

AS INOVAÇÕES DA LEI N. 12.850/2013 E A ATIVIDADE POLICIAL

INNOVATIONS OF ACT N. 12.850/2013 AND POLICE ACTIVITY

Paulo César Busato¹

RESUMO

O presente trabalho faz uma breve análise dos instrumentos de produção probatória previstos na Lei n. 12.850, a serem empregados nas investigações sobre organizações criminosas. A abordagem que se faz do tema toma por eixo a atividade policial, procurando expor criticamente os principais problemas dela derivados.

Palavras-chave: Organizações Criminosas. Meios de Produção de Provas. Atividade Policial.

ABSTRACT

This paper makes a brief analysis of the evidence production instruments provided by the Law n. 12.850, to be employed in investigations about criminal organizations. The approach turns around the police activity, seeking to expose critically their main problems.

Keywords: Criminal Organizations. Evidence Production Instruments. Police Activity.

¹ Paulo César Busato é Doutor em Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha, Professor de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 12.850, recentemente promulgada, é um instituto voltado a tratar das organizações criminosas. Neste afã o legislador, a par de buscar definir uma figura delitiva para as tais organizações, também procurou voltar-se muito para a atividade policial, transparecendo nitidamente uma pretensão de instrumentalizar a atividade investigatória-persecutória com ferramentas de investigação mais interventivas, entendendo que, desta forma, estaria dando melhor solução ao problema da criminalidade organizada.

Sem imiscuir-se na definição de organizações criminosas, já por si muito problemática, nem tampouco discutir a conveniência ou não da política criminal que orienta a edição da lei, o presente artigo visa tão somente problematizar, a partir do ângulo da atividade policial, os meios excepcionais de produção probatória trazidos pela mencionada lei.

Assim, far-se-á uma incursão sobre as várias questões relacionadas à investigação e aos meios de prova suscitados pela Lei n. 12.850, tomando por eixo a postura do policial investigador em relação aos dispositivos específicos.

Ainda que reconhecida a excepcionalidade da investigação voltada às organizações criminosas, as interpretações dadas aos dispositivos constantes desta lei como *meios de produção de prova* jamais podem romper com os valores constitucionais ou legais que visam à preservação dos direitos da personalidade do investigado. Em matéria penal, as garantias processuais não consistem em mera forma, mas sim em essência das próprias garantias em sentido limitador².

1 DO OBJETO AUTORIZADOR DO EMPREGO DOS MEIOS EXCEPCIONAIS DE OBTENÇÃO DA PROVA

Já em seu art. 3º, a Lei n. 12.850 estabelece um elenco de meios de obtenção de provas específicos, referindo que, em complemento aos meios de prova geralmente admitidos, em qualquer fase da persecução penal, são permitidos a

² Nesse sentido GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 105; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 8; MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 25 e LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 88-89.

- I - colaboração premiada;
- II - a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;
- III - ação controlada;
- IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;
- V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;
- VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;
- VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação [...]
- VIII -cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

A referência expressa que tais providências possam ser tomadas *em qualquer fase da persecução* visa justamente distendê-las para a fase inquisitorial do feito, sempre e quando o alvo das investigações seja uma *organização criminosa*.

Ocorre que o conceito de *organização criminosa*, dado pela própria Lei no § 1º do art. 1º padece de certa indefinição em função do abuso de elementos normativos do tipo e da presença de um *especial fim de agir* de difícil detecção. Exige-se, por exemplo uma estrutura hierarquizada e uma divisão de tarefas e que tal *organização* vise à obtenção de *vantagem de qualquer natureza*. Com este conjunto de dados, não se pode negar a imensa dificuldade de demonstração da condição de organização criminosa, que habilita o emprego das fórmulas probatórias previstas na lei.

Além disso, há um estranho paradoxo: as fórmulas de investigação específicas podem ser empregadas *em qualquer fase da persecução penal* em casos de organizações criminosas. Contudo, se está efetivamente demonstrada a existência da organização, de modo suficiente para justificar o emprego das medidas, não se pode destiná-las justamente à demonstração do crime de organização criminosa, pois ele já estaria provado.

Assim, ao final, as medidas probatórias excepcionais só podem ser empregadas para apuração de outros crimes cometidos pela organização criminosa, além deste próprio. É que a legalidade das provas é condição *sine qua non* de sua validade processual³ e, ainda que a enumeração processual dos meios de produção de provas não seja taxativa⁴, quando apontado um rol limitado ao emprego a respeito de determinado delito, resulta imprescindível que a ele se limite.

³ Nesse sentido DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 197. (Clássicos Jurídicos).

⁴ Nesse sentido a proposição de Carnelutti em: CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2001. p. 746.

Com efeito, trata-se de um verdadeiro estímulo à *produção forçada de provas* contra a defesa e à qualificação de qualquer circunstância, *a priori*, como organização criminosa, com o fito de justificar o emprego das medidas excepcionais já antes pretendidas.

A Lei n. 12.850, de modo geral, não foi propriamente inovadora em relação aos mecanismos de produção probatória, optando por, em sua franca maioria, compilar instrumental probatório já apresentado em outras legislações brasileiras, atender a demandas derivadas de tratados internacionais firmados pelo Brasil e, apenas eventualmente, inserir algum dado inovador em matéria procedimental, quase sempre, de modo desastrado.

Assim, é recomendável que cada um dos instrumentos probatórios elencados no art. 3º do diploma legal sejam comentados individualmente.

2 DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Um dos institutos mais complexos e debatidos do rol de medidas probatórias da Lei n. 12.850 é a colaboração premiada ou *colaboração processual*, ou ainda, *delação premiada* (os primeiros termos, eufemísticos, visam disfarçar certa conotação antiética que a conduta em questão possui⁵).

Trata-se, qualquer que seja a denominação, de uma *redução de pena* (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o acusado que *delatar* seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece⁶.

É instituto amplamente utilizado em diversos distintos sistemas, independentemente das peculiaridades de cada ordenamento jurídico e dos fundamentos políticos que o

⁵ Procurando salvar o instituto da *colaboração* como instrumento válido na esfera processual que não deveria ser confundido com a pejorativa *delação*, veja FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 70, p. 229-268, jan./fev. 2008. Também tratando o tema como *colaboração processual* e dizendo não ser o mesmo que *delação premiada*: SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 66-67.

⁶ Cf. BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5 e PENTEADO, Jacques de Camargo. *Delação premiada*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 848, p. 711, jun. 2006.

justificam⁷. No caso do modelo brasileiro, antes mesmo da Lei n. 12.850 já aparecia em outros diplomas legislativos⁸. O seu fundamento é a confessada falência do Estado que admite sua incapacidade de exercício do controle social do intolerável e convoca em seu auxílio o próprio criminoso⁹.

Esta incapacidade, porém, é produto muito mais da omissão dos governantes ao longo dos anos do que propriamente alguma “organização” ou “sofisticação” operacional da delinquência massificada¹⁰. Chega a ser paradoxal que se insista numa propalada sofisticação da delinquência em um país onde impera a improvisação e tudo é desorganizado.

A par de qualquer discussão sobre a moralidade da medida, parece fora de dúvidas que lançar mão de um estímulo à *deslealdade* entre parceiros, para atingir resultados em troca de privilégios, torna arriscado apostar em que tais informações não possam ser elas mesmas traçoeiras em seu conteúdo. Certamente aquele que é capaz de trair ou delatar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, não terá escrúpulos em mentir, inventar, tergiversar e manipular as informações que oferece para merecer o que deseja.

A adoção da medida pelo ordenamento brasileiro atende a ditames internacionais, em especial a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado e transnacional

⁷ Código Penal espanhol, arts. 376 e 579, n. 3; Código Penal italiano, arts. 289bis e 630, e Leis n. 304/82, 34/87 e 82/91; Código Penal português, arts. 299, n. 4, 300, n. 4, e 301, n. 2; Código Penal chileno, art. 8º; Código Penal argentino, art. 217; Código Penal colombiano, arts. 413/418, entre outros. É de todos conhecida também a legislação italiana que gerou os famosos *pentiti* (arrepentidos) que prestaram depoimentos contra organizações mafiosas em troca de vantagens materiais e processuais. Além dos países de tradição codificada, também é prática corrente na Inglaterra, desde o conhecido caso Rudd e nos Estados Unidos, com a prática corrente do *plea bargaining*.

⁸ A delação premiada apareceu antes na Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990), em seu art. 7º, parágrafo (§ 4º); em alteração no art. 159 do Código Penal, em favor do coautor ou partícipe do crime de extorsão mediante sequestro praticado por quadrilha ou bando que denunciasse o crime à autoridade, facilitando, assim, a libertação do sequestrado; na Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, que anteriormente tratava das organizações criminosas (art. 6º); na Lei n. 7.492/1986, em seu art. 25, § 2º, inserido pela Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995, como redução de um a dois terços para o coautor ou partícipe de *crime contra o sistema financeiro nacional*, que revelasse toda a trama delituosa para a autoridade policial ou judicial, lei que também estabeleceu alteração do art. 16, parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990, concedendo benefício idêntico nos crimes *contra a ordem tributária* cometidos em quadrilha ou coautoria, em favor do o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea, revelasse à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa; na Lei n. 9.269/1996; na lei de proteção às testemunhas (Lei n. 9.807/1999), nos termos dos seus arts. 13 e 14; na alteração da regulamentação legal em matéria de drogas (Lei 11.343/06), em seu art. 41; e mais recentemente, em 2012, a Lei n. 12.683 que deu nova redação ao § 5º, do art. 1º, da Lei n. 9.613/1998, que cuida da lavagem de dinheiros e ativos.

