade prisional, do contrário suas condições serão moralmente equivocadas.

<sup>330</sup> Cf. BÜLOW, “Treating Inmates”, p. 08.

<sup>331</sup> Cf. QUARESMA, *RJO*, pp. 65-66.

<sup>332</sup> Podem ser citados, por exemplo, os casos *Kalashnikov v. Rússia* (2002), *Ananyev e outros v. Rússia* (2012) e *Torreggiani e outros v. Itália* (2013).

<sup>333</sup> Cf. DIEGO ARIAS, *El derecho*, p. 227.

<sup>334</sup> Cf. BÜLOW, “Treating Inmates”, pp. 09-10.

<sup>335</sup> *Idem*, p. 14.

ser benéfico para a segurança pública e o sistema como um todo<sup>336</sup>.

Neste quadrante, vem bem a calhar o conceito de “intimidade (ou privacidade) possível” trazido por J. LUIS DE DIEGO ARIAS. Segundo este autor, “En conclusión, el ámbito propio y reservado de la persona en prisión está constituido por el control sobre su información, y los espacios y tiempos que le reconoce la legislación penitenciaria para el desarrollo y expresión de su intimidad”<sup>337</sup>. Em suma, ele busca densificar ao máximo a privacidade em uma prisão, tratando-a como uma necessidade antropológica, garantidora de uma mínima qualidade de vida dentro do estabelecimento penal e fiadora da ressocialização. Assim, há espaços e momentos, que um indivíduo, mesmo custodiado, pode exercer sua privacidade, o que, como já dito mais de uma vez, serve como princípio orientador, mas não como regra absoluta, considerando as frequentes intrusões determinadas pela rotina carcerária.

Toda essa discussão expõe, mais uma vez, uma constatação muito clara: não é o emprego dos meios de obtenção de prova nas prisões que assola a privacidade ou os direitos fundamentais dos reclusos. Tampouco eles implicam um *plus* de restrição. Como já se pontuou diversas vezes nesta investigação, o ambiente carcerário, por si só, superlotado ou não, já é naturalmente desafiador para o estatuto jurídico do preso. O problema está nas violações diárias verificadas a partir das próprias características e inadequações, por vezes caóticas, do sistema penitenciário. O que não significa que essa exploração probatória não se sujeite a limites. Sempre que uma incursão investigativa pretenda acessar essas bolhas de intimidade, aqueles núcleos intangíveis, o filtro de admissibilidade deve ser mais rigoroso. Ao contrário, se a privacidade a ser devassada está nas camadas mais superficiais, o crivo há de ser mais brando. Neste contexto é que trataremos a seguir da aplicação do princípio da proporcionalidade, abordando essa e outras questões.

## **5.2. A proporcionalidade no ambiente de excepcionalidade**

Há certa oscilação semântica em torno do princípio da proporcionalidade. Alguns o tratam como sinônimo do princípio da razoabilidade, nomenclatura mais difundida no direito norte-americano<sup>338</sup>. Outros também veem similitude com o princípio da proibição do excesso, que seria também uma proporcionalidade em sentido lato. Mas a primeira expressão é mais abrangente e utilizada<sup>339</sup>. A CRFB não o prevê expressamente, havendo consenso doutrinário e

---

<sup>336</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>337</sup> Cf. DIEGO ARIAS, *El derecho*, p. 271.

<sup>338</sup> Cf. QUEJO, *O direito de*, pp. 374-375.

<sup>339</sup> Cf. NOVAIS, *Os Princípios*, p. 161.

jurisprudencial de que se trata de princípio constitucional implícito. Na CRP, ao contrário, deduz-se o princípio da proporcionalidade da dicção do n.º 2, parte final, do artigo 18.º, bem como de outros numerosos dispositivos ao longo do texto, incluindo n.º 4 do artigo 19.º, que lhe faz menção nominal<sup>340</sup>.

O princípio da proporcionalidade tem uma importante função de regular qualquer intervenção do Estado nas liberdades individuais, por isso guarda enorme pertinência com o tema da obtenção da prova, cujos meios são marcados, como visto, pela restrição de direitos fundamentais. Como decorrência lógica da sua aplicabilidade em um Estado de Direito, uma ingerência estatal no cabedal de direitos do cidadão não pode ser constitucionalmente aceitável se for tomada como excessiva, ultrapassando o que é estritamente necessário ou adequado<sup>341</sup>. É viável afirmar, inclusive, que a análise da constitucionalidade de uma ingerência estatal é, em si, uma análise de proporcionalidade<sup>342</sup>, que, por isso, estará sempre presente no campo da exploração probatória.

Conforme já sinalizado anteriormente, é corrente a ideia, por influência germânica<sup>343</sup>, de que a proporcionalidade possui três subprincípios: a necessidade (exigibilidade de uma intervenção ou decisão que cause uma menor restrição possível), a adequação ou idoneidade (correspondência e aptidão dos meios aos fins da providência) e a racionalidade ou proporcionalidade em sentido estrito (é a justa medida da providência, a verificação do seu custo-benefício)<sup>344</sup>. Estas três camadas da proporcionalidade são bastante úteis para dar concretude à sua função interpretativa e resolutive de conflitos. Por outro lado, são expressão da adoção da teoria relativa, pela qual mesmo o eventual “conteúdo essencial” de um direito pode ser flexibilizado<sup>345</sup>.

Do subprincípio da necessidade, também denominado da indispensabilidade ou do meio

---

<sup>340</sup> Cf. MIRANDA, *Manual*, p. 208.

<sup>341</sup> Cf. NOVAIS, *Os Princípios*, p. 164.

<sup>342</sup> Cf. DIEGO ARIAS, *El derecho*, p. 148.

<sup>343</sup> Cf. QUEIJO, *O direito de*, p. 378: “Em julgado de 1971, o Tribunal Constitucional alemão definiu o princípio da proporcionalidade nos seguintes termos: « O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental »”.

<sup>344</sup> *Idem*, pp. 162-163. Cf. ainda MIRANDA, *Manual*, p. 207. O autor esclarece ainda que “A falta de necessidade ou de adequação traduz-se em arbítrio. A falta de racionalidade em excesso. E, por isso, fala-se, correntemente, também em princípio da proibição do arbítrio e da proibição do excesso”.

<sup>345</sup> Cf. DIEGO ARIAS, *El derecho*, p. 164: “*Los derechos fundamentales se someten a una permanente restricción que puede llegar hasta su completo sacrificio*”. Importante mencionar a concepção do autor, para quem os direitos fundamentais não podem ser fragmentados e por isso não existe um “conteúdo essencial”. Cada direito é formado por um único conteúdo essencial. Neste sentido, cf. *idem*, pp. 165-166.

menos restritivo, pode ser haurida noção importante. Dele decorre a obrigatoriedade de verificação da agressividade do meio de prova. Quanto mais agressivo, maior a restrição causada, por isso se deve buscar o meio que cause menos prejuízos ao indivíduo<sup>346</sup>. A regra impõe uma correta calibragem desta balança: de um lado, os órgãos persecutórios buscarão, dentre os meios de obtenção de prova disponíveis, aquele que seja o mais eficaz; porém, nesta senda, deve visar aquele que cause a menor restrição possível no patrimônio jurídico do indivíduo, do contrário sua escolha poderá não passar pelo crivo judicial.

Esclarece o professor J. REIS NOVAIS que “na apreciação de cada um destes vectores tem de se atender à sensibilidade subjectiva dos próprios interessados”<sup>347</sup>. Isso quer dizer que os danos eventualmente projetados para um grupo podem ser mais dificilmente digeridos por outro. Ou, em alguns casos, devido a circunstâncias singulares, podem ser mais facilmente tolerados. A compreensão da agressividade do método, portanto, depende da perspectiva do público-alvo da medida.

É o que se passa com os reclusos, classe cujos direitos já estão massivamente coartados pelas próprias factuais do aprisionamento. E aqui retomamos a discussão sobre a privacidade, tema de enorme centralidade nesta investigação. Os presos já vivem em um ambiente de privacidade mínima e a cela não deve ser considerada uma residência. Em razão da necessidade de se garantir a segurança daquele espaço, eles estão sujeitos a medidas administrativas deveras intrusivas, como buscas fiscalizatórias aleatórias nas celas, videomonitoramento de espaços comuns e gravações de contatos e ligações telefônicas com familiares e até mesmo com advogados. Lembremos que diversos tribunais, como a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o TEDH e o STF já decidiram no sentido da constitucionalidade e da convencionalidade destas medidas que afligem fortemente a privacidade dos internos.

Logo, no contexto da aferição da proporcionalidade na utilização de um meio de obtenção de prova no ambiente prisional, designadamente quando se pretenda acessar aqueles núcleos de privacidade mais restritos, o teste do subprincípio da necessidade ou da indispensabilidade deve, obviamente, levar tais circunstâncias em consideração. A dimensão do prejuízo será muito menor quando as pessoas que são alvos da medida probatória estiverem presas, pois, em relação ao direito à vida privada, pouco terá o que se restringir, especialmente quando se tratar de algum estrato mais superficial da privacidade. Isso não significa dizer que

---

<sup>346</sup> Cf. NOVAIS, *Os Princípios*, p. 173.

<sup>347</sup> *Ibidem*.

toda e qualquer pretensão de exploração probatória no recinto carcerário deva ser admitida ou que o juízo de proporcionalidade penderá sempre para o lado dos órgãos persecutórios. Quer-se apenas chamar a atenção para um aspecto relevante que deve ser posto em consideração por ocasião da análise de cabimento.

Exemplificativamente, na hipótese do emprego de uma captação ambiental de áudio e vídeo para fins investigatórios, um preso que já sofre buscas fiscalizatórias regulares e sem aviso prévio em sua cela, quase sempre compartilhada com estranhos, não sofrerá a mesma restrição em seu direito à vida privada em comparação a um cidadão que está em sua casa na companhia de familiares.

Tratando agora do subprincípio da adequação ou idoneidade, também conhecido como princípio da aptidão, ele exige que a medida seja apta a alcançar o fim pretendido. Assim, o órgão persecutório deve demonstrar que a tipologia escolhida é capaz de acessar as fontes de prova almejadas, mas há alguns limites. O método não pode ser atentatório à dignidade humana e deve buscar fins legítimos e a satisfação de direitos e liberdades relevantes<sup>348</sup>. Os meios de obtenção de prova típicos, a exemplo dos tratados nesta investigação, como a captação ambiental, a interceptação telefônica e a busca e apreensão, apresentam potencial de preenchimento destes requisitos, em tese, em investigações no interior de unidades prisionais.

Por fim, o filtro do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito objetiva a análise comparativa entre as vantagens obtidas com a intervenção em um direito e o sacrifício apurado<sup>349</sup>. Em um primeiro momento, opera-se a chamada ponderação de interesses, divisando-se qual dos bens em conflito possui maior peso e qual deve ceder. Em uma segunda etapa, verifica-se se o prejuízo ou sacrifício imposto não é desproporcionado em relação ao benefício esperado<sup>350</sup>.

Como lembra M. ELIZABETH QUEIJO, o BVerfG estipulou alguns critérios para a decantação da proporcionalidade *stricto sensu*. Assim, por exemplo, apontou que quanto mais sensível for a intromissão da norma na posição jurídica da pessoa, mais relevantes devem ser os interesses coletivos em conflito. Outrossim, asseverou que o maior peso e importância dos interesses gerais podem justificar uma interferência mais grave na esfera individual<sup>351</sup>.

Claro que a realidade oferece uma casuística infinita, mas quase sempre estarão em disputa, de um lado, os interesses estatais de prevenção e repressão à criminalidade e de garantia

---

<sup>348</sup> *Idem*, p. 168.

<sup>349</sup> Cf. CLÈVE, *Direito Constitucional*, p. RB-3.8.

<sup>350</sup> Cf. NOVAIS, *Os Princípios*, pp. 179-181.

<sup>351</sup> Cf. QUEIJO, *O direito de*, p. 396.

do direito coletivo à segurança pública (que, em última análise, visam a tutela dos bens jurídicos protegidos pela norma penal) e, de outro, o direito à vida privada do preso. Em determinadas situações não será desproporcional restringir uma já combatida privacidade do recluso em favor de ganhos investigatórios pujantes, notadamente quando do enfretamento das poderosas facções prisionais.

A propósito, vem bem a calhar reinserir, na discussão, a excepcionalidade do ambiente prisional. Como revelado nesta investigação, a prisão *per se* é um recinto invulgar por variados aspectos. Suas dinâmicas relacionais particulares, a subcultura de humilhação e violência, as privações de toda sorte que aniquilam os presos, por mais humanidade que se tente entregar, a (necessária) busca incessante pelo controle, pela disciplina e pela segurança, com todos os seus efeitos colaterais, e a incômoda presença das facções prisionais descortinam dificuldades abissais ao combate da espantosa criminalidade que desborda das grades das celas e achaca os cidadãos que vivem ao redor dos estabelecimentos penais. Este contexto aponta para a não desproporcionalidade, em tese, de medidas investigatórias que visem tais objetivos em detrimento da privacidade do recluso. Ora, o ponto de equilíbrio entre estes direitos difere e muito conforme estivermos diante da criminalidade clássica ou da criminalidade organizada<sup>352</sup>, nomeadamente dentro das prisões.

De outro lado, no que concerne ao *nemo tenetur se detegere*, é salutar regressar à questão do fornecimento da biometria pelo preso detentor de aparelho celular clandestino apreendido no interior de uma unidade prisional, caso em que se pretende a produção de prova mediante alguma cooperação ativa do acusado. Trata-se de situação em que há conflito entre esta garantia processual e os interesses dos órgãos persecutórios, da qual se pode haurir mais uma oportunidade de aplicação do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

Preliminarmente, sobreleva lembrar que o fornecimento da biometria, na prática, pode ser a única medida viável ao acesso do conteúdo de um telemóvel, pois a tecnologia para o seu desbloqueio via *softwares* específicos não está inteiramente acessível aos órgãos de persecução que combatem a criminalidade cotidiana, tampouco é sempre exitosa, muito ao contrário. Não há, portanto, opção intermediária: na grande maioria dos casos, ou se determina o fornecimento da biometria ou o Estado consente que aquele material não ficará à disposição dos investigadores, o que, na prática, significa esticar ao máximo a proteção conferida pelo *nemo tenetur*, medida claramente desarrazoada na espécie.

---

<sup>352</sup> Cf. CAIRES, “Métodos Ocultos”, p. 52.

Daí já se conclui que obrigar o detento a entregar um olhar ou sua digital é providência adequada e necessária, inexistindo, sobretudo nas frequentes hipóteses de insucesso do desbloqueio, outros meios possíveis e menos restritivos à sua garantia contra a não autoincriminação. Ao fim, não se nega o tamanho do sacrifício a ser suportado pelo recluso detentor do aparelho ilícito, haja vista o potencial incriminador dos dados contidos em um dispositivo deste tipo. Mas o leque investigativo que pode se abrir a partir daí, com descobertas capazes de desmontar sólidas estruturas das organizações criminosas, torna justo este sacrifício e superados os prejuízos. Gize-se, na linha do quanto assinalado pelo BVerfG, que a gravidade do delito investigado é um critério relevante neste balizamento<sup>353</sup>.

Com efeito, adentrando um pouco mais a relação de custo-benefício da medida plasmada pela proporcionalidade *stricto sensu*, sabe-se que o *nemo tenetur se detegere* é garantia submetida a limites. Na hipótese, os bens visados pela persecução penal, como a paz social e a segurança pública, justificam a compressão da vedação da autoincriminação<sup>354</sup>. De mais a mais, é sempre bom pontuar, o limite da dignidade do preso não será transposto.

Por fim, coloca-se em pauta outra perspectiva, que é a noção das obrigações positivas por parte do Estado investigador. Especialmente nestes casos de grave insegurança e excepcionalidade que despontam a partir da atuação das facções prisionais, há que se reconhecer a existência de um dever estatal de garantir a eficiência e qualidade do esforço investigativo dos órgãos persecutórios<sup>355</sup>. Mas essa busca pela excelência na obtenção das provas passa, obviamente, pela correta dosagem das garantias individuais, que não podem se expandir a ponto de comprometerem esta resposta penal. Aliás, este é o cenário no Brasil, condenado já diversas vezes na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por, dentre outros fundamentos, deficiências na sua persecução penal diante de episódios criminosos de especial gravidade<sup>356</sup>.

Em suma, convergem aqui dois contextos extremos e naturalmente desafiadores dos direitos fundamentais: a utilização de meios de obtenção de prova, muitos deles bastante intrusivos, e o local onde são empregados, onde já há restrições e flexibilizações intrínsecas. A isto se acresça a eventual presença das facções prisionais, que obriga os órgãos persecutórios a

---

<sup>353</sup> *Idem*, p. 409.

<sup>354</sup> *Idem*, p. 406. A autora trata da questão em abstrato, não especificamente da situação concreta exemplificada. Ela também aponta a necessidade de respeito ao princípio da legalidade para toda e qualquer restrição a direito fundamental operada no plano do processo penal, a exemplo do *nemo tenetur se detegere*.

<sup>355</sup> Cf. PEREIRA e FISCHER, “Prova, verdade”, pp. 80-81.

<sup>356</sup> Cf. COSTA, *Meios atípicos*, p. 90.

buscarem ferramentas probatórias cada vez mais eficientes, se bem que mais invasivas. Logo, o princípio da proporcionalidade, como filtro de constitucionalidade das ações, é instrumento de importância reconhecida neste processo.

### **5.3. É possível falar em *standards* de prova diferenciados para os meios de obtenção de prova nos espaços carcerários no ordenamento brasileiro?**

Já partindo para o final do percurso investigativo, tratemos agora de um aspecto mais relacionado à teoria geral da prova, pertinente a recorte específico do *iter* probatório, precisamente entre as fases da admissão (momento em que o juiz aprecia a propositura da produção de determinado meio de obtenção de prova<sup>357</sup>) e da decisão (quando verifica se a valoração da prova aponta um resultado cujo suporte probatório tenha atingido ou não o *standard* exigido<sup>358</sup>). O foco, no momento, é identificar, diante de todas as peculiaridades demonstradas, se o cabimento dos meios de obtenção de prova no ambiente prisional pode se sujeitar a *standards* menos exigentes, desvelando, obviamente, o quão constitucional isso seria. Importante referir, inclusive, que a questão dos *standards* não está afeta apenas ao momento da sentença, mas também a outros momentos processuais, como quando do deferimento dos meios de obtenção de prova<sup>359</sup>.

Os *standards* compreendem um conceito de aplicabilidade em outros ramos, sobretudo nos países de tradição anglo-saxônica, mas no âmbito processual se definem como o grau ou o nível de prova exigido para se tomar como provado um enunciado fático. Trata-se de expediente útil ao julgador para dimensionar, ao menos em tese, o *quantum* de prova é suficiente em determinada hipótese, permitindo um juízo de valoração racional<sup>360</sup>.

Outra função importante dos *standards* de prova é a distribuição dos riscos de erros. LARRY LAUDAN *apud* F. DA SILVA ANDRADE aponta que quanto mais exigente um *standard*, menos frequentes são as falsas condenações, mas, em contrapartida, mais comuns são as absolvições indevidas<sup>361</sup>. J. FERRER BELTRÁN, concordando, refere que o *standard* não serve propriamente à diminuição dos erros, isso se resolveria admitindo-se a formação de um acervo probatório mais robusto e mais confiável. A razão de existir do *standard* seria, efetivamente,

---

<sup>357</sup> Cf. R. STANZIOLA VIEIRA, *Controle da prova penal* [livro eletrônico], São Paulo, Revista dos Tribunais, 2023, p. RB-2.3.

<sup>358</sup> Cf. G. BADARÓ, “Meios de obtenção de prova: requisitos legais e *standards* de prova”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, XXIX, n.º 1, 2019, p. 19.

<sup>359</sup> *Ibidem*.

<sup>360</sup> Cf. ANDRADE, *Standards*, p. 68 e J. PAULO BALTAZAR JÚNIOR, “Standards probatórios no processo penal”, *Revista AJUFERGS*, n.º 4, 2007, p. 165.

<sup>361</sup> Cf. ANDRADE, *Standards*, p. 70.

distribuir os riscos de erros entre as partes de uma maneira aceitável, assim elegendo alguns critérios que ajudam a calibrá-lo<sup>362</sup>. Na sequência, o professor espanhol divisa, dentre outros, as dificuldades de prova como um dos fatores a se considerar para a determinação do grau de exigência probatória<sup>363</sup>.

Logo, por outras palavras, em um cenário de dificuldades na coleta probatória, como o que envolve a atuação de organizações criminosas e/ou desafiam a utilização de métodos ocultos de investigação, deve-se calibrar o *standard* conforme a maior tolerância ao falso negativo ou ao falso positivo. Assim, admitindo o erro como evento certo em algumas situações, é preferível que eleitos *standards* mais rigorosos (incrementando o risco de proteção de “culpados”) ou mais flexíveis (permitindo eventualmente a implicação de “inocentes”)?

O que está em causa é justamente a escolha do efeito colateral determinado pelo rigor do *standard*. Partindo para numa formulação exemplificativa mais prática, indagaríamos: é preferível que presos não envolvidos em facções criminosas eventualmente tenham suas conversas interceptadas por conta de *standards* mais flexíveis? Ou seria mais aceitável que detentos efetivamente faccionados não fossem alvos dessas medidas em razão de *standards* mais exigentes? Em se tratando de uma decisão político-moral, como destacado pelo autor ibérico, este dimensionamento pode levar em consideração, por exemplo, razões de política criminal ou de equidade.