⁹ Nesse sentido conflui a opinião de EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Análise criminológica das organizações criminosas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 115.

¹⁰ Nesse sentido a referência de PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 69-70.

(Convenção de Palermo), à qual o Brasil aderiu em 15 de novembro de 2000, ratificada pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, ratificada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

2.1 DAS PECULIARIDADES DA DELAÇÃO PREMIADA NA LEI 12.850 NO QUE TANGE À ATIVIDADE POLICIAL

O § 2º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 contempla uma *inconstitucionalidade flagrante*, na medida em que, sendo a “colaboração premiada” um meio de produção de prova – diga-se, *prova processual* – converte o Delegado de Polícia em sujeito de sua composição.

O dispositivo refere expressamente que:

considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Esta *inconstitucionalidade* é complementada pelo § 6º do mesmo artigo, que dispõe:

O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Permite-se que o delegado represente ao juiz pela concessão da benesse ao membro da organização criminosa, ainda que contra a vontade do titular da ação penal que, neste caso, será simplesmente “ouvido”, ainda que ele próprio realize diretamente a negociação com o defensor e o investigado, figurando o Ministério Público como mero acessório.

Acontece que a *colaboração premiada* é matéria processual, pois consiste em *meio de produção de prova*. Se o juiz não é parte e, portanto, não pode ele próprio produzir a prova e o Ministério Público será somente “ouvido”, a produção da prova poderia ser realizada, mesmo à revelia do órgão acusador! O Delegado de Polícia assume o papel de parte, pois, ao admitir que ele negocie a colaboração, sua iniciativa poderia gerar a extinção da persecução, a redução da pena ou sua substituição de privação de liberdade por restrições de direitos, e até extinção da punibilidade por perdão judicial.

Além disso, complementa-se o absurdo com uma inexplicável remissão à aplicação “no que couber” do art. 28 do Código de Processo Penal que, sabidamente, é a disposição legal que determina a remessa ao Procurador Geral de Justiça dos pleitos de arquivamento dos quais o juiz discorde. Aplicar-se-á a remessa ao Procurador Geral de Justiça também das discordâncias entre o juiz e o delegado?

A iniciativa a respeito do emprego deste instrumento probatório e o sopesamento das consequências que ele gera para fins de aplicação do Direito Penal, deve estar disponível tão somente para o titular da ação penal que, por disposição constitucional, é exclusivamente o Ministério Público¹¹, afinal, em certa medida, se trata de dispor da persecução penal. O *juízo de valoração* sobre a conveniência e oportunidade de dispor da prova pertence ao Ministério Público e é ele, exclusivamente, junto com o defensor e o investigado, quem devem deliberar sobre os termos da colaboração premiada.

A aprovação do texto na lei divergiu da orientação do Grupo de Trabalho que elaborou seu anteprojeto, o qual apontava para a possibilidade de acordo unicamente entre o Ministério Público e a defesa, na condição de partes no processo. A justificativa era justamente a titularidade exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público. Daí a flagrante inconstitucionalidade.

Como dado positivo, entretanto, a Lei n. 12.850 inova estabelecendo um procedimento específico para a realização da colaboração premiada, o que, em si, é uma boa iniciativa. Não obstante, em ajuste com a inconstitucionalidade que se acaba de aventar, este procedimento igualmente prevê atividade específica procedimental, na condição de sujeito processual, para o Delegado de Polícia.

A iniciativa de oferecer a colaboração deve ser do próprio colaborador, voluntariamente, porém, sempre assistido por defensor, conforme prevê o art. 4º, § 15º, da Lei n. 12.850/2013. Esta *iniciativa de colaboração* pode ter lugar já desde a fase investigatória. Porém, não parece correto admitir, como sugere a lei, a realização de negociações entre colaborador, investigado e delegado, sendo imprescindível a participação do Ministério Público nas negociações, por ser ele a parte acusadora e gestora da produção da prova de acusação. Nesta etapa da negociação, não participará o juiz, naturalmente, inclusive por determinação expressa do art. 4º, § 6º.

O art. 6º determina os elementos obrigatórios que deverão constar do termo de colaboração, que são, especificamente, o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. art. 129, inciso I. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2014.

as condições da proposta do Ministério Público (aqui deve ser excluída a inconstitucional expressão *ou do Delegado de Polícia*); a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; as assinaturas do representante do Ministério Público, do colaborador e de seu defensor; e a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

É aqui que a atividade policial deveria ter centrado os seus esforços, pois seguramente somente o Delegado de Polícia e os investigadores poderão declinar corretamente os possíveis resultados advindos da colaboração premiada para fins investigatórios, pois eles são quem detém o conhecimento específico sobre as peculiaridades do caso em termos da execução da captação probatória. Igualmente, é a autoridade policial quem poderá declinar com precisão se é necessário e quais são as medidas de proteção eficazes que devem ser destinadas à proteção do colaborador e de sua família, pois somente ela tem a dimensão concreta dos entorno empírico da investigação.

Do ponto de vista policial, este aspecto, que é essencial, acaba, nos termos descritos pela lei, subalterno em relação ao protagonismo da própria negociação, que consiste em sério equívoco. Nesse termo deverão estar contidas as *declarações do colaborador* e as cópias da investigação até então procedida (art. 4º, § 7º), remetendo-se tudo à apreciação do juiz, obedecido o sigilo necessário quanto à distribuição (art. 7º).

3 DA CAPTAÇÃO AMBIENTAL DE SINAIS ELETROMAGNÉTICOS, ÓPTICOS OU ACÚSTICOS

Aqui a lei se está referindo a escutas, microfones, monitoramento à distância, por satélite, por antenas direcionais e outras tantas tecnologias hoje existentes para esse fim, matéria que já antes figurava no ordenamento brasileiro, regulamentada pela Lei n. 9.296/1996.

Não se pode negar a importância para a eficácia da investigação, do emprego de tecnologia de captação de mensagens. O conflito que se instaura é entre o direito fundamental à intimidade e privacidade, que é claramente direito constitucional e a necessidade de investigar crimes graves.

O tema já foi objeto de tratamento pelo Tribunal Constitucional Alemão, que proibiu a *espionagem acústica* em casas de habitação privada¹², por entender ser esta,

¹² Cf. BELING, Ernst; AMBOS, Kai; GUERRERO, Óscar Júlian. **Las prohibiciones probatorias**. Bogotá: Temis, 2009. p. 100 e ss. Existe também versão brasileira do livro, com temas um pouco diferentes, publicada como SANTIAGO, Nestor Eduardo a Araruna (Coord.). **Proibições probatórias no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

especialmente no mundo de hoje, tão sujeito à vigilância, um *último refúgio* de intimidade do indivíduo¹³. Trata-se da chamada *teoria das esferas de direitos* (*Rechtskreistheorie*) sustentada pela jurisprudência alemã¹⁴.

Claro está que o Direito alemão, cuja matriz muito influenciou o nosso, também sofreu influências de suas próprias vicissitudes históricas, pois as escutas e vigilâncias realizadas pela *Stasi* na Alemanha Oriental durante o período da Guerra Fria foram tão intensas e tão graves que passaram até mesmo à cinematografia¹⁵. Hoje a medida pode ser tomada, conquanto haja restrição às hipóteses de crimes considerados graves¹⁶. De qualquer modo, o certo é que a intimidade não é apenas um direito individual, mas está associada à dignidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da personalidade¹⁷.

Admite-se atuação com a investigação por estes meios de conversas sobre fatos delitivos já ocorridos ou aqueles muito graves, relacionados a pessoas que não tenham obrigação de declarar perante a polícia. Essa é a interpretação restritiva conferida pelo Direito Europeu à raiz da orientação do Tribunal Federal Constitucional Alemão¹⁸.

A postura é bastante diferente no Direito estadunidense, com características mais pragmáticas, que, em princípio, defendia-se o direito à privacidade como direito fundamental do indivíduo a proteger o seu domicílio. Daí a vedar-se as escutas internas, realizadas dentro do domicílio, permitindo-se, no entanto, sua realização em lugares públicos ou de acesso público. A partir do famoso caso *Katz* a Suprema Corte estadunidense passou a considerar inconstitucional a escuta eletrônica e gravação de conversa havida entre duas pessoas, ainda que a parafernália tenha sido instalada fora da residência dos que sofreram a escuta, de acordo com a redação da Emenda nº 4 à Constituição da Filadélfia.

¹³ *Ibid.*, p. 205.

¹⁴ Tal teoria se baseia na diferenciação entre o âmbito social (primeira esfera), a esfera meramente privada (segunda esfera) e a esfera íntima (terceira esfera). Entende-se que a ingerência nesta última, que consiste no núcleo intocável da vida privada, deve ser sempre proibida, enquanto que na primeira esfera (no âmbito social), não existe qualquer proibição e, na segunda, deve haver um controle através do princípio de proporcionalidade, com ênfase na no sub-princípio de proporcionalidade em sentido estrito. Tal teoria das esferas é amplamente criticada na doutrina em face da imprecisão de seus critérios. Para uma visão crítica a respeito, veja AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán: fundamentación teórica y sistematización. **Política criminal**, v. 4, n. 7, art. 1, p. 1-56, jul. 2014. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf>.

¹⁵ Confira a excelente película *A VIDA dos outros*. Direção: Florian Henckel von Donnersmarck. [S.l.]: Europa Filmes, 2006. Título original em alemão: *Das Leben der Anderen*. 2 DVDs.

¹⁶ Cf. SILVA, E. op. cit., p. 95.

¹⁷ BELING; AMBOS; GUERRERO, op. cit., p. 205.

¹⁸ *Ibid.*, p. 205.

Passou-se a delimitar as possibilidades de escuta com base nos requisitos apontados pelo juiz Harlan, na mencionada sentença, quais sejam: “1) a visão do sujeito quanto aos casos nos quais normalmente este deseja manter sua intimidade sem nenhum tipo de exposição e 2) que a sociedade esteja preparada para aceitar tal expectativa de intimidade como razoável”¹⁹.

Na legislação brasileira, a *permissibilidade da interceptação ambiental* limitou-se às organizações criminosas e aos crimes praticados por quadrilha ou bando²⁰. Distendeu-se, porém, a compreensão do que significa a *interceptação ambiental*, para incluir, já não mais somente a *captação clandestina de conversa*, por terceiro ou um dos interlocutores, no próprio ambiente em que esta se realiza, mas também através da instalação por agentes de polícia – mediante autorização judicial – de aparelhos de captação de som e imagem em residências, locais de trabalho, locais públicos, bem como registrar sinais eletromagnéticos, de rádios ou similares²¹.

Qualquer que seja o perfil a seguir pelo nosso direito, não se pode admitir a produção desta medida probatória indiscriminadamente, diante do risco de violação do direito fundamental constitucional da intimidade. Seu uso deve ser subsidiário, demonstradas necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, como quer Alexy²². Além disso, também são aplicáveis, subsidiariamente, e em sentido restritivo, os requisitos da Lei n. 9.296/1996²³.

4 DA AÇÃO CONTROLADA

Esta é uma das medidas mais importantes previstas na Lei n. 12.850, no que concerne à atividade policial. O conceito é dado literalmente pelo art. 8º que consiste em

retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

¹⁹ Cf. *Ibid.*, p. 203.

²⁰ Nesse sentido SILVA, E. *op. cit.*, p. 95.

²¹ Cf. *Ibid.*, p. 95-96.

²² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 111 e ss.

²³ Cf. SILVA, E. *op. cit.*, p. 97.

A medida foi anteriormente prevista na redação dada pela Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001 ao art. 2º, inciso II da Lei n. 9.034/1995²⁴, bem como a *Lei de drogas*, n. 11.343/2006 em seu art. 53²⁵, mas a nova lei trouxe uma redação mais clara ao instituto, exigindo prova e não mera suposição de tratar-se de investigação sobre organização criminosa²⁶, bem como estabeleceu uma regulamentação – ainda que incipiente – do mecanismo de realização da ação controlada, incluindo a necessidade de monitoramento e vigilância permanente desde o momento da primeira situação de flagrante até quando ele efetivamente ocorra, o que sequer era previsto na Convenção de Viena de 1988 para tais medidas.

Foi o foco nos casos de tráfico internacional de drogas que originou o interesse do legislador brasileiro no tema da ação controlada²⁷, porque as situações de tráfico de drogas, como constituem crimes permanentes, guardam a peculiaridade de que o flagrante se protraí no tempo. A hipótese contempla o ato da polícia que, tendo uma informação a respeito de uma possível venda de drogas que se realizará por meio da apresentação de uma amostra pelo vendedor para o comprador, não faça a prisão no momento desta apresentação, mas guarde a entrega do total da droga vendida.

A questão é que a lei prevê sua aplicação indistinta para todos os casos que envolvam *organizações criminosas*, o que torna, no mínimo, controversa a sua necessidade, eficácia e pertinência.

4.1 EXCEÇÃO À REGRA GERAL DO FLAGRANTE

A doutrina²⁸ refere que, quase sempre, tais ações *controladas* dependem de prévia infiltração de agentes, que é outra medida probatória tratada nesta lei. A previsão a respeito

²⁴ Veja sobre o conceito na lei anterior em: SNICK, Valdir. **Crime organizado**: comentários. São Paulo: Leud, 1997. p. 229.

²⁵ Essa disposição legal atendeu ao art. 11 da Convenção de Viena, de 20 de dezembro de 1988, firmada pelo Brasil e ratificada pelo Decreto presidencial n. 45/1991, destinada a estabelecer diretrizes do enfrentamento do crime de tráfico ilícito de drogas.

²⁶ Interpretar a disposição de modo diverso abriria passo ao seu uso indiscriminado, com riscos, inclusive, de que uma inação completamente injustificável o fosse por meio do mero argumento de parte da autoridade de que ‘supôs’ tratar-se de organização criminosa. E, ademais, equívoco ou não dessa natureza, poderá acarretar a produção de prova ilícita.

²⁷ Nesse sentido MAIA, Rodolfo Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado**: anotações à Lei n. 9.034/95 (organizações criminosas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 76.

²⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 64, também SILVA, E., op. cit., p. 82.

de que haverá no futuro prova melhor do que a flagrada dependerá, de regra, de conhecer o projeto delitivo a que se refere. Cuida-se de uma exceção à regra geral que determina à autoridade pública que proceda a prisão quando em situação de flagrante delito (Código de Processo Penal, art. 301). Afinal, segundo o mencionado artigo, as autoridades policiais e seus agentes têm o dever de “prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, imediatamente. Não fazê-lo poderia implicar em crime, como, por exemplo, o de prevaricação²⁹.

A partir da previsão legal, abre-se uma situação de *permissividade* que afasta a *pretensão de ilicitude* do tipo, afinal, o ordenamento determina uma ação e permite, sob condições, a realização do seu oposto, ou seja, a *omissão*. Evidentemente, ao tratar-se de um *conflito de deveres*, resta presente uma situação de *justificação procedimental*, eis que submetida aos requisitos legais estruturantes da *ação controlada*.

A menção da lei à intervenção policial *ou administrativa* visa abranger todas as hipóteses de investigação que hoje tem lugar no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive a investigação levada a cabo pelo Ministério Público³⁰.

Embora não seja explícito no *caput* do artigo, dele se infere que se deferiu especificamente ao Delegado de Polícia a faculdade de decidir sobre retardar ou prorrogar a efetivação da prisão em flagrante, como uma forma de estratégia policial, com a finalidade de monitorar as atividades de organizações criminosas, por outros quaisquer mecanismos. Isso se deduz de sua conjugação com o § 1º, porque ali se prevê a comunicação do evento ao Ministério Público. Ora, comunicar-se-á o que não tenha sido de prévia ciência do Ministério Público, portanto, não requisitado ou determinado por ele.

O problema é que o juízo de avaliação da produção probatória deveria estar a cargo daquele para quem ela é destinada, o que levaria, a princípio, a somente admitir a realização da *ação controlada*, ouvido previamente o Ministério Público. Ocorre que, na prática, no momento em que surge a situação de flagrante, é o policial e não o agente ministerial quem está envolvido na realização da diligência, e depende de uma decisão imediata, que não pode estar subordinada às condições que demandem tempo.

Muitas vezes é mais conveniente evitar a prisão em flagrante em um primeiro momento, com vistas a aguardar que o desdobramento de suas condutas conduza à descoberta e possibilidade de prisão de um número maior de integrantes, ou a obtenção

²⁹ Art. 319 do Código Penal.

³⁰ Não se ingressa, aqui, na tumultuada discussão a respeito dos poderes investigatórios do Ministério Público, apenas constata-se que a Lei n. 12.850/2013, implicitamente os reconhece.

de prova em relação a pessoas mais importantes no âmbito da organização. Por outro lado, esse retardamento poderá facilitar o agravamento do resultado para o bem jurídico, convertendo uma situação de tentativa em crime consumado ou simplesmente ampliando a afetação do bem jurídico, especialmente em casos onde não se trate de crime permanente³¹. Nestes casos, a ação controlada não pode estar juridicamente justificada.

4.2 DO PROCEDIMENTO DA AÇÃO CONTROLADA

Nos §§ 1º a 4º do art. 8º da Lei n. 12.850, cuidou-se de estabelecer uma fórmula procedimental para regulamentar a realização da ação controlada.

Estabeleceu-se de forma cogente (o texto da lei usa a voz *será*) que o retardamento da intervenção do agente investigador deve estar submetido à apreciação judicial. A comunicação ao juízo mencionada no § 1º não pode ser interpretada como uma mera notícia de que se está procedendo por meio de uma ação controlada, mas sim um pleito de autorização para assim agir, tanto que faculta ao juiz impor-lhe limites³² tanto temporais (quanto ao prazo de duração da ação controlada) como materiais (quanto a resultados potencialmente danosos para bens jurídicos). O § 1º ainda impõe que, deferida a medida pelo juiz, seja comunicado o Ministério Público. As medidas são corretas para o controle de possíveis abusos contra garantias individuais. Não é possível em um Estado democrático de direito transigir com a exigência deste controle, sob pena de transformar o próprio Estado em um Estado de Polícia.