Pois bem. O objetivo a que nos propomos, como salientado, é investigar se cabe a definição de *standards* diferenciados no ordenamento brasileiro, notadamente menos exigentes, quando a coleta da prova se realizar no ambiente prisional, em especial no enfretamento de crimes praticados por facções criminosas. Para tanto, preliminarmente, faz-se necessário sistematizar os *standards* definidos em lei quanto às tipologias probatórias estudadas – captação ambiental, interceptação telefônica e busca e apreensão domiciliar. Na sequência, serão analisados à luz das premissas antes fixadas, bem como respondidos os questionamentos lançados.

Inicialmente, é importante destacar que os *standards* probatórios relacionados aos meios de obtenção de prova não são tão exigentes, pois o que se pretende, neste momento, não é

---

<sup>362</sup> Cf. J. FERRER BELTRÁN, “Prolegômenos para uma teoria sobre os *standards* probatórios. O *test case* da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea”, in D. DE RESENDE SALGADO, L. FELIPE SCHNEIDER KIRCHER e R. PINHEIRO DE QUEIROZ (coord.), *Altos estudos sobre a prova no Processo Penal*, Salvador, Juspodvim, 2020, p. 784.

<sup>363</sup> *Idem*, p. 789.

condenar ou absolver, mas coletar provas<sup>364</sup>.

Dito isso, uma primeira dificuldade, característica da realidade brasileira, é a maneira como estão dispostos no ordenamento. De fato, como norma, os *standards* estão vazados em expressões imprecisas, às vezes sequer são claramente identificáveis e muito menos possuem alguma padronização terminológica, o que autoriza subjetivismos e incompreensões por parte dos magistrados<sup>365</sup>.

No que concerne à busca e apreensão, analisando o § 1.º do artigo 240.º do CPPB, identifica-se que o *standard* está mensurado pela expressão “fundadas razões”. Quanto à interceptação telefônica, a Lei n.º 9.296/1996, em seu artigo 2.º, fala em “indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal”, bem como “a prova não puder ser feita por outros meios”. Por fim, acerca da captação ambiental, a mesma lei, agora no artigo 8.º-A, utiliza as expressões “a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis igualmente eficazes” e “elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais”, definindo, a seguir, o montante mínimo de pena.

Saltam aos olhos a imprecisão e a falta de padronização das locuções escolhidas pelo legislador brasileiro para delimitar os critérios de suficiência probatória de tais meios de obtenção de prova<sup>366</sup>. F. DA SILVA ANDRADE reitera, contudo, que nos três casos os *standards* são tênues, situados dentre os menos exigentes do ordenamento brasileiro, abaixo, por exemplo, daquele demandado para o recebimento da denúncia ou para a decretação de uma prisão preventiva. Além disso, tais *standards* exigem tão-somente razões concretas e de base empírica, havendo similaridade entre eles<sup>367</sup>.

Em comparação com os *standards* oriundos do direito norte-americano, estariam entre a *reasonable suspicion* (suspeita razoável, bastando que seja mais forte do que um palpite ou mera suspeita) e a *probable cause*, mas muito atrás ainda de outros *standards* mais duros, como, em ordem crescente de exigência, o *preponderance of the evidence*, o *clear and convincing evidence* e o *beyond a reasonable doubt*<sup>368</sup>.

---

<sup>364</sup> Cf. ANDRADE, *Standards*, p. 216 e BADARÓ, *Processo Penal* [livro eletrônico], p. RB-10.19.

<sup>365</sup> *Idem*, pp. 206-207. Saliente-se a posição de BALTAZAR JÚNIOR, in “Standards probatórios”, *AJUFERGS*, p. 176, para quem, “No Brasil, como parece acontecer na maioria dos países de tradição romano-germânica, não há *standard* probatório legalmente previsto ou jurisprudencialmente adotado com uma formulação clara, como a *prova além de dúvida razoável* e a *preponderância de prova* do direito norte-americano, valendo-se os juízes de critérios flexíveis de prova, com largo espaço para discricionariedade judicial”.

<sup>366</sup> Cf. BADARÓ, “Meios de obtenção”, *RPCC*, XXIX, p. 26, que aponta que o CPP trabalha a questão dos meios de obtenção de prova com muito mais cientificidade do que o diploma brasileiro.

<sup>367</sup> Cf. ANDRADE, *Standards*, p. 216.

<sup>368</sup> *Idem*, pp. 203-204.

Voltando ao emprego dos meios de obtenção de prova, tanto mais exigente for o *standard*, maior será a proteção aos direitos fundamentais do cidadão. Por outro lado, mais difícil também será o trabalho investigativo dos órgãos persecutórios. A opção, conforme a função da distribuição dos riscos, será definir o que é mais aceitável: maior proteção dos direitos fundamentais dos suspeitos de envolvimento em facções prisionais em detrimento da eficiência do esforço investigativo dos órgãos persecutórios ou o inverso, avaliando, contudo, os efeitos colaterais de cada uma das opções.

Embora os *standards* atribuídos às tipologias citadas não sejam tão exigentes, há razões para rebaixá-los ao menos um degrau. De fato, as dificuldades probatórias na investigação de organização são notórias, em particular, na delimitação dos elementos relacionados à autoria. Com efeito, vincular os suspeitos ao grupo criminoso, ou mesmo delinear-lo, com todos os seus integrantes, é tarefa das mais penosas, especialmente no despertar da investigação, quando normalmente são utilizados estes métodos. E o ambiente prisional, antes as características estudadas, agrega ainda mais dificuldades.

Portanto, seria razoável exigir, nos requerimentos de meios de obtenção de prova em desfavor de reclusos suspeitos de participação em facções prisionais, um *standard* de prova mais simples, similar ao *reasonable suspicion* norte-americano, que cobra uma suspeita um pouco além do que um palpite, mas algo bem menos exigente do que as “fundadas razões” ou “elementos probatórios razoáveis” ou “indícios razoáveis de autoria ou participação” em infração penal. Os *standards*, como agora dispostos na legislação brasileira, podem se apresentar como barreiras de difícil transposição, significando, na prática o abortamento de investigações relevantes em razão da recusa ao meio de obtenção de prova pretendido<sup>369</sup>. É certo, porém, que isso dependeria de modificações legislativas, tendo em vista a necessidade de respeito ao princípio da legalidade.

#### **5.4. Conclusões preliminares**

Na parte final do trabalho, buscamos, à vista do que foi pesquisado e estudado, fixar, de forma um pouco mais sistematizada, alguns enunciados sobre a obtenção da prova no ambiente

---

<sup>369</sup> Importante mencionar o posicionamento contrário de BADARÓ, in “Meios de obtenção”, *RPCC*, XXIX, que, embora não trate diretamente desta questão, mostra-se preocupado com a antecipação da intervenção penal para a fase investigatória, o que seria fruto da sociedade de risco. A medida proposta estaria dentro deste contexto apontado pelo professor, mas não por ele motivada. A justificativa está na necessidade de garantir eficiência ao esforço investigativo estatal em um espaço com convergência de fatores acentuadamente excepcionais, nomeadamente, as características do local (interior de uma unidade prisional, onde a exploração probatória é naturalmente difícil) e o domínio de facções criminosas. O Estado, se depender dos instrumentos e institutos utilizados no enfrentamento da criminalidade tradicional, não será efetivo.

prisional. Ao final, indagamos a possibilidade de fixação de *standards* diferenciados nas hipóteses de utilização dos meios de obtenção de prova no ambiente prisional, especialmente nos recintos dominados pelas facções criminosas.

É importante, até mesmo por razões éticas, reforçar o estatuto jurídico do preso. Os órgãos persecutórios, embora não diretamente responsáveis pelo estado de coisas nas prisões, não podem agir neste contexto de caos eternamente, sob pena de suas ações restarem deslegitimadas. Em relação à privacidade, direito mais devassado nos espaços carcerários, é importante reconhecer que há esferas da intimidade que podem ser protegidas em determinados momentos e espaços, mesmo dentro da prisão. Restrições que não sejam proporcionais não devem ser admitidas. Neste sentido, inclusive, a superlotação deve ser combatida, ao passo que o princípio celular deve ser um objetivo a ser alcançado.

De todo modo, concluiu-se também que o uso dos meios de obtenção de prova não é a causa da violação à privacidade dos presos e nem vai agravar esse quadro. O problema está nas ofensas diárias, parte delas é intrínseca das prisões e parte é decorrente do contexto de violações. Ainda assim, a exploração probatória deve estar sujeita a limites, podendo acessar até mesmo as áreas da intimidade, após o filtro de proporcionalidade. Entretanto, se os meios de obtenção de prova batem às portas de camadas mais superficiais da privacidade, o crivo de razoabilidade deve ser mais brando.

Outrossim, tratamos de forma um pouco mais detida do princípio da proporcionalidade, instrumento importante para regular intervenções do Estado na esfera de direitos do cidadão. Foram dissecados seus subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. A propósito, uma vez que os presos têm maior tolerância a compressões da privacidade, já bastante restringida, concluímos que o teste de necessidade é menos exigente, pois métodos potencialmente agressivos tenderão a causar menos danos.

Além disso, o ambiente de excepcionalidade nas prisões, invariavelmente dominada pelas facções, sobretudo no Brasil, auxilia na aferição da proporcionalidade em sentido estrito, o que reposiciona o ponto de equilíbrio de direitos em comparação com a criminalidade clássica. Assim, ações probatórias que visem o enfrentamento a estes grupos e a defesa de direitos e interesses coletivos tendem a prevalecer diante da privacidade de um recluso.

Por fim, foi retomada a questão do fornecimento da biometria pelo preso detentor de telemóvel clandestino apreendido no interior de uma unidade prisional e a eventual violação ao *nemo tenetur se detegre*. A conclusão, reiterada após o teste de proporcionalidade, foi no sentido de que esta garantia não pode ser amplificada a este ponto. A exigência de colaboração

do preso é adequada e necessária (muitas vezes o único meio de vencer esta medida antiforense) e o seu custo-benefício é evidente, podendo abrir um frondoso leque investigativo.

Terminamos este subtópico lembrando a existência das obrigações positivas por parte do Estado, o que é reconhecido pelo TEDH e também pela CIDH em diversos julgados, no sentido de ser um dever estatal garantir a eficiência investigatória. Um efeito deste entendimento é impedir que direitos e garantias processuais individuais sejam maximizadas a ponto de inviabilizar a proteção coletiva vindicada pela investigação criminal.

No ponto final, concluímos pela possibilidade de fixação, em tese, no ordenamento jurídico brasileiro, de *standards* probatórios menos exigentes nos casos de exploração probatória no interior das prisões. Os *standards* têm como função principal distribuir entre as partes os riscos de erros nas decisões judiciais, de modo que, no enfrentamento da criminalidade dentro das prisões, especialmente quando há a participação de facções criminosas, é aceitável e preferível que mais erros ocorram no sentido de permitir do que de impedir os esforços investigativos.

Em concreto, pode-se adotar, para todos os meios de obtenção de prova, um *standard* mais simples, como um similar ao *reasonable suspicion* norte-americano (suspeita razoável, fundada em algum dado, mais do que um simples palpite), o que, no entanto, dependeria de modificação legislativa. Assim, seria amplificada proteção da sociedade.

## CONCLUSÕES

Vencidas as etapas que nos dispomos a percorrer, conforme os recortes metodológicos colocados, é chegado o momento de alinhar algumas conclusões.

Antes, convém referir que a escolha deste tema se deveu a ricas vivências profissionais que propiciaram experiências marcantes e despertaram reflexões inquietantes ao longo do tempo. Em determinado momento, elas permitiram conhecer um pequeno estrato das dinâmicas de uma prisão, seus problemas, seus desafios, suas regras escritas e não escritas e todo o fascínio que suscita este espaço tão singular, de potencial inesgotável e ainda não suficientemente explorado por tantos ramos do conhecimento e, inexplicavelmente, até mesmo pelo Direito.

Em outro quadrante, tais vivências permitiram conhecer o funcionamento de um órgão persecutório, experimentando intensamente o emprego dos meios de obtenção de prova, modulando seu cabimento e conveniência em cada investigação, seu impacto nos direitos dos investigados, sua efetividade na coleta da prova e sua utilidade para o processo penal. Não passou ao largo, contudo, toda uma gama de sentimentos e sensações que acometem os que estão do lado estatal, nomeadamente seus ímpetos, refreios, êxitos e frustrações, devidamente

absorvidos e compreendidos.

Este trabalho exprimiu a possibilidade de unir estes dois mundos, projetando uma maneira de trabalhar jurídica e equilibradamente a atuação investigatória dentro das unidades prisionais, onde, sobretudo no Brasil, a criminalidade se enraizou, dando, assim, concretude àquelas experiências e reflexões e avançando muito mais. E o interesse acadêmico na temática, para além modestíssimo *background* citado, partiu muito em razão da pequena produção científica encontrada acerca do assunto. Com efeito, fartos são os escritos sobre o sistema prisional e sobre os meios de obtenção de prova e seus limites constitucionais, por exemplo. Mas pouco ou quase nada foi elaborado, até o momento, apreciando conjuntamente estas duas questões. Apenas algumas amostras da jurisprudência de tribunais nacionais e internacionais, como se viu.

A proposta, assim, era pesquisar e aproveitar o material elaborado para os estudos destes temas e buscar trabalhar e desenvolver um enunciado principal: abordar a obtenção da prova no ambiente prisional e precisar os limites constitucionais da atuação persecutória neste local. E, chegando ao fim deste extenuante percurso investigativo, temos a certeza de haver atingido o objetivo proposto, conquanto, obviamente, sem esgotá-lo, bem ao contrário.

Não havia como escrever nenhuma linha neste tema sem, antes, relembrar o nascimento da pena de prisão. Assim, principiamos o CAPÍTULO I com um breve esboço histórico para anotar que os recintos de aprisionamento, muito antigamente, eram meros espaços de passagem, um local onde os indivíduos aguardavam a pena que lhe seria destinada. A partir do período oitocentista, quando floresceram os ideais iluministas, carregando consigo o humanitarismo jurídico e o arranque penitenciário, eis que surgiu a prisão como a pena ideal, uma reprimenda limpa, modulável, justa.

Como consequência, e na leva do Direito Penitenciário que dava ali os seus primeiros passos, começaram a brotar, tanto no continente americano como no europeu, espaços meticulosamente pensados para o cumprimento da pena de prisão e suas finalidades, designadamente a sua recuperação enquanto indivíduo. Nasceram assim as penitenciárias, modelo que, de uma forma geral, permaneceu inalterado até os dias, sem jamais lograr sucesso nos objetivos propostos.

Ao revés, o percurso evolutivo das unidades prisionais revelou toda a sorte de problemas que fizeram e fazem até hoje filósofos, sociólogos, juristas e até o cidadão comum, igualmente atraído pelo fascínio exercido pela prisão, desconfiarem da sua efetividade e reclamarem o seu fim ou a sua substituição por outros modelos punitivos. Mas, parodiando o Projeto Alternativo Alemão de 1966, pode-se dizer que a prisão é uma necessidade amarga em uma comunidade de

seres imperfeitos como os homens<sup>370</sup>.

Muito além da mera ineficácia para produzir os objetivos ressocializadores almejados, as prisões tornaram-se um ambiente nocivo ao preso. Danos psicológicos, sociais e jurídicos, falta de privacidade, superlotação, dificuldades relacionais, delinquência carcerária, isso é um breve resumo do histórico penitenciário da grande maioria dos detentos e poucos escapam disso.

E mais grave ainda foi o incremento das atividades criminosas nas prisões, em especial com o surgimento das facções ou gangues prisionais, que, a propósito, só apareceram por conta das condições carcerárias. Os avanços tecnológicos, em especial com a profusão dos *smartphones*, que adentram as unidades prisionais aos borbotões, agravaram este quadro, garantindo eficácia comunicacional entre as lideranças presas e os comandados soltos. Em países como o Brasil, é correto afirmar que o grave estado de insegurança pública se deve, em grande parte, pelo que acontece em suas prisões.

Por isso, os órgãos persecutórios devem agir, direcionando seus esforços também nestas insólitas frentes. Contudo, embora seja até usual alguma exploração probatória nas prisões, não há muita produção científica acerca do tema, razão pela qual se faz necessário estudar a questão sob uma perspectiva constitucional, primeiro para se conhecer quais são os limites dos entes investigativos; segundo, para não se malferir ainda mais o combalido patrimônio jurídico do preso.

A propósito, na busca destas balizas constitucionais, foi necessário, no CAPÍTULO II, reconstruir o percurso que transformou o preso em sujeito de direitos, até para se afiançar que a atuação dos órgãos de persecução se dê neste contexto de preservação de garantias. A partir do conhecimento deste *status*, amparado por diversas normas internacionais e também internas que surgiram ao longo do século XX, passou-se a divisar como seria o estatuto jurídico deste ser “sujeito de direitos”, afinal, se sabia, a julgar pelo local em que estava, que ele teria deveres e restrições que comprometeriam muito mais do que a sua liberdade.

A investigação revelou que muito já havia sido escrito a acerca do tema, em especial pelas doutrinas alemã, portuguesa e espanhola, que, inicialmente, tentaram explicar a natureza da execução das penas e da relação entre o preso e a administração penitenciária. Venceu a tese de que a execução das penas possui uma natureza mista, parte administrativa, parte judicial, mas nada escapando da reserva do juiz. Por outro lado, quanto ao liame entre o recluso e o Estado, surgiu uma concepção inicial segundo a qual haveria uma relação especial de poder (ou

---

<sup>370</sup> Cf. GIACÓIA ET AL, “A prisão e a condição humana do recluso”, *AJL*, p 149.

de sujeição), que garantiria à gestão prisional adotar as medidas necessárias à consecução dos seus fins, inclusive flexibilizando e inobservando os direitos da massa carcerária, quando necessário.

O fortalecimento da ideia de que o preso é sujeito de direitos fez superada a teoria da relação especial de sujeição. Em seu lugar, nasceu o entendimento de que o preso e o Estado travam uma relação complexa da qual emanam direitos e deveres especiais, com o objetivo claro de ressocialização. Reconhecido este avanço civilizatório, partiu-se, então, para a delimitação do estatuto jurídico do preso. Não foi nossa intenção divisar, precisamente, todos os direitos que o integram. Muito mais importante, conforme o nosso recorte temático, foi investigar o que restava de algum modo atingido pela decisão de privação de liberdade.

Assim é que se viu que, além da liberdade, outros direitos também são reflexamente atingidos. Mas importa, aqui, nominar a privacidade, tema, como dito, de enorme centralidade nesta investigação, não por acaso ela foi identificada como a principal frente de resistência, em termos de direitos fundamentais do cidadão, aos esforços investigativos do Estado. Foi curioso notar que justamente a privacidade, direito mais frequentemente flexibilizado quando utilizado um meio de obtenção de prova (pensemos em uma busca e apreensão, uma captação ambiental ou em uma interceptação telefônica, sempre a privacidade estará em causa), é também o direito tão ou mais atingido do que a liberdade no âmbito da prisão.

Por isso, neste contexto de múltiplos ataques a este direito, foi interessante investigar o seu grau de resistência e quais seriam os limites para a atuação dos órgãos de persecução. Neste trilhar, procedeu-se a uma pesquisa um pouco mais profunda da privacidade, que, a propósito, compreende a intimidade, sendo essa um dos âmbitos mais internos e reservados. A temática é complexa, como também o é conceituá-la. Mas a privacidade compreenderia um espaço vital livre de intervenções, o controle de si e do que sabem ao seu respeito, bem como o desenvolvimento da sua personalidade. Possui camadas que vão de uma superficialidade mais acessível a círculos mais fechados, correspondendo, como dito, à intimidade. Além disso, há as privacidades corporal, domiciliar e comunicacional.

De todo modo, os estudos demonstraram que a privacidade, ainda que vinculada fortemente à dignidade da pessoa humana, não é um direito absoluto. De tal sorte, mesmo aquelas áreas mais fechadas podem ser acessadas. O próprio TEDH e diversos outros tribunais mundo a fora reconheceram este fato, como se viu e se lembrará.

Voltando a cuidar do âmbito prisional, constatou-se que a privacidade é restringida quase ao máximo (em alguns casos é praticamente eliminada) dentro das prisões. As características arquitetônicas dos espaços carcerários, demarcadas lá atrás pelo panóptico de

BENTHAM, além da necessidade constante de garantia da ordem, da disciplina e da segurança, valores indispensáveis nestes recintos, franqueiam acesso permanente dos prepostos penitenciários às celas, obstando o exercício de uma plena privacidade, por mais que normas diversas a enunciem. A superlotação, chaga experimentada até pelas melhores nações, agrava ainda mais esse quadro. Por isso, o que foi decidido no caso *Hudson v. Palmer* (1984), da Suprema Corte dos EUA, veio bem a calhar: o preso não tem uma expectativa de privacidade em sua cela. Nenhuma administração prisional pode lhe garantir isso.

Por seu claro entrelaçamento com a privacidade, foi escolhida, na sequência, para análise mais detida, a garantia do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se descobrir). Apesar de existir alguma variação na doutrina, compreendemos que esta cláusula possui desdobramentos, como o direito ao silêncio; o direito de não se obrigado a confessar; o direito de não ser obrigado a falar a verdade (que não implica um “direito de mentir”), o direito de não praticar qualquer comportamento ativo incriminador; e o direito de não produzir prova incriminadora invasiva.