O problema prático que resulta desta disposição refere-se ao fato de que a autorização do juiz *deve ser prévia* à ação controlada, ou seja, deve existir uma situação de flagrante que não será atacada de imediato, em função da autorização do juiz. Acontece que, geralmente, somente se saberá da necessidade ou não de retardar a intervenção quando a situação de flagrante já esteja instaurada, ocasião em que, sem prévia autorização judicial, a inação da autoridade policial ou administrativa pode ser considerada criminosa (corrupção, prevaricação etc.).

Eventualmente, a urgência da necessidade de realizar uma ação controlada implicaria um deferimento imediato sob pena de tornar inviável a aplicação da medida. Considerando

³¹ Nesse sentido a observação de MAIA, op. cit., p. 77.

³² Deriva daí a necessidade de mudança de orientação das decisões do Superior Tribunal de Justiça que, na vigência da Lei n. 9.034/1995, mantinha entendimento sobre a desnecessidade de autorização judicial para a realização da ação controlada, na esteira do julgamento do HC 119.205.

que não se pode abrir mão do controle judicial e mesmo da intervenção ministerial que, ao contrário do que diz a lei, deveria ser prévia e obrigatória, assume especial relevância a atuação do plantão judiciário e ministerial, para apreciação célere da medida pleiteada, ou ainda, de *lege ferenda*, que o Ministério Público estivesse acompanhando a ação policial e em contato em tempo real com o plantão judiciário para o deferimento da medida, o que, convenhamos, dista muito da realidade operacional brasileira.

A *desburocratização* e o uso da tecnologia são essenciais para a agilização da investigação, por outro lado, a falta de disponibilidade da tecnologia não pode ser usada como *desculpa* para romper com uma garantia tão fundamental quanto o controle judicial e ministerial dos eventuais abusos na atividade policial.

O § 2º, por sua vez, fala do *sigilo na distribuição*. Visa-se, com isso, preservar o sigilo mais absoluto possível a respeito da realização da ação controlada, evitando que outros funcionários que possam ter contato com os autos – além do juiz, da autoridade investigadora e do Ministério Público – possam identificar o que será feito, bem como as pessoas e circunstâncias a que se refere o caso.

A disposição é completada pelo § 3º, no qual se explicita a forma de preservação do sigilo, determinando-se que até o encerramento da diligência tenham acesso aos autos apenas o juiz, o Ministério Público e o delegado de polícia. Na forma proposta, é a autoridade policial quem se encarregará de levar a cabo a distribuição sigilosa, tendo o dever de compor relatório final das diligências tomadas, conforme determina o § 4º, do qual a defesa poderá ter ciência.

Como se nota por estas características, este instrumento probatório resulta ser completamente inquisitorial, uma vez que a defesa não participa, não tem acesso durante sua realização e nem pode, de qualquer forma, interferir em sua produção.

4.3 CONSEQUÊNCIAS DA FRUSTRAÇÃO DA AÇÃO CONTROLADA

É preciso cogitar a possibilidade de que, justamente em função do retardo na atividade policial, a situação de flagrante se dissipe. Neste caso, importa saber que consequências isto pode gerar para o investigado e para a autoridade policial.

Se o retardo na ação policial resulta de prévia autorização judicial, que, ademais, estabelece limites a esta dilação, aquilo que for realizado dentro destes limites estará coberto pelo estrito cumprimento do dever legal. Desbordados tais limites, a responsabilidade penal e administrativa correspondente será estabelecida.

No que tange aos resultados materiais da investigação serem comprometidos, resultaria fundamental a oitiva prévia do Ministério Público, pois a concordância deste para com a medida é justamente a concordância daquele que é o destinatário da produção probatória, cujo julgamento do caso foi tal que permitiu entender válida a dilação com o objetivo de consecução de uma prova melhor. Se esta não adveio, isto seria parte do risco de sua própria avaliação³³.

Por sua vez, no que tange ao autor do crime, perdida a situação de flagrante que efetivamente existiu, somente será possível, eventualmente, se preencher os requisitos de lei e houver premente necessidade, a decretação da prisão preventiva.

No que diz respeito à apuração do fato criminoso, deve-se proceder normalmente na coleta da prova possível e necessária ao embasamento de futura ação penal.

5 DO ACESSO A REGISTROS, DADOS CADASTRAIS, DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES

A lei faculta (art. 15) aos Delegados de polícia e aos agentes do Ministério Público, o acesso aos “dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito”, independentemente de autorização judicial³⁴. A mesma regra foi estabelecida em face das empresas de transporte, que também operam por concessão do poder público, que ficam obrigadas a armazenar e disponibilizar informações a respeito de reservas e realizações de viagens de seus clientes, tanto à Polícia quanto ao Ministério Público e ao Poder Judiciário (art. 16).

O cruzamento de dados através de ferramentas de inteligência é um dos mecanismos mais eficazes de produção probatória, eis que se trata da produção de prova documental que representa atividade concreta do investigado.

No que tange aos dados decorrentes de cadastros públicos tais como as diferentes esferas de registro judicial ou policial, os cartórios públicos, as informações relativas a impostos, os registros públicos de veículos e demais dados de cadastros públicos não só podem e devem ser acessados pelas autoridades encarregadas de qualquer investigação, como resulta até mesmo curioso que

³³ De modo similar já detectaram este risco nos dispositivos da lei revogada, In: PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. **Comentários à lei contra o crime organizado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 52.

³⁴ Referida norma repete aquela contida no art. 17-B da Lei n. 9.613/1998, que trata da lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, com redação dada pela Lei n. 12.683/2012.

não haja ainda no Brasil uma plena integração dos sistemas de informações de órgãos públicos que permita a qualquer agente encarregado de investigações ter acesso a tais dados.

Não se está tratando nem de acesso aos dados de movimentação ou disponibilidade financeira do investigado, nem do conteúdo privado de chamadas telefônicas. O que se está autorizando é tão somente que as instituições informem o nome, estado civil, filiação e endereço da pessoa³⁵. Portanto, não ocorre aqui uma violação, mas sim um controle de identificação pessoal.

Pretender que o Estado juiz se submeta a sigilo derivado de interesses privados em face de registros de caráter público resulta algo completamente insustentável diante da unidade do Estado e do seu escopo de bem comum. Evidentemente, qualquer abuso na utilização destes dados – que desborde a finalidade específica de investigação – será passível da responsabilização correspondente, no plano penal e extrapenal.

Quando o dispositivo refere *acesso direto*, isto traduz um acesso rápido e sem burocracia, novamente, sem necessidade de crivo judicial, devendo serem as informações prestadas a partir de simples requerimento ou requisição.

Também quando há referência ao acesso *permanente* isso significa que não é necessária a identificação, caso a caso, das informações a serem solicitadas, devendo permitir-se o acesso, preferencialmente *on-line* em tempo real, de tais dados.

É evidente que a ideia de acesso permanente e imediato não permite outra interpretação que não a desburocratização do acesso. Por outro lado, há situações díspares no que refere ao conflito de interesses entre a preservação da intimidade e o interesse público persecutório, como, por exemplo, na questão dos destinos de viagens dos investigados, que é assunto claramente particular.

A solução passa por conciliar a garantia dos direitos individuais, especialmente o devido processo legal, e os *interesses de segurança social* que a doutrina vem procurando delimitar nos casos relativos à criminalidade organizada³⁶.

Portanto, parece que a melhor hermenêutica do dispositivo deva ser condicioná-lo à prévia existência de uma denúncia ou indiciamento. Vale dizer, uma vez instaurado um juízo, ao menos, de suspeita em face da pessoa cujos dados se pretende obter, estaria

³⁵ A única questão mais intrincada quiçá seja se o endereço inclui o endereço eletrônico, vale dizer, os dados de I.P. dos usuários cadastrados. Existe, a respeito, Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela Associação Nacional das Operadoras de Celulares perante o Supremo Tribunal Federal (n. 5063), pretendendo justamente a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 15, 17 e 21 da Lei n. 12.850/2013. O argumento central é que a prestação de informações sem controle judicial estaria vedando o direito à privacidade. Novamente, cumpre ressaltar que não se trata de permitir o acesso aos websites visitados a partir de determinado I.P., senão, somente identificar de quem se trata.

³⁶ Veja, para detalhes a respeito do assunto, FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 232.

autorizado o acesso *direto e permanente* aos dados, cujo armazenamento geral deve ser mantido pelas empresas de transporte público.

6 DA INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E TELEMÁTICAS, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

A interceptação de comunicações telefônicas e também as telemáticas é objeto de regulamentação jurídica no Brasil desde 24 de julho de 1996, com a Lei n. 9.296, em obediência à exceção prevista constitucionalmente no art. 5º, inciso XII, que previa ser

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

Trata-se de delimitar o recorte que se pode fazer de um direito fundamental. É preciso destacar que, em 1988, o uso da comunicação por via cibernética ainda era bastante incipiente, daí que o texto constitucional não o contemplasse. Parte da doutrina entende que a regulamentação legal do parágrafo único do art. 1º, da Lei 9.296/96, que prevê a aplicação das mesmas regras à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, seria inconstitucional³⁷.

Parece uma interpretação equivocada, distorcida e mal direcionada da ordem jurídica. Isto porque, prefere ignorar deliberadamente a realidade social, em uma hermenêutica simplista, literal e sem qualquer correspondência a um sentido material. O que a Constituição da República fez e quis fazer, foi simplesmente proteger a intimidade das pessoas, sempre e quando não se tratasse de matéria criminal, submetida ao rigoroso controle judicial. Não poderia o constituinte viajar no tempo para conhecer a realidade cibernética em que vivemos, em que quase toda a comunicação e relação social se estabelece pela via do envio de dados por internet.

É mais do que óbvio que a suposta “distensão” legal não constitui nenhuma ampliação na intervenção ou recorte de garantias do ponto de vista material, nem contradição para com a Constituição, mas sim, adequação da regulamentação jurídica à natural evolução da realidade social. A Lei n. 9.296 procurou, ajustada ao seu tempo, estabelecer regras de regulamentação das possibilidades de investigação contrapostas às

³⁷ Assim, por exemplo, GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 12-13. Para um resumo desta discussão veja VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 33-36.

garantias de preservação da intimidade das pessoas, e já em seu art. 1º previa a submissão da interceptação telefônica ou telemática, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, ao controle judicial – fazendo-a depender de ordem do juiz competente da ação principal – bem como a sua realização sob sigredo de justiça, impondo o sigilo.

Evidentemente, caso realizada a interceptação em sede de inquérito policial, preserva-se o sigilo até a fase processual, quando, em função da prevalência dos princípios de ampla defesa e do contraditório, é preciso oportunizar às partes o acesso pleno à prova produzida³⁸. Além do mais, a interceptação telefônica não pode ser utilizada indiscriminadamente, vedando-se *quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal*; quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; ou quando o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Ademais, não é possível utilizar a medida em forma preparatória, senão somente quando uma investigação já está em curso, limitando as possibilidades de intervenção³⁹. Trata-se de uma medida que deve ser tratada como *ultima ratio* probatória⁴⁰. A decisão que defere a *interceptação* limita sua realização ao prazo de quinze dias, prorrogáveis por igual tempo, uma vez comprovada sua indispensabilidade como meio de prova.

Existe discussão a respeito de se a lei admite uma só prorrogação ou mais de uma. Evidentemente, a limitação no tempo a um máximo de 30 dias tornaria ineficaz a medida na imensa maioria dos casos. Assim, conquanto haja entendimento no sentido de que se permita tantas prorrogações quantas necessárias⁴¹ existe, igualmente, entendimento diametralmente oposto.

Haver-se-ia de se perguntar então, qual seria o sentido de limitar no tempo de 15 dias cada interceptação. A razão é clara. Como o art. 6º, §§ 1º e 2º determina a realização de degrevação de cada interceptação, bem como encaminhamento de relatório sobre o resultado das diligências, acompanhado de auto circunstanciado, ao juiz do feito, será realizado rigoroso controle judicial a cada prorrogação da medida. Neste contexto, é mais do que evidente que o resultado infrutífero de uma interceptação deporá necessariamente contra o emprego desta

³⁸ Cf. SILVA, E., op. cit., p. 94. No mesmo sentido, afirmando, ainda, ser esta a pretensão do projeto 3.514/89, que deu origem à lei, GRINOVER, Ada Pellegrini. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**: a marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 113-114. Entendendo, ao contrário, que houve a recusa expressa do legislador em conceder as sucessivas prorrogações que constavam do projeto, VASCONCELOS, op. cit., p. 62.

³⁹ Nesse sentido, também, a conclusão de SILVA, E., op. cit., p. 92.

⁴⁰ A expressão é usada em PAZ RUBIO, José María et al. **La prueba en el proceso penal**: su práctica ante los tribunales. Madrid: Colex, 1999. p. 237.

⁴¹ Nesse sentido SILVA, E. op. cit., p. 93. No mesmo sentido, afirmando, ainda, ser esta a pretensão do projeto n. 3.514/1989, que deu origem à lei, GRINOVER, op. cit., p. 110.

medida e que as cumulações de sucessivos fracassos tornará progressivamente mais difícil justificar nova prorrogação da medida. Assim, o sistema adotado pela lei resulta bastante adequado.

7 DO AFASTAMENTO DOS SIGILOS FINANCEIRO, BANCÁRIO E FISCAL, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

A questão aqui é a confrontação entre o direito básico estatal de proceder a investigação e persecução criminal, mediante produção de provas, e o direito fundamental à privacidade e intimidade dos acusados, que é protegido constitucionalmente⁴², o que se agrava ainda mais diante do fato de que a lei admite sua execução ainda em fase pré-processual, sem uma convicção firme sobre a imputação.

Não há dúvida sobre a importância da quebra de sigilo bancário e fiscal com vistas a investigações criminais, especialmente na seara do Direito penal econômico. Nestes crimes, a prova, de regra, é documental, associada a mirabolantes operações financeiras que não transparecem senão por uma investigação mais detida. Aliás, a movimentação bancária e fiscal pode identificar muitas coisas a respeito de qualquer indivíduo, especialmente nas sociedades capitalistas, em que a forma de viver está associada diuturnamente à movimentação financeira.

Não obstante, é importante ter em conta que a atividade bancária e fiscal é exercida ou por órgãos públicos ou por órgãos privados mediante concessão pública, o que deveria tornar as informações, no mínimo, acessíveis ao Estado. Nesse sentido, o direito à intimidade e privacidade destas medidas não pode ser absoluto, comportando exceções⁴³. Justamente por constituírem exceções, os casos em que se permite sua violação hão de ser excepcionais⁴⁴.

⁴² O tema vem sendo debatido no Brasil com maior ênfase desde a década de 1960, com regulamentações legislativas sucessivamente modificadas e revogadas, e geradoras também de sucessivas modificações de orientação jurisprudencial das Cortes Superiores, cuja historicidade seria demasiado ampla para explanar no presente trabalho, sendo passível de gerar um artigo por si só.

⁴³ Nesse sentido SNICK, op. cit., p. 230.

⁴⁴ Nesse sentido FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 1, p. 94, out./dez. 1992.

O tema já tinha sido anteriormente objeto de considerações em matéria penal por Nélson Hungria, em comentários ao crime de violação de segredo profissional (art. 154 do Código penal), afirmando que o segredo profissional do banqueiro: “não é absoluto, e tem de ceder ante o prevalente interesse público, como na hipótese de investigação necessária do Fisco ou de esclarecimentos indispensáveis à Justiça dos Tribunais [...] para a solução de demandas judiciais entre o banqueiro e seu cliente ou para a investigação de crimes, o banco pode revelar os fatos secretos de quem tem conhecimento ou é obrigado a permitir que sejam devassados”. HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 6, p. 262-263.

Assim, dando correta interpretação à Constituição da República, em seu art. 5º, inciso X⁴⁵, o Supremo Tribunal Federal⁴⁶ vem entendendo que é perfeitamente possível a quebra do sigilo bancário e fiscal, com vista à elucidação de qualquer atividade criminosa por parte dos agentes investigadores, desde que devidamente justificadas e autorizadas pelo Poder Judiciário.

A questão, no fundo, é muito simples, e diz respeito à interpretação sobre o que consiste o sigilo bancário, financeiro e fiscal e seu cotejo com o direito à intimidade, que não admitem uma sobreposição direta com equivalência⁴⁷. Naturalmente, não é a proteção dos dados em si mesmos, o que se almeja. Ou seja, a entidade bancária, até porque concessionária de serviços públicos, não tem ela própria direito algum à preservação do sigilo a respeito de suas movimentações financeiras. Ao contrário, tem obrigação de abri-las à fiscalização do CEAF. O que se procura preservar, na verdade, são os aspectos de caráter privado, relativos aos clientes dos bancos e das instituições financeiras, que *possam ser deduzidas* a partir do conhecimento de tais dados bancários.

Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que “em questão está o direito de o indivíduo excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só é pertinente e que diz respeito ao seu modo de ser exclusivo no âmbito de sua vida privada”⁴⁸. Portanto, a questão de conflito entre princípios, quais sejam, o interesse público na persecução criminal e a preservação da intimidade individual devem ser ponderados⁴⁹ para filtrar a correta hermenêutica a respeito da regra. A regra resulta aplicável, desde que ajustada aos princípios sobre ela incidentes.

Dois aspectos aqui são cruciais: o primeiro, diz respeito a que ao autoridade pública que investiga a persecução de um crime deverá ter acesso aos dados, porque essencial para o deslinde da investigação. Em segundo lugar, os dados a serem oferecidos devem ser mantidos sob sigilo da autoridade que os recebe, e sua consecução deve submeter-se ao controle judicial, na forma expressa no art. 23 da lei 12.850/13.

⁴⁵ Art. 5º [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁴⁶ Cf. RE 389808, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 15/12/2010.

⁴⁷ Nesse sentido FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 80.

⁴⁸ FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 77.

⁴⁹ É o que Tércio Sampaio refere como “princípio do sopesamento”, *Ibid.*, p. 81.

8 A INFILTRAÇÃO DE AGENTES

Outra medida probatória de extremo interesse para a atividade policial trazida na Lei n. 12.850 é a infiltração de agentes, regulada pelos arts. 10 e 11.

A infiltração de agentes é uma medida tomada pela coordenação das investigações criminais, com autorização judicial, que consiste na inserção de um agente de investigação no seio da atividade criminosa, cuja identidade policial deve estar oculta, com vistas à obtenção de informações e coleta de provas a respeito da organização investigada, mediante a dissimulação de estar colaborando com a atividade delitiva, obtendo, com isto, a confiança dos criminosos, visando o desmantelamento da atividade criminosa e a prisão de seus perpetradores⁵⁰.