A intenção, ao abordar o tema, foi definir seus limites. E a pesquisa demonstrou que esta garantia também não se reveste de caráter absoluto, existindo diversas situações em que ela é flexibilizada. Assim, por exemplo, o suspeito ou arguido é obrigado a tolerar intervenções não invasivas e que lhe demandem posturas passivas. Por outro lado, como regra, não pode ser compelido a adotar comportamentos ativos que o incriminem. Assentar estas bases foi importante para ilustrar as discussões que se avizinhavam, abordadas mais à frente.

Assim, o direito à privacidade e a garantia do *nemo tenetur se detegere*, ambos com sede constitucional no Brasil, em Portugal e em praticamente todos os ordenamentos democráticos e em normas e convenções supranacionais, foram identificados como as principais barreiras ao emprego dos meios de obtenção de prova no recinto prisional. Sob este prisma, chegamos ao ponto de analisar detalhadamente algumas espécies probatórias frequentemente utilizadas dos espaços carcerários.

O CAPÍTULO III começou com uma questão introdutória necessária para bem situar o problema, inserindo-o no contexto do conflito entre a eficácia do processo penal *versus* os direitos fundamentais do cidadão. Mas sinalizamos que este tensionamento, no caso, possui um agravante: além do ambiente naturalmente efervescente da prisão, muitas unidades penais em diversos países, a exemplo do Brasil, sofrem com a incômoda presença das facções prisionais, gerando ainda mais excepcionalidade. Assim, percebeu-se que a resposta penal adequada a este fenômeno complexo seria dada por armas mais sofisticadas, embora com efeitos deletérios mais sérios: os métodos ocultos de investigação, meios de obtenção de prova desenvolvidos ainda na

década de 1960 exatamente para o enfrentamento desta nova criminalidade.

Ainda assim, estas ferramentas, ainda mais desenvolvidas com os avanços da tecnologia, não podem ser utilizadas irrestritamente, vez que são potenciais compressoras de direitos fundamentais, mais ainda do que os métodos tradicionais. Por isso, um teste de proporcionalidade, antes da sua admissão, é sempre devido, linha, inclusive, seguida pela jurisprudência do TEDH.

Quando estudamos a captação ambiental de voz e vídeo, primeira tipologia probatória, destacamos sua natureza eminentemente intrusiva, de modo que os conflitos com a privacidade e o *nemo tenetur* são esperados. Contudo, não obstam a sua utilização. Lembramos que na prisão a privacidade já atingiu um alto nível de restrição. Além disso, relembramos ali a noção de que a cela não merece a proteção de um domicílio (a rigor, mesmo em uma residência familiar poderia ser realizada uma captação ambiental, desde que adequada, necessária e proporcional).

Acerca da interceptação telefônica, a preocupação maior foi com os telemóveis introduzidos clandestinamente nas unidades prisionais e utilizados pelos integrantes de facções criminosas para dar continuidade aos seus negócios ilícitos, controlando o tráfico de drogas e de armas e ordenando homicídios e crimes patrimoniais. Mostramos que não há como se garantir nenhum tipo de proteção à comunicação ou ao conteúdo destes dispositivos, eis que o simples ato de tê-los ou de utilizá-los nas prisões é proibido.

Por fim, abordamos as buscas e apreensões, distinguindo os diferentes regimes das buscas fiscalizatórias e das buscas probatórias, como denominamos. Na prática, malgrado tenham objetivos, procedimentos e requisitos distintos, ambas se sujeitam a limites semelhantes: não cabem apenas quando abusivas e atentem contra a dignidade humana. Uma busca probatória pode ser demandada e autorizada judicialmente sempre que demonstrado o atendimento do *standard* previsto, pouco se podendo opor, em termos de privacidade, no âmbito das celas prisionais.

Voltando ao tema dos aparelhos celulares, registramos novamente como se tornaram um instrumento relevante para o desenvolvimento das atividades criminosas a partir das prisões. Justamente por isso, tornaram-se objetos cobiçados pelos órgãos persecutórios, pois o acesso ao seu conteúdo permite a descoberta de dados relevantes. Mas a sua apreensão nem sempre significa o consumo destes dados, pois comumente estão protegidos por senhas. Neste caso, o *nemo tenetur* protege o preso, pois não se pode obrigá-lo a expelir palavras guardadas em sua mente, isso seria atentatório à sua dignidade. A situação diverge quando o aparelho é protegido por uma biometria, caso em que um gesto corporal passivo ou minimamente ativo seria bastante

para romper aquela medida antiforense. Defendemos a posição segundo a qual não há violação ao *nemo tenetur* neste caso. Este direito não é absoluto e não pode proteger o conteúdo de um objeto ilícito.

Para enriquecer a investigação acadêmica e lhe conferir mais praticidade, introduzimos no CAPÍTULO IV uma pesquisa e análise de julgados do TEDH e da Suprema Corte dos EUA. A busca não trouxe grande quantidade de casos, mas os poucos encontrados propiciaram reflexões interessantes que solidificaram os conhecimentos angariados até o momento.

Assim é que, inicialmente, o TEDH, nos casos *Van der Graaf v. Holanda* (2004), *Vasilică Mocanu v. Romênia* (2016) e *Gorlov e outros v. Rússia* (2019), entendeu que circunstâncias excepcionais podem autorizar medidas administrativas extremas e fortemente comprometedoras da privacidade, como uma videovigilância nas celas por 24 (vinte e quatro) horas.

Por sua vez, os casos *P.G e J.H. v. Reino Unido* (2001) e *Perry v. Reino Unido* (2003) demonstram que é possível utilizar a captação ambiental para coletar dados corpóreos do preso como uma amostra vocal ou sua fisionomia e compleição física, sem que isso configure violação à garantia da não autoincriminação. É que, nas hipóteses, não houve emprego de método coativo (neste ponto, o TEDH é até um pouco mais restritivo, pois se entende que para coleta de dados passivos que não possuem conteúdo incriminatório, como os mencionados, o indivíduo pode ser compelido a fornecer; nestes casos, ele é mero objeto de verificação).

No caso *Wisse v. França* (2005), o TEDH reconheceu a violação à privacidade em razão de captação ambiental realizada no pátio de visitas, onde um preso conversava com sua companheira. Mas a Corte de Estrasburgo se mostrou mais preocupada com a possibilidade dele se autoincriminar, por isso, concluímos, foi o *nemo tenetur* que justificou a decisão restritiva do TEDH, o que pareceu contradizer entendimento exposto em *P.G e J.H. v. Reino Unido* (2001). A situação parece ter sido contornada no caso *Falzarano v. Itália* (2021), quando, em contexto semelhante, aquele tribunal não apontou violação ao *nemo tenetur* e tampouco à privacidade, garantindo que a medida era necessária à prevenção de crimes.

Já no âmbito da jurisprudência norte-americana, mostramos que, desde o caso *Bell v. Wolfish* (1979) e chegando ao caso *Hudson v. Palmer* (1984), a Suprema Corte entende que um preso não tem direito à privacidade dentro de uma cela prisional, não merecendo a proteção da IV Emenda. Assim, ele não pode se opor às buscas fiscalizatórias realizadas pela administração prisional, muito menos exigir que elas obedeçam a um calendário que lhe garantam um mínimo de previsibilidade. A Suprema Corte reconheceu, portanto, que as buscas são uma diligência de extrema importância para o correto funcionamento das unidades prisionais. A privacidade é um

valor que deve ceder diante de outros como a segurança e a disciplina.

Na oportunidade, registramos a correção da ideia central esgrimida de *Hudson v. Palmer* (1984), mas é relevante pontuar a pertinência de algumas críticas lançadas pela doutrina norte-americana. Concordamos que a sentença não pode ser absoluta. Ao menos em tese, em determinadas situações o preso pode exercer alguns resíduos de privacidade ou intimidade, o que não pode afastar a possibilidade de incursões probatórias (buscas, captações ambientais, interceptações telefônicas) que os atinjam, dependendo do juízo de proporcionalidade.

Finalmente, chegamos ao CAPÍTULO V com o objetivo de sistematizar o que foi investigado. Depois de tudo que foi estudado, desde o nascimento da prisão até a análise de casos, propusemo-nos a formular alguns breves enunciados relacionados à obtenção da prova no ambiente prisional, especialmente naqueles dominados pelas gangues prisionais.

Em primeiro lugar, é necessário reforçar o estatuto jurídico do preso. Não se pode tirar proveito eterno do caos que campeia em algumas unidades prisionais. O Estado (e não se pode olvidar que os órgãos persecutórios, conquanto não responsáveis por este estado de coisas, são também parte do Estado) deve agir para garantir a efetivação dos direitos dos reclusos. E como medida basilar e principal, deve minorar os prejuízos à privacidade dos internos, elegendo, como meta, o princípio celular, além de evitar a superlotação. Para além disso, os órgãos persecutórios devem estar atentos ao reconhecimento, sempre que possível e em momentos e espaços específicos, de esferas indevassáveis de intimidade dos presos. Vale lembrar que presos cujos direitos são violados têm expectativas muito mais reduzidas de ressocialização e estão mais propensos à criminalidade.

Em segundo lugar, o juízo de proporcionalidade é sempre devido quando da adoção dos meios de obtenção de prova no recinto prisional. Inclusive, o clima de excepcionalidade nestes espaços, muitos caracterizados por uma presença soberana das organizações criminosas, tende a tornar necessárias (para além de adequadas e de custo-benefício evidente) as explorações probatórias. Esta mesma proporcionalidade obriga o preso a fornecer sua biometria para desbloquear um aparelho celular clandestino utilizado e apreendido em busca realizada no interior de uma unidade prisional. Do contrário, o *nemo tenetur* seria maximizado a um nível impensado, garantindo o exaurimento e a proteção dos ganhos ilícitos. A exigência de colaboração do preso seria assim, também, necessária, adequada e proporcional.

Em terceiro e último lugar, é viável pretender uma flexibilização dos *standards* probatórios exigidos para o deferimento dos meios de obtenção de prova estudados, no âmbito do ordenamento brasileiro. Sugere-se, assim, a adoção de um *standard* mais simples, como um similar ao *reasonable suspicion* norte-americano (suspeita razoável, fundada em algum dado,

mais do que um simples palpite), o que, no entanto, dependeria de modificação legislativa. De fato, visando uma distribuição dos riscos de erros mais adequada, é mais aceitável e tolerável que os eventuais equívocos não obstaculizem os esforços investigativos do Estado dentro das prisões abraçadas pelas facções. Neste caso, preferíveis os falsos positivos (deferimentos indevidos) aos falsos negativos (indeferimentos indevidos) para se amplificar a proteção da sociedade.