Desde a década de 1980, o instituto passou a receber um tratamento regulatório no campo da investigação criminal, ao menos nos países de tradição romano-germânica⁵¹, inovando o panorama de produção probatória, reclamando uma tratativa jurídica detalhada para conformá-lo ao modelo de um processo penal próprio dos regimes democráticos.

No Brasil, a regulamentação teve origem no Projeto de Lei n. 3.516-B, de autoria de Michel Temer, que deveria ser incorporado no texto da Lei n. 9.034/95 (*Lei de Repressão ao Crime Organizado*). No entanto, na oportunidade, a infiltração de agentes foi vetada pela Presidência da República, ao argumento de que a medida contrariava o interesse público, afrontando princípios do Direito penal relativos à exclusão de antijuridicidade⁵². Mais tarde, depois que o Brasil firmou a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, denominada *Convenção de Palermo* (ratificada por meio do Dec. Leg. n. 5.015/2004), comprometendo-se a inovar em matéria de produção probatória o instituto terminou introduzido na Lei n. 9.034/1995, por força de alterações promovidas pela Lei n. 10.217/2001⁵³.

⁵⁰ Apresentando conceitos similares SILVA, E., op. cit., p. 74; PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 109 e PEREIRA, Flávio Cardoso. Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas). **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, Goiânia, n. 6, p. 4, 2007.

⁵¹ Como, por exemplo, na Itália, como medida subordinada à autorização judicial (SNICK, op. cit., p. 224); em Portugal, pela Lei n. 45/1996 e a Lei n. 101/2001; na Espanha, com a Ley Orgánica n. 5/1999, que inseriu o art. 282 bis na Ley de Enjuiciamiento Criminal (Para um panorama amplo sobre o tema, em estudo comparativo, veja LOPES, Mariângela Tomé. A infiltração de agentes no Brasil e na Espanha: possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 495-532, mar./abr. 2011; no Código de Processo Penal alemão em seu art. 110; na Argentina, o art. 31 bis e 31 Ter. da Lei n. 23.737, introduzida pelo art. 7º da Lei n. 24.424.

⁵² SNICK, op. cit., p. 223.

⁵³ Veja comentário sobre este trâmite em BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 126.

A medida é polêmica em seus fundamentos. Como bem refere Alberto Silva Franco⁵⁴, em nome da eficiência do sistema punitivo admite-se que o próprio Estado, em vez de exercer função de prevenção penal, pratique atos desviados, igualando-se ao criminoso.

Com todo respeito a opiniões divergentes, a questão central aqui parece ser a necessidade de diferenciar entre a infiltração de um agente policial no seio da organização criminosa e a prática, por parte deste agente, de atividades criminosas em si. A participação do Estado na produção de delitos que ele mesmo se arvora coibir seria clara ofensa ao *princípio da moralidade pública* que, segundo o art. 37 da Constituição da República, deve reger toda a administração pública⁵⁵. A possibilidade de capturar dados derivados da proximidade entre o agente estatal e o ente criminoso é outra coisa bastante diferente.

8.1 Infiltração de Agentes e a Responsabilidade por Práticas Delitivas Perpetradas por Eles

Um dos pontos mais polêmicos da lei é, sem dúvidas, a questão dos crimes realizados pelo agente infiltrado. Trata-se de uma situação na qual um agente estatal, com ciência, anuência e incentivo da administração pública, pratica fatos que a própria administração deve incumbir-se de reprimir. Não é improvável que no processo de infiltração o agente se veja *compelido* pela organização criminosa a realizar algum crime como forma de demonstração efetiva de sua adesão àquela⁵⁶ e é justamente aí que surge o problema.

A questão central é saber qual seria a consequência penal que lhe adviria e, caso afastada a responsabilidade penal, saber sob o pálio de que circunstância tal afastamento poderia ocorrer.

⁵⁴ FRANCO, Alberto. S. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1, p. 583. Apontando criticamente que se trata de uma concessão ao discurso de lei e ordem SILVA, Ivan Luiz da. **Crime organizado: aspectos jurídicos e criminológicos**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1998. p. 121.

⁵⁵ De forma similar a crítica de Leonardo Sica em: SICA, Leonardo. Infiltração policial: posição contrária. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, p. B24, 3 set. 2013.

⁵⁶ Nesse sentido MAIA, op. cit., p. 75. Admitindo ser este o posicionamento geral da doutrina, embora dela dissentindo, PACHECO, op. cit., p. 126.

O tema sofreu, desde o início da formulação do primeiro projeto de lei sobre organizações criminosas no Brasil⁵⁷, intenso debate doutrinário. Várias posições se formaram sobre o que pode ou não ser atribuído como responsabilidade penal ao agente *infiltrado* que realiza crimes durante o período em que atua como tal, todas procurando afastar a responsabilidade segundo diferentes fórmulas, a saber: exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa⁵⁸; escusa absolutória⁵⁹, por razões de política criminal; excludente da ilicitude do estrito cumprimento do dever legal; atipicidade penal por ausência de imputação subjetiva; e atipicidade penal por ausência de tipicidade conglobante⁶⁰.

Desde logo, parece incorreto pretender o afastamento da tipicidade, quer no plano objetivo⁶¹ – porque não estará afastada a criação e realização do risco permitido – ou no plano subjetivo – uma vez presente o compromisso para com a produção do resultado. O mesmo se diga a respeito da confusa e insustentável tese da tipicidade conglobante⁶².

⁵⁷ Em comentário ao dispositivo revogado da lei, referindo-se exclusivamente aos crimes de quadrilha e associação para o tráfico, comentou Eduardo da Silva Araújo “Nesse sentido, apesar da ausência de expressa previsão de causa excludente de antijuridicidade ou ilicitude, não haverá na conduta do policial infiltrado tipicidade em relação às condutas de formação de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal) e de associação para fins de praticar os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º e 34 da Lei n. 11.343/2006 (art. 35 da mesma Lei), em razão da falta da vontade livre e consciente para a prática desses crimes. Ademais, ainda que assim não se considere, o policial atua no estrito cumprimento de dever legal (art. 23, inciso III, do Código Penal)”. SILVA, E., *op. cit.*, p. 89.

⁵⁸ Nesse sentido, justificando que se trata da solução mais ajustada ao Princípio da Proporcionalidade Constitucional MENDRONI, *op. cit.*, p. 73-74. Igualmente entendendo que a baliza é o *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, da doutrina alemã, Ricardo Antônio Andreucci aponta como mais adequada a solução pela exclusão da ilicitude. In: ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Infiltração policial: possibilidade, **Jornal Carta Forense**, São Paulo, p. A24, set. 2013.

⁵⁹ Esta é a posição defendida por PACHECO, *op. cit.*, p. 132-133, com base em comparação com as legislações estrangeiras (argentina, portuguesa e espanhola).

⁶⁰ Os diferentes posicionamentos doutrinários foram elencados por FRANCO, *op. cit.*, p. 586 e também Damásio de Jesus e Fábio Ramazzini Bechara. In: JESUS, Damásio Evangelista de; BECHARA, Fábio Ramazzini. Agente infiltrado: reflexos penais e processuais. **Jus Navigandi**, f. 2, jun. 2005, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7360>>. Acesso em: 25 nov. 2007.

⁶¹ Mantendo, ainda hoje, opinião no sentido de que a *confusa* redação do art. 13 permite interpretá-lo como exclusão da tipicidade, JESUS, Damásio Evangelista de. Organização criminosa: primeiros conceitos. **Jornal Carta Forense**, São Paulo p. A6, nov. 2013.

⁶² Esta tese, sustentada por Zaffaroni (cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 394-397), torna translúcida e indefinível a fronteira entre tipicidade e antijuridicidade, prejudicando a compreensão da última, em especial no que tange ao estrito cumprimento do dever legal e ao exercício regular de um direito, a ponto de que o próprio autor, em edições recentes, visando tornar minimamente compreensível sua tese, incluiu desenhos, gráficos e tabelas nesta passagem do livro.

Aliás, a própria *autorização judicial* para a realização da infiltração indica que o fato continua típico e só é afastada a responsabilidade diante da existência daquela, exatamente porque delimita as possibilidades de atuação do agente. A questão rondará as excludentes, disputando lugar entre a *justificação*, *exculpação* e *exclusão da punibilidade*⁶³.

Existe, no entanto, uma diferenciação preliminar necessária: uma coisa é o fato de o agente infiltrado participar de uma associação para praticar crimes, coisa que é intrínseca à própria associação; coisas diferentes são os crimes que o agente pratica, uma vez já estando efetivamente infiltrado, como também são diferentes os crimes que os membros da própria associação criminosa praticam, cabendo já aqui uma distinção preliminar entre o próprio crime de associação criminosa e os demais crimes praticados pelo agente público, durante sua participação na mencionada associação.

8.1.1 Exclusão de Antijuridicidade ou Pretensão de Ilícitude do Crime de Associação Criminosa

Não pode existir nenhuma dúvida de que o agente infiltrado não responde pelo crime de associação criminosa, nem de que tal situação pressupõe uma exclusão de ilicitude ou causa de justificação. A situação espelha um clássico conflito entre deveres.

A conduta do agente de participar de uma reunião com o fim de cometer crimes é mais do que evidente, porém é exatamente essa a obrigação que assume quando se submete à condição de *agente infiltrado*, em estrita obediência à norma que o determina. Assim, não seria lógico que a norma ao mesmo tempo exigisse uma conduta e a abstenção de praticá-la, sob pena de incriminá-la.