Pois bem. Chegando ao fim, se fosse possível resumir, em poucas palavras, tudo o que foi estudado, invocariamos trecho da obra de DIEGO ARIAS, que diz: “Finalidad penitenciaria y proporcionalidad, por tanto, son los requisitos de las limitaciones a los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario”<sup>371</sup>. De fato, a partir daqui podem ser extraídas as lições principais deste trabalho. O ambiente prisional contém uma cláusula implícita: o Estado deve garantir a segurança dos que estão lá dentro. Isso implica, necessariamente, limitações aos direitos e garantias dos reclusos, como a privacidade e o *nemo tenetur se detegere*, tão debatidos ao longo desta investigação. Mas tais restrições devem sempre sempre respeitar um critério de proporcionalidade.

No entanto, tudo o que se disse compete às ações administrativas do gestão penitenciária. E o que dizer dos meios de obtenção de prova no âmbito prisional? A pesquisa revelou enorme semelhança entre os regimes. Eles podem e devem ser implementados seguindo esta mesma linha: as limitações aos direitos e garantias ocorrerão, isso é inegável, mas nunca escaparão do crivo de proporcionalidade. A mensagem final que deixamos é a de que não há vedações ou obstáculos intransponíveis, pois tampouco são os direitos e garantias absolutos. Tudo pode, neste âmbito, desde que necessário, adequado e proporcional.

---

<sup>371</sup> Cf. DIEGO ARIAS, *El derecho*, p. 149.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, FLÁVIO DA SILVA, *Standards de Prova no Processo Penal*, 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Juspodivm, 2024.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

AUGUSTIN, SÉRGIO, *Execução criminal: função jurisdicional ou administrativa*, Caxias do Sul, Plenum, 2007.

ARAÚJO, EDUARDO ÁVILA DE et al, “Análise do Emprego de Meios Eletrônicos no Sistema Penitenciário Federal para Produção de Conhecimentos de Inteligência”, *Revista Brasileira de Execução Penal – RBEP*, III, n.º 1, 2022, pp. 207-232.

AZARCHS, TIMOTHY, “Informational Privacy: Lessons from Across the Atlantic”, *Journal of Constitutional Law*, XVI, 2013, pp. 805-834.

BACHMAIER WINTER, LORENA, “Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in *2º Congresso de Investigaçãõ Criminal*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 161-189.

BADARÓ, GUSTAVO, “Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova”, in AMBOS, KAI e ROMERO, ENEAS (coord.), *Crime Organizado: Análise da Lei 12.850/2013*, São Paulo, Marcial Pons, 2017, pp. 13-49.

\_\_\_\_\_, “Meios de obtenção de prova: requisitos legais e *standards* de prova”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, XXIX, n.º 1, 2019, pp. 09-45.

\_\_\_\_\_, *Processo Penal* [livro eletrônico], São Paulo, Revista dos Tribunais, 2024.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo, “Standards probatórios no processo penal”, *Revista AJUFERGS*, n.º 4, 2007, pp. 161-185.

BARBOSA, DANIEL MARCHIONATTI, “A captação Ambiental e o Projeto de Lei Anticrime”, in SALGADO, DANIEL DE RESENDE, KIRCHER, LUÍS FELIPE SCHNEIDER e QUEIROZ, RONALDO PINHEIRO de (coord.), *Altos estudos sobre a prova no Processo Penal*, Salvador, Juspodvim, 2020, pp. 209-231.

BARROSO, LUÍS ROBERTO, “A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação”, Versão provisória para debate público, Mimeografado, 2010, disponível em [https://luisrobertobarros.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://luisrobertobarros.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf), acessado em 22/09/2024.

BECCARIA, CESARE, *Dos delitos e das penas*, 5<sup>a</sup> edição, Lisboa, Fundação Calouste

Gulbenkian, 2017.

BELTRÁN, JORDI FERRER, “Prolegômenos para uma teoria sobre os *standards* probatórios. O *test case* da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea”, in SALGADO, DANIEL DE RESENDE, KIRCHER, LUÍS FELIPE SCHNEIDER e QUEIROZ, RONALDO PINHEIRO de (coord.), *Altos estudos sobre a prova no Processo Penal*, Salvador, Juspodvim, 2020, pp. 776-808.

BENTHAM, JEREMY e MAGNO, TOMAZ TADEU (org.), *O panóptico*, 2ª edição, Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2008.

BROBST, JENNIFER A., “The Metal Eye: Ethical Regulation of the State's Use of Surveillance Technology and Artificial Intelligence to Observe Humans in Confinement”, *California Western Law Review*, LV, n.º 1, 2018, pp. 1-128.

BÜLOW, WILLIAM, “Treating Inmates as Moral Agents: A Defense of the Right to Privacy in Prison”, *Criminal Justice Ethics*, XXXIII, n.º 1, 2014, pp. 1-20.

CAIRES, JOÃO GOUVEIA DE, “Características e princípios dos métodos ocultos em geral e a (in)admissibilidade do varrimento electrónico em especial”, in PALMA, MARIA FERNANDA et al (org.), *Livro em Memória do Professor Doutor João Curado Neves*, 1ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2020, pp. 377-414.

\_\_\_\_\_, “Métodos Ocultos na Criminalidade Económico-Financeira: Entre a (a) tipicidade e a cumulação”, *Revista Julgar*, XXXVIII, 2019, pp. 45-84.

CAMPOS, GABRIEL SILVEIRA DE QUEIRÓS, *Princípios do Processo Penal – Teoria, Jurisprudência e Direito Internacional*, Salvador, Editora Juspodvim, 2021.

CARNEIRO, PATRÍCIA GONÇALVES DIAS, *O princípio nemo tenetur se ipsum accusare e a recusa do possuidor de revelar a senha alfanumérica e/ou facultar a impressão digital de telemóvel encriptado* (Dissertação de Mestrado), Lisboa, Universidade de Lisboa, 2018.

CESCA, BRENNO GIMENES, “Aspectos processuais penais da garantia da não autoincriminação nas Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos”, *Revista de Informação Legislativa*, LX, n.º 239, 2023, pp. 207-234.

CHAUVENET, ANTOINETTE, “Privation de liberté et violence: le despotisme ordinaire en prison”, *Déviance et société*, 30, n.º 3, 2006, pp. 373-388.

CHRISTODOULOU, HÉLÈNE, “Le silence à propos de la relativité d'un droit essentiel”, *Lexbase Pénal*, n.º 48, 2022, disponível em <https://publications.ut-capitole.fr/id/eprint/45393/>, acedido em 01/09/2024.

CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN, *Direito Constitucional Brasileiro*, I [livro eletrônico], 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2022.

CONTARDO, RICARDO WITTLER, “Apreensão de correio eletrônico em Portugal: presente e futuro de uma questão de « manifesta simplicidade »”, in MENDES, PAULO DE SOUSA e PEREIRA, RUI SOARES (coord.), *Novos desafios da prova penal*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 277-313.

COSTA, DIOGO ERTHAL ALVES DA, “*Nemo tenetur se detegere* e dados criptografados: restabelecendo o equilíbrio”, in SALGADO, DANIEL DE RESENDE e QUEIROZ, RONALDO PINHEIRO DE (org.), *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*, 3ª ed., Salvador, Juspodvim, 2019, pp. 209-252.

\_\_\_\_\_, *Meios atípicos de obtenção de prova: a invasão de sistemas informáticos na investigação da criminalidade organizada*, São Paulo, Editora Juspodvim, 2024.

DELGADO DEL RINCÓN, LUIS ESTEBAN, “Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 18, 2006, pp. 191-222.

DEZEM, GUILHERME MADEIRA, *Curso de Processo Penal* [livro eletrônico], São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022.

DIEGO ARIAS, JUAN LUIS DE, *El derecho a la intimidad de las personas reclusas*, Colección Premios Victoria Kent, Madrid, Ministerio del Interior – Secretaria General Técnica, 2015.

DONEDA, DANILO, *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais* [livro eletrônico], São Paulo, Revista dos Tribunais, 2021.

ESTEVES, ALEXANDRA PATRÍCIA LOPES, *Entre o crime e a cadeia: violência e marginalidade no Alto Minho (1732-1870)* (Dissertação de Doutorado), Braga, Universidade do Minho, 2010.

FERNANDES, ANTÔNIO SCARANCE, *Processo Penal Constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIORAVANTI JÚNIOR, OSCAR, “Pesquisa em *smartphones* não encriptados pela Autoridade Policial, durante a Prisão em Flagrante”, in MENDES, PAULO DE SOUSA e PEREIRA, RUI SOARES (coord.), *Novos desafios da prova penal*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 315-338.

FRAGOSO, HELENO CLÁUDIO, “Perda da liberdade – os direitos dos presos”, *VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, VIII, 1980, pp. 759-788.

FRANÇA, RAFAEL FRANCISCO, “Balancing Self-Incrimination and Public Safety: A Comparative Analysis of Compelled Smartphone Unlocking in Brazilian and U.S. Legal Systems”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, IX, n.º 3, 2023, pp. 1371-1420.

GIACÓIA, GILBERTO, HAMMERSCHMIDT, DENISE e FUENTES, PAOLA OVIEDO, “A prisão

e a condição humana do recluso”, *Argumenta Journal Law*, 15, 2013, pp. 131–161.

GOMES, CARLA AMADO e NEVES, ANA FERNANDA (coord.), *Direitos do homem e sistema penitenciário: actas da conferência*, Lisboa, AAFDL Editora, 2019.

GOMES, LUIZ FLÁVIO, *Interceptação Telefônica e das Comunicações de Dados e Telemáticas* [livro eletrônico], São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.

GOMES, RODRIGO CARNEIRO, “Prevenir o crime organizado: inteligência policial, democracia e difusão do conhecimento”, *Revista CEJ*, 14, n.º 48, 2010, pp. 40-51.

GORING, DARLENE C., “Fourth Amendment – Prison Cells: Is there a Right to Privacy?”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, LXXV, n.º 3, 1984, pp. 609-629.

GOUVÊA, ANTÓNIO AYRES DE, *Resenha das Principaes Cadeias da Europa*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1860.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI, FERNANDES, ANTÔNIO SCARANCE e GOMES FILHO, ANTÔNIO MAGALHÃES, *As nulidades no processo penal*, 11ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HASSEMER, WINFRIED, “Limites del Estado de Derecho para el Combate contra la Criminalidade Organizada Tesis y Razones”, in FRANCO, ALBERTO SILVA e NUCCI, GUILHERME DE SOUZA (org.), *Doutrinas Essenciais Direito Penal*, VII [livro eletrônico], São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, Capítulo VIII – Crime Organizado, n.º 59.

HOMEM, ANTÓNIO PEDRO BARBAS et al, *Cadeia do Limoeiro – da punição dos delinquentes à formação dos magistrados*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013.

KERR, ORIN, “Compelled decryption and the privilege against self-incrimination”, *Texas Law Review*, XCVII, n.º 767, 2019, pp. 768-799.

KOOPS, BERT-JAAP, “Criminal Investigation and Privacy in Italian Law”, *TILT Law & Technology Working Paper Series*, I, 2016, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2888422>, acessado em 22/06/2022.