8.1.2 Os Demais Crimes Praticados pelo Agente no Seio da Associação Criminosa

O cometimento de eventual delito por parte do agente infiltrado deve estar vinculado a uma baliza de *proporcionalidade*, sendo que o resultado de sua atividade para a investigação deverá ser mensurado em face do resultado social desvalioso do crime a ser perpetrado.

⁶³ Advogando como correta a aplicação de uma regra geral de exclusão da antijuridicidade ANDREUCCI, op. cit., p. A24.

A Lei n. 12.850 pretendeu regulamentar a questão por meio do art. 13, porém, sua ambígua redação menos dirime do que açoda a controvérsia. O *caput* do artigo refere, em primeiro lugar, que o agente responderá pelos atos criminosos praticados quando *sua atuação não guardar a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação*.

Caberia perguntar em que consistiria esta *proporcionalidade*. O fim da investigação é obter provas. A pretensão de obter provas é proporcional a que? A um crime de tráfico? A lesões corporais? A homicídio? Ou será que esta finalidade estaria relacionada à classe do crime investigado? Neste caso, seria oportuno igualmente perguntar se seria *proporcional* praticar um homicídio para investigar outro.

A referência à proporcionalidade, portanto, é infeliz, indeterminada e insuficiente para elucidar a responsabilidade do agente infiltrado.

No parágrafo único do mesmo artigo 13, tentou-se delimitar um pouco melhor o tema, afirmando que “não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”. Há um claro intento em afirmar uma exclusão de culpabilidade, ao fazer-se referência à situação de *inexigibilidade de conduta diversa*.

Entretanto, o dispositivo tenta inutilmente igualar, tratando como *causa de exculpação*, todas as inúmeras e distintas possibilidades de ocorrência de delitos praticados pelo agente infiltrado. Trata-se, inegavelmente, de um grande equívoco. Não podem ser tratadas de modo igual circunstâncias absolutamente diferentes a que o agente pode ser submetido. Veja alguns exemplos: o agente pode ser compelido simplesmente a guardar um objeto roubado ou uma quantidade de drogas, mas pode também ser compelido a matar um policial, apenas para provar lealdade à causa da organização criminosa. Pergunta-se: em ambos os casos a busca de informação estaria acobertada pela exculpação, ou melhor ainda, poder-se-ia falar, nesse caso, em exculpação?

A resposta seria, certamente, negativa, respondendo o agente, no segundo caso, pelo homicídio. Aduzir-se-ia que a disposição do *caput* do art. 13 induz a reconhecer, no mínimo, a falta de proporcionalidade. Por outro lado, no caso de *guardar a droga*, se for um mecanismo pelo qual o sujeito realizou a missão que lhe foi conferida de investigar os fatos criminosos, não estaria ele adstrito ao estrito cumprimento do dever legal? Haveria, portanto, uma *exclusão da pretensão de ilicitude*, estando presente, portanto, uma *causa de justificação* e não meramente de *exculpação*. A diferença é importante em razão das consequências de cada instituto penal.

Imagine-se, por exemplo, que para realizar o ato de guardar a droga, tenha o agente infiltrado consultado o seu superior na delegacia e que este o tenha ordenado que assim agisse para melhor acobertar sua condição investigatória. A teor do art. 22 do Código Penal, a exclusão de culpabilidade do agente infiltrado não afastaria a responsabilidade de quem deu a ordem.

Assim, parece correto socorrer-se da clássica distinção das figuras de autoria e participação, para delimitar o âmbito de responsabilidade, em especial diante das concessões que o Código Penal brasileiro faz em favor de uma teoria diferenciadora.

8.1.2.1 Da participação ou autoria do agente infiltrado nos crimes realizados pela organização investigada

Estes crimes, que podem ser qualificados como *crimes objeto* da investigação, são delitos sobre os quais já paira um juízo de suspeita a respeito de sua prática que a infiltração do agente visa confirmar. De regra, eles já vem sendo perpetrados e seguiriam sendo, a despeito de o agente ter ou não realizado a infiltração. O desvalor social de tal conduta não muda. Ademais, é muito provável que este crime já estivesse na esfera do previsto ou previsível pela administração pública, de tal modo que a própria designação de um agente para acompanhar o ato estaria visando não mais do que simplesmente produzir a prova sobre o que já se sabe.

Nesse caso, se o crime realizado encontra-se na esfera do previsto pelo projeto de infiltração, igualmente deverá estar coberto pelo dever de atuação do agente infiltrado. Aqui se encontra, outra vez, presente a questão do *conflito de deveres*. Não pode o agente infiltrado ser compelido pela sua missão a realizar algo que é exatamente o que se lhe proíbe normativamente. É mais do que clara a situação de justificação.

8.1.2.2 Da autoria ou participação do agente infiltrado em delitos diversos daqueles cuja investigação patrocina

O mesmo não se pode dizer, porém, das situações em que o crime cuja perpetração se veja o agente infiltrado compelido a cometer pode não se relacionar, em absoluto, à investigação em curso. É possível que seja apenas uma *prova de lealdade* que ele tenha que professar em relação à própria organização criminosa. É possível, ainda, que o próprio agente desborde dos limites de sua missão e decida ele próprio demonstrar sua adesão à atitude dos criminosos realizando individualmente um delito, ou ainda, que ele deliberadamente contribua ou até determine (instigação ou induzimento) que outro membro da quadrilha realize um crime.

A questão a ser discutida aqui diz respeito a quais os limites – legais ou extralegais – que devem ser estabelecidos a respeito da legitimação da atividade do agente infiltrado.

Parece certo que faz diferença o grau de envolvimento do agente infiltrado na prática criminosa, bem como sua imprescindibilidade à consecução do objetivo criminoso, dentro do quadro de adequação e necessidade previstos pela norma.

a) Dos crimes praticados contando com a cumplicidade do agente infiltrado

A figura da cumplicidade, enquanto mera contribuição material para a prática de determinado delito parece ser exatamente a figura que se encontra coberta pela norma exculpante anunciada no dispositivo legal.

A *cumplicidade* é uma contribuição necessariamente menor em face da autoria. O crime em questão é aquele com o qual se contribui *acessoriamente*, portanto, resta óbvio que a conduta principal é aquela a respeito da qual se produzirá prova. A produção probatória diz respeito necessariamente a algo mais grave do que a cumplicidade em si, ou seja, à prática do crime na condição de autor. Portanto, sempre será menos grave do que aquela, cumprindo o requisito de proporcionalidade e necessidade referidos pela norma.

Mesmo que o crime do agente infiltrado seja outro que não exatamente aquele com o qual se viu premido a contribuir, é certo que a respeito deste estará sendo produzida prova com a sua participação e, logo, será este delito – eventualmente a par de outros – o objeto da imputação derivada da prova produzida.

Todos os casos de cumplicidade isentam a responsabilidade do agente infiltrado.

b) Dos crimes praticados em coautoria pelo agente infiltrado

Pode ser que a demonstração de fidelidade à quadrilha exigida por parte dos criminosos em face do agente infiltrado conduza à necessidade de promover um delito em divisão de tarefas em face dos agentes investigados. Nesse caso, existe uma situação, em princípio, de equilíbrio entre a conduta ilícita realizada pelo agente infiltrado e aquela que será objeto da prova. No entanto, como é sabido, por vezes, a divisão de tarefas própria de um *domínio funcional* a respeito de uma prática delitiva compreende diferentes graus de importância e envolvimento com a prática delitiva. Nesses casos, a solução há de ser tópica.

A norma remete para a análise de necessidade e proporcionalidade no que diz respeito à imputação, sendo realmente impossível pretender a fixação de uma regra geral a respeito de até que ponto estará o agente infiltrado autorizado a contribuir em uma repartição de tarefas a respeito da realização de um crime.

c) Dos crimes praticados em autoria direta ou autoria mediata pelo agente infiltrado

As hipóteses em que o agente infiltrado seja autor direto ou mediato do delito, parecem estar completamente fora da norma de cobertura, devendo ele responder completamente pelo delito, porque, obviamente, as normas que regulam a infiltração de agentes jamais podem ser interpretadas como fomento à prática de delitos.

A decisão e o compromisso a respeito da prática delitiva estariam em seu poder e, portanto, igualmente estaria a decisão no sentido da não realização do ilícito. Nem se pode argumentar que eventualmente o agente tenha sido compelido por outro membro da organização à realização do delito, pois, se efetivamente houve imposição de vontade de terceiro, não se pode falar que o agente infiltrado foi propriamente autor direto ou mediato. Na verdade, ele foi instrumento de outro autor. Se, pelo contrário, houve apenas sugestão ou instigação atuando sobre sua conduta, ele permaneceu com a possibilidade de decidir pela não realização do delito e sua opção por praticá-lo, ainda que visando preservar o disfarce, torna-se abusiva em face de suas possibilidades, desbordando a norma e gerando, por consequência, responsabilidade penal ao agente infiltrado.

d) Dos crimes praticados pela organização criminosa em face de indução ou instigação por parte do agente infiltrado

Aqui, o agente infiltrado, na verdade, atua como verdadeiro agente provocador e/ou faz nascer no autor do delito a vontade de praticar o crime, ou o incentiva a levar a cabo uma vontade criminosa que aquele já possui. Naturalmente, o agente infiltrado terá provocado a realização da infração, consistindo o caso em um *delito provocado* que não guarda relação nenhuma com aquele para o qual foi estabelecida a infiltração.