LESSING, BENJAMIN, *Inside out: The challenge of prison-based criminal organizations*, Washington, DC, The Brookings Institution, 2016.

LIMA, RENATO BRASILEIRO DE, *Manual de Execução Penal – Volume Único*, 2ª ed., São Paulo, Juspodivm, 2023.

\_\_\_\_\_, *Manual de Processo Penal: volume único*, 8ª ed., Salvador, Juspodivm, 2020.

\_\_\_\_\_, *Legislação especial criminal comentada: volume único*, 8ª ed., Salvador, Juspodivm, 2020.

LIVINGSTONE, STEPHEN, “Prisoners’ rights in the context of the European Convention on Human Rights”, *Punishment & Society*, II, n.º 3, 2000, pp. 309-324.

LÓPEZ-MELERO, MONSERRAT, “La celda como vivienda del interno en centros penitenciarios”, *Revista Criminalidad*, LIX, n.º 1, 2017, pp. 95-103.

MACIEL, FREDERICO ERNESTO CARDOSO, *O mandado de busca e apreensão genérico: análise sob a perspectiva do Estado democrático de direito* (Dissertação de Mestrado), Lisboa, Universidade de Lisboa, 2019.

MAIA, CLARISSA NUNES, SÁ NETO, FLÁVIO, COSTA, MARCOS e BRETAS, MARCOS LUIZ, *História das prisões no Brasil*, I [recurso eletrônico], Rio de Janeiro, Anfiteatro, 2017.

\_\_\_\_\_, *História das prisões no Brasil*, II [recurso eletrônico], Rio de Janeiro, Anfiteatro, 2017.

MALAN, DIOGO, “Da Captação Ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos, ou acústicos e os limites relativos à privacidade”, in AMBOS, KAI e ROMERO, ENEAS (coord.), *Crime Organizado: Análise da Lei 12.850/2013*, São Paulo, Marcial Pons, 2017, pp. 51-81.

MAPELLI CAFFARENA, D. BORJA, “Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 12, 1998, pp. 87-106.

\_\_\_\_\_, “Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario”, in ARROYO ZAPATERO, LUIS (dir.), *Estudios de Criminología*, I, Cuenca, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 1993, pp. 17-41.

\_\_\_\_\_, “¿Pueden los privados de libertad usar móviles para comunicarse?”, *Anales de Derecho*, XXXI, 2013, pp. 01-18.

MARTINEZ, THIAGO HARTMANN, *Os direitos fundamentais X segurança pública: a admissibilidade de métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital* (Dissertação de Mestrado), Lisboa, Universidade de Lisboa, 2019.

MCLOUGHLIN, JAMES P. JR., HUSETH, FIELDING E. e PRATE, CATHERINE R., “Challenging Prosecutorial Use of a Pretrial Detainee's Electronic Communications”, *Southern California Review of Law and Social Justice*, XXXIII, n.º 1, 2024, pp. 89-130.

MENDES, CARLOS HÉLDER CARVALHO FURTADO e FELIX, YURI, “(In) aplicabilidade da doutrina « foregone conclusion » e o acesso a dispositivos cifrados no Processo Penal brasileiro”, *Boletim IBCCRIM*, ano 31, n.º 365, 2023, pp. 06-09.

MENDES, PAULO DE SOUSA, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2020.

\_\_\_\_\_, “A privacidade digital posta à prova no processo penal”, *Quaestio Facti, Revista internacional sobre razonamiento probatório*, n.º 2, 2021, pp. 225-250.

\_\_\_\_\_, “O processo penal entre a eficácia e as garantias – Em especial a questão do

aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, LV, n.º 1 e 2, 2014, pp. 405-423.

\_\_\_\_\_, “O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência”, *Revista Julgar*, n.º 9, 2009, pp. 11-28.

MILHAUD, OLIVIER e MORAN, DOMINIQUE, “Penal space and privacy in French and Russian prisons”, in MORAN, DOMINIQUE, GILL, NICK e CONLON, DEIRDE, *Carceral spaces: Mobility and agency in imprisonment and migrant detention*, Routledge, New York, 2013, pp. 167-182.

MIRABETE, JÚLIO FABBRINI, *Execução Penal*, Indaiatuba, Editora Foco, 2023.

MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

MORAES, ALEXANDRE DE, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 7.ª ed., São Paulo, Atlas, 2007.

MOUTINHO SANTOS, M. JOSÉ, *A Sombra e a Luz. As prisões do Liberalismo*, Porto, Edições Afrontamento, 1999.

NEVES, ANA FERNANDA, “Os direitos do recluso à luz do Direito Internacional e do Direito Europeu”, in GOMES, CARLA AMADO e NEVES, ANA FERNANDA (coord.), *Direitos do homem e sistema penitenciário: actas da conferência*, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, pp. 23/53.

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Sumários de processo criminal*, Coimbra, Dactilografado por João Abrantes, 1967-1968.

NOVAIS, JORGE REIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

NUNES, WALTER, “Sistema penitenciário federal: o regime prisional de líderes de organizações criminosas”, *Revista Brasileira de Execução Pena*, I, n.º 2, 2020, pp. 101-134.

PACELLI, EUGÊNIO e FISCHER, DOUGLAS, *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2020.

PEREIRA, FREDERICO VALDEZ e FISCHER, DOUGLAS, “Prova, verdade e as obrigações processuais penais positivas”, in SALGADO, DANIEL DE RESENDE, KIRCHER, LUÍS FELIPE SCHNEIDER e QUEIROZ, RONALDO PINHEIRO de (coord.), *Altos estudos sobre a prova no Processo Penal*, Salvador, Juspodvim, 2020, pp. 61-95.

PETIT, JACQUES-GUY, *Ces peines obscures. La prison pénale en France (1780-1875)*, Paris, Fayard, 1990.

PINTO, LARA SOFIA, “Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do

arguido. *Case Study*: revelação coactiva da password para descriptação de dados – *resistence is futile?*” in BELEZA, TERESA PIZARRO e PINTO, FREDERICO LACERDA COSTA (coord.), *Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre a Teoria da Prova e Garantias de Defesa* [recurso eletrônico], Coimbra, Almedina, 2010, pp. 2087-2772.

PINTO, HELENA, “Segurança prisional, poder disciplinar e deveres dos reclusos”, in GOMES, CARLA AMADO e NEVES, ANA FERNANDA (coord.), *Direitos do homem e sistema penitenciário: actas da conferência, Lisboa*, AAFDL Editora, 2019, pp. 125-142

PIRES, THULA RAFAELA DE OLIVIERA e FREITAS, FELIPE DA SILVA (org.), *Vozes do cárcere: ecos da resistência política*, Rio de Janeiro, Kitabu, 2018.

PRADEL, JEAN, “De certaines preuves scientifiques devant la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue Thémis de l’Université de Montréal*, LI, 2017, pp. 25-49.

PRADILLO, JUAN CARLOS ORTIZ, “El impacto de la tecnología en la investigación penal y en los derechos fundamentales”, in *Problemas Actuales de la Justicia Penal: secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia u licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales*, COLEX, 2013, pp. 317-342.

PRADO, LUIZ RÉGIS, HAMMERSCHMIDT, DENISE e MARANHÃO, DOUGLAS BONALDI, *Direito de Execução Penal* [livro eletrônico, 2ª ed.], São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

QUARESMA, JOSÉ MANUEL LOURENÇO, “Que (restrição aos) direitos humanos em ambiente prisional”, *Revista Julgar Online*, n.º 22, 2014, pp. 55-73.

QUEIJO, MARIA ELIZABETH, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e as suas decorrências no processo penal*, 2.ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

RODRIGUES, ANABELA DE MIRANDA, *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito* (Dissertação de Pós-Graduação), Coimbra, Universidade de Coimbra, 1982.

ROLIM, MARCOS, “O Labirinto, o Minotauro e o Fio de Ariadne – Os Encarcerados e a Cidadania, Além do Mito”, in CARVALHO, SALO DE (org.), *Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2002, pp. 317-338.

ROMÃO, MIGUEL LOPES, *Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal*, Lisboa, Almedina, 2015.

ROXIN, CLAUDIUS, “Involuntary Self-Incrimination and the Right to Privacy in Criminal Proceedings”, *Israel Law Review*, XXXI, n.º 1-3, 1997, pp. 74-93.

\_\_\_\_\_, “La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán”, *Revista Penal*, n.º 6, 2000, pp. 115-126.

SALVADOR NETTO, ALAMIRO VELLUDO, *Curso de Execução Penal* [livro eletrônico], 1ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019.

SANCHA DÍEZ, José Pablo, *Derechos fundamentales de los reclusos* (Dissertação de Doutoramento), Madrid, UNED, 2017.

SCHMIDT, ANDREI ZENKNER, “Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal”, in CARVALHO, SALO DE (org.), *Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pp. 249-316.

SCHWARTZ, BARRY, “Deprivation of privacy as a functional prerequisite: the case of the prison”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, LXIII, n.º 2, 1972, pp. 229-239.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Curso de Processo Penal II, Os Elementos do Processo Penal*, 4.ª ed., Lisboa, Verbo, 2008.

SILVA, SANDRA MARIA OLIVEIRA E, *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio “nemo tenetur” se “ipsum accusare”*, Coimbra, Almedina, 2019.

\_\_\_\_\_, “A liberdade contra a autoincriminação no Processo Penal: breves considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, *Revista do Ministério Público do RS*, LXXX, maio-agosto, 2016, pp. 111-128.

SOUZA, ALEXANDER ARAÚJO DE, *O abuso de direito no processo penal*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2022.

STIPPEL, JÖRG ALFRED e MEDINA GONZÁLEZ, PAULA, “Discriminación en la persecución penal. Acerca de las diferencias entre delitos intracarcelarios y delitos cometidos fuera de prisión”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, VIII, n.º 3, 2022, pp. 1607-1656.

TARTUCE, FLÁVIO, *Manual de direito civil: volume único*, Rio de Janeiro, Método, 2011.

TEPPER, H. MARC., “Hudson v. Palmer: The Fourth Amendment in a Prison Setting”, *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, XII, n.º 1, 1986, pp. 177-196.

VIEIRA, RENATO STANZIOLA, *Controle da prova penal* [livro eletrônico], São Paulo, Revista dos Tribunais, 2023.

YAK, PATRICIA, “Hudson v. Palmer: Return to the Hands-Off Approach to Prisoners’ Rights?”, *Pace Law Review*, V, n.º 4, 1985, pp. 781-807.

## REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL, Código de Processo Penal (1941), disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm), acessado em 31/08/2024.

BRASIL, Código Penal (1940), disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm), acessado em 31/08/2024.

BRASIL, Lei de Execução Penal (1984), disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm), acessado em 31/08/2024.

BRASIL, Constituição (1988), disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm), acessado em 31/08/2024.

BRASIL, Lei n.º 9.296 (1996), disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm), acessado em 31/08/2024.

BRASIL, Código Civil (2002), disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com), acessado em 31/08/2002.

BRASIL, Lei n.º 12.850 (2013), disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm), acessado em 31/08/2024.

BRASIL, Lei n.º 13.964 (2019), disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2019/lei/113964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/113964.htm), acessado em 31/08/2024.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) disponível em [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf), acessado em 28/02/2021.

Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>, acessado em 30/08/2024.

ESPANHA, Constituição (1978), disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, acessado em 23/09/2024.

ESPANHA, *Ley Orgánica General Penitenciaria* (1979), disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23708>, acessado em 23/09/2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *United States Constitution*, (1776), disponível em [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#amdt\\_6\\_1791](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_6_1791), acessado em

31/08/2024.

ITÁLIA, *Codice di Procedura Penale* (1988), disponível em <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceProceduraPenale>, acedido em 31/08/2024.

Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Cíveis (1966), disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>, acedido em 01/09/2024.

PORTUGAL, Constituição (1976), disponível em <https://www.parlamento.pt/>, acedido em 31/08/2024.

PORTUGAL, Código de Execução das Penas e Medidas Alternativas (2009), disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2009-34515975>, acedido em 20/08/2024.

PORTUGAL, Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais (2011), disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2011-108045548>, acedido em 31/08/2024.

Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas da Liberdade – Regras de Tóquio (1990), disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>, acedido em 31/08/2024.

Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos – Regras de Nelson Mandela (2015), disponível em [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf), acedido em 31/08/2024.

## REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL, acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil de 25 de fevereiro de 2014, proferido no processo n.º HC 251132 / RS, pesquisável em <https://scon.stj.jus.br/SCON/>, acessado em 01/09/2024.

BRASIL, acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 23 de novembro de 2021, proferido no processo n.º AgRg no RMS 65988 / GO, pesquisável em <https://scon.stj.jus.br/SCON/>, acessado em 01/09/2024.

BRASIL, acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 12 de dezembro de 2022, proferido no processo n.º AgRg no REsp 1691324 / PE, pesquisável em <https://scon.stj.jus.br/SCON/>, acessado em 01/09/2024.

BRASIL, acórdão do Supremo Tribunal Federal do Brasil de 25 de maio de 2022, proferido no processo n.º ARE 1383859, pesquisável em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>, acessado em 01/09/2024.

ESPAÑA, sentença do Tribunal Constitucional da Espanha de 03 de junho de 1987, proferida no processo n.º 216/1986, pesquisável em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1987-14753>, acessado em 23/09/2024.

ESPAÑA, sentença do Tribunal Constitucional da Espanha de 28 de fevereiro de 1994, proferida nos processos n.º 2.302 e 1.445/1991, pesquisável em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1994-6764>, acessado em 31/08/2024.

ESPAÑA, sentença do Tribunal Constitucional da Espanha de 19 de dezembro 1995, proferida no processo n.º 2.072/1994, pesquisável em [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-1996-1492](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1996-1492), acessado em 01/09/2024.

ESPAÑA, sentença do Tribunal Constitucional da Espanha de 27 de março de 2006, proferida no processo n.º 6.036/2002, pesquisável em [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-2006-7886](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2006-7886), acessado em 23/09/2024

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos de 04 de junho de 1962, *Lanza v. New York*, proferido no processo n.º 370 U.S. 139 (1962), pesquisável em <https://www.supremecourt.gov/>, acessado em 01/09/2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, acórdão da Suprema Corte de 18 de dezembro de 1967, *Katz v. United States*, proferido no processo n.º 389 U.S. 347 (1967), pesquisável em <https://www.supremecourt.gov/>, acessado em 31/08/2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos de 26 de junho de 1974, *Wolff v. McDonnell*, proferido no processo n.º 418 U.S. 539 (1974), pesquisável

em <https://www.supremecourt.gov/>, acessido em 31/08/2024

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos de 14 de maio de 1979, *Bell v. Wolfish*, proferido no processo n.º 441 U.S. 520 (1979), pesquisável em <https://www.supremecourt.gov/>, acessido em 31/08/2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos de 03 de julho de 1984, *Hudson v. Palmer*, proferido no processo n.º 486 U.S. 517 (1984), pesquisável em <https://www.supremecourt.gov/>, acessido em 31/08/2024.

PORTUGAL, acórdão n.º 452/89 do Tribunal Constitucional de 22 de julho 1989, proferido no processo n.º 15/1987, pesquisável em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890452.html>, acessido em 01/09/2024.

PORTUGAL, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de fevereiro de 2008, proferido no processo n.º 10898/2007-3, pesquisável em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/0EEB7440C4AC9F528025746D00479E8F>, acessido em 01/09/2024.

PORTUGAL, acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de setembro de 2023, proferido no processo n.º 1029/23.6JAPRT-A.P1, pesquisável em <https://shorturl.at/ySqH8>, acessido em 01/09/2024.

TEDH, acórdão de 25 de setembro de 2001, *P.G. e J.H. v. Reino Unido*, proferido no processo n.º 44787/98, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59665>, acessido em 30/08/2024.

TEDH, acórdão de 17 de julho de 2003, *Perry v. Reino Unido*, proferido no processo n.º 63737/00, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65796>, acessido em 30/08/2024.

TEDH, acórdão de 27 de abril de 2004, *Doerga v. Holanda*, proferido no processo n.º 50210/99, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61747>, acessido em 30/08/2024.

TEDH, acórdão de 01 de junho de 2004, *Van der Graaf v. Holanda*, proferido no processo n.º 8704/03, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23977>, acessido em 29/08/2024.

TEDH, acórdão de 20 de dezembro de abril de 2005, *Wisse v. França*, proferido no processo n.º 71611/01, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71735>, acessido em 30/08/2024.

TEDH, acórdão de 15 de dezembro de 2015, *Szafranski v. Polónia*, proferido no processo n.º 17249/12, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159205>, acessido em 31/08/2024.

TEDH, acórdão de 06 de dezembro de 2016, *Vasilică Mocanu v. Romênia*, proferido no

processo n.º 43545/13, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169702>, acedido em 29/08/2024.

TEDH, acórdão de 02 de julho de 2019, *Gorlov e outros v. Rússia*, proferido no processo n.º 27057/06, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194247>, acedido em 31/08/2024.

TEDH, acórdão de 07 de janeiro de 2020, *Ciupercescu v. Romênia*, proferido nos processos ns.º 41995/14 e 50276/15, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-200045>, acedido em 29/08/2024.

TEDH, acórdão de 15 de junho de 2021, *Falzarano v. Itália*, proferido no processo n.º 73357/14, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211236>, acedido em 30/08/2024.

## ÍNDICE

PLANO DE TRABALHO.....	IX
INTRODUÇÃO.....	7
1. CAPÍTULO I – OS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS: BREVE PERCURSO EVOLUTIVO, CARACTERÍSTICAS E SUA TRANSFORMAÇÃO EM PALCO DA ATIVIDADE PENAL.....	9
1.1. Traços históricos da prisão.....	9
1.2. Características atuais e dinâmicas particulares do espaço carcerário.....	13
1.3. A (in)cessante atividade delituosa e o interesse dos órgãos de persecução.....	16
1.4. Conclusões preliminares .....	19
2. CAPÍTULO II – OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS.....	21
2.1. O preso como sujeito de direitos e a natureza jurídica da sua relação com o Estado.....	21
2.2. Os direitos atingidos pelo édito prisional e/ou condenatório e a delimitação do estatuto jurídico do preso.....	25
2.3. O direito à privacidade e a sua extensão na prisão.....	31
2.4. O <i>nemo tenetur se detegere</i> e sua amplitude no contexto prisional .....	39
2.5. Conclusões preliminares .....	44
3. CAPÍTULO III – A ATIVIDADE PROBATÓRIA NO INTERIOR DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS .....	46
3.1. O permanente conflito entre os direitos fundamentais e a segurança pública na obtenção da prova: ainda sobre a eficácia e a garantia.....	46
3.2. O necessário emprego dos métodos ocultos de investigação.....	49
3.3. As tipologias probatórias mais comuns no recinto prisional .....	52
3.3.1 A captação ambiental de voz e imagem.....	52
3.3.1.1 Características gerais do método .....	52

3.3.1.2 Uma análise dos conflitos com o direito à privacidade (ou à vida privada) e o <i>nemo tenetur se detegere</i> .....	53
3.3.2 A interceptação (ou escuta) telefônica.....	62
3.3.2.1 Aspectos gerais deste meio de obtenção de prova.....	62
3.3.2.2 Uma necessária diferenciação: quando a interceptação é direcionada a telefones introduzidos clandestinamente nas unidades prisionais .....	64
3.3.3 A busca e apreensão.....	66
3.3.3.1 A cela como reduto da vida privada do recluso?.....	66
3.3.3.2 As buscas fiscalizatórias e as buscas como meios de obtenção de prova: regimes distintos.....	72
3.3.3.3 A apreensão de aparelhos celulares clandestinos: o problema da descriptação / desbloqueio por biometria e o dever de colaboração do preso .....	77
3.4. Conclusões preliminares .....	86
4. CAPÍTULO IV – ANÁLISE DE CASOS.....	89
4.1. O TEDH e prova no ambiente prisional .....	89
4.1.1 Os casos <i>Van der Graaf v. Holanda</i> (2004), <i>Vasilică Mocanu v. Romênia</i> (2016) e <i>Gorlov e outros v. Rússia</i> (2019) e o problema da videovigilância contínua .....	89
4.1.2 Os casos <i>P.G e J.H. v. Reino Unido</i> (2001), <i>Perry v. Reino Unido</i> (2003), <i>Doerga v. Holanda</i> (2004), <i>Wisse v. França</i> (2005) e <i>Falzarano v. Itália</i> (2021) e a compreensão do TEDH sobre a captação ambiental e a interceptação telefônica no ambiente prisional .....	93
4.2. Suprema Corte dos Estados Unidos da América e o seu entendimento sobre as buscas prisionais a partir do caso <i>Hudson v. Palmer</i> (1984).....	103
4.3. Conclusões preliminares .....	108
5. CAPÍTULO V – ALGUNS ENUNCIADOS SOBRE A OBTENÇÃO DA PROVA NO AMBIENTE PRISIONAL.....	111
5.1. Uma questão preliminar: o necessário reforço do estatuto jurídico do preso e a privacidade admitida pelas circunstâncias.....	111
5.2. A proporcionalidade no ambiente de excepcionalidade .....	115

5.3. É possível falar em <i>standards</i> de prova diferenciados para os meios de obtenção de prova nos espaços carcerários no ordenamento brasileiro? .....	121
5.4. Conclusões preliminares .....	124
CONCLUSÕES .....	126
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	135
REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS .....	143
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.....	145