Além de ser imprestável a nível probatório o resultado delitivo⁶⁴, evidentemente, deverá o agente infiltrado ser completamente responsabilizado pelo resultado, mesmo diante da previsão expressa da lei em sentido diverso⁶⁵.

⁶⁴ Afinal, a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, preconiza que “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação”.

⁶⁵ Aliás, a legislação espanhola, uma das que foram tomadas como modelo para a nossa, especificamente a Ley de Enjuiciamiento Criminal, condiciona o afastamento da responsabilidade penal ao princípio da proporcionalidade, excluindo expressamente entre as hipóteses cobertas pela impunidade a provocação do delito (art. 282 bis, 5).

8.2 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS ATINENTES À ATIVIDADE POLICIAL

A legislação estabelece regras básicas procedimentais para a infiltração de agentes que tem direta ligação com a atividade policial.

A primeira delas é que a fonte de determinação da providência tanto pode ser o requerimento do Ministério Público, quanto à representação do Delegado de Polícia. No primeiro caso, condiciona-se ao parecer de viabilidade técnica de parte da autoridade policial, e no segundo, condiciona-se a representação à apreciação do Ministério Público. O dado positivo é que tais circunstâncias obriga a aproximação entre as instituições da Polícia e do Ministério Público.

A sede do pedido de infiltração de agentes, ainda a teor do art. 10, *deve ser exclusivamente o inquérito policial*. Ou seja, não cabe a providência de infiltração de agentes em outros mecanismos investigatórios que são facultados pelo ordenamento jurídico. Tal limitação é correta, pois somente nesta sede existe a participação concomitante de Polícia e Ministério Público. Por outra, não faz qualquer sentido que se realize a infiltração uma vez já iniciada a ação penal.

O agente infiltrado deve ser policial (art. 10), não se especificando qual classe de policial.

A questão é de relevância porque a previsão legislativa precedente⁶⁶ previa a possibilidade de que tanto agentes de polícia quanto agentes de inteligência realizassem a infiltração. Na nova redação, atendendo a crítica doutrinária⁶⁷, foi suprimida a menção aos *agentes de inteligência*, mantida apenas a expressão *agentes de polícia*.

Por outro lado, a Constituição da República prevê, em seu art. 144, um elenco das instituições policiais do país que inclui polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares. E nos parágrafos do mesmo art. 144, estabelece quais destes órgãos tem *atribuição investigatória*, reservando-a para a *polícia federal* (art. 144, § 1º, inciso I) e as *polícias civis* (art. 144, § 4º). Restava absolutamente claro que às *polícias militares não compete atividade investigatória alguma*, conforme especificado no art. 144, § 5º.

Se a infiltração de agentes tem por escopo proceder *investigação*, obviamente, o *agente infiltrado* somente pode ser *policial federal* ou *policial civil*. O desempenho desta atividade por qualquer outro policial é flagrantemente inconstitucional⁶⁸.

⁶⁶ Art. 2º, inciso V, da Lei n. 9.034, incluído pela Lei n. 10.217, de 11 abr. 2001.

⁶⁷ Nesse sentido, veja, por exemplo, PACHECO, op. cit., p. 116-117.

⁶⁸ Considerando “duvidosa” a constitucionalidade da previsão legal revogada, que distendia a possibilidade de realização de infiltração por agente de inteligência, veja *ibid.*, p. 115-116.

Além disso, a infiltração de agentes está expressamente condicionada à *autorização judicial*, por tratar-se de um recorte de garantias fundamentais, já que se trata, em última análise, de uma simulação para a produção de provas.

Daí que a decisão que autoriza a infiltração deverá declinar expressamente os fundamentos que a justificam, as circunstâncias que a exigem e os motivos pelos quais foi decretada, entre eles, obrigatoriamente, a impossibilidade de se produzir a prova pretendida por outra via, conforme refere expressamente o § 2º do art. 10, eis que se trata de *meio de prova* absolutamente subsidiário.

Há um limite temporal imposto para a infiltração, que é o prazo de seis meses, prorrogável. A lei não menciona qualquer prazo limite para a renovação, mas deve entender-se que a *renovação*, como ato acessório, não pode contemplar um prazo maior que o deferimento inicial do qual é derivada. Além disso, a cada prorrogação – já que também a lei não limita a apenas uma – deve ter novamente demonstrada tanto sua necessidade quanto a impossibilidade de substituí-la por outra medida probatória. Ademais, a necessidade de *prorrogação* faz denotar a ausência dos resultados que se estimava conseguir com a infiltração, o que é indicativo da sua inoperância e põe em cheque a pertinência da própria prorrogação.

O § 4º do art. 10 menciona um relatório a ser apresentado ao final do prazo de seis meses estabelecido para a duração da infiltração, mas, por razões de ordem lógica, havendo *prorrogação* da medida, ao cabo de cada prorrogação deverá ser apresentado novo relatório circunstanciado de atividades.

Do relatório tomará ciência o Ministério Público, afinal, compete ao destinatário da prova manifestar sua satisfação ou não para com o resultado produzido, podendo, segundo seu juízo de oportunidade, pleitear ou não a prorrogação da medida.

O § 5º do art. 10 prevê, ainda, a realização de *relatórios parciais*, que deverão ser realizados pelos agentes infiltrados por determinação da autoridade policial ou por requisição do Ministério Público. Isto visa permitir abreviar a infiltração quando já obtidas as provas visadas com a providência.

A infiltração de agentes também será sigilosa em face dos funcionários forenses que atuam na distribuição dos feitos, visando evitar vazamentos sobre as diligências encetadas e a identidade do agente, até que aquelas tenham lugar (§ 1º do art. 12).

A autoridade policial ou o agente ministerial que representam ou requerem a providência entregarão *diretamente* em mãos do juiz designado na distribuição os dados concretos a respeito da infiltração, declinando fundamentos, atividades, nome do agente, local de atuação e suspeitos investigados.

8.3 DOS DIREITOS DO AGENTE INFILTRADO EM RAZÃO DA INFILTRAÇÃO

Participar de uma diligência como agente infiltrado é atividade policial cujo risco suplanta em muito o usual porque se equilibra sobre a base de uma informação falsa passada aos investigados, de que o agente em questão não pertence ao aparato estatal repressivo.

Assim, estabeleceu-se no art. 14 alguns direitos específicos que podem ser exercidos pelo policial que atua na infiltração.

O primeiro e mais importante é o de recusar participar da infiltração, ou de fazê-la cessar. A atividade de agente infiltrado deve ser *voluntária*⁶⁹, não obstante a lei apenas mencione a faculdade de recusa de parte do agente indicado. Ela pode ser manifestada imediatamente a partir da sua designação.

Além disso, o agente infiltrado tem direito a que sua identidade seja alterada e receber *outras medidas protetivas*. Nada se menciona sobre se a alteração de identidade deva ser prévia ou posterior à realização da infiltração. Tampouco se menciona em que consiste esta alteração de identidade, trata-se apenas de fornecimento de novos documentos de identificação, da criação de um novo perfil de atividades cotidianas ou até mesmo se inclui a possibilidade de alterações fisionômicas por via cirúrgica.

Outrossim, menciona-se expressamente a aplicação, no que seja pertinente, do disposto no art. 9º da Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999, a chamada *lei de proteção às testemunhas*, que regulamenta a fórmula da alteração do nome nos registros públicos, bem como usufruir das medidas de proteção concedidas àquelas, que são as medidas dispostas pelo art. 7º da mencionada lei, as quais incluem segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; escolta e segurança para deslocamentos; transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; preservação da identidade, imagem e dados pessoais; ajuda financeira mensal para subsistência individual ou familiar; suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos vencimentos ou vantagens; apoio e assistência social, médica e psicológica, entre outras.

Conquanto a amplitude da proteção ao policial seja louvável, o problema é operacional. A simples previsão legal da medida de infiltração de agentes resulta inócua, ou pode ser até mesmo temerária, se não acompanhada de uma estrutura logística correspondente⁷⁰.

⁶⁹ Nesse sentido ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. Agente Infiltrado: Inovação da Lei 10.217/2001. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 155, jan./jun. 2001.

⁷⁰ Nesse sentido, *ibid.*, loc. cit.

Além disso, como a norma remete à lei de proteção às testemunhas e naquela o Conselho Deliberativo tem papel decisivo a respeito da determinação do que pode ou não ser concedido como medida protetiva da testemunha, haveria de se perquirir se este mesmo Conselho é quem atuará no caso do agente infiltrado – caso em que haveria um obrigatório vazamento de sua identidade, ao contrário do que pretende a lei – ou se a determinação seria oriunda do juiz, caso em que o emprego da norma em branco, na hipótese, gera uma flagrante incongruência.

9 A COOPERAÇÃO ENTRE INSTITUIÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS, DISTRITAIS, ESTADUAIS E MUNICIPAIS NA PERSECUÇÃO PENAL

Finalmente, uma das mais ridículas expressões legislativas de todos os tempos aparece inscrita expressamente na lei, determinando a *cooperação entre órgãos públicos!*

Esta previsão legal consiste em uma expressa confissão de incapacidade de realização do controle social penal por parte do Estado. Não é concebível que seja necessário constar de disposição legal tamanha obviedade. Aliás, a obstrução de investigação criminal, seja por agente público ou por particular, constitui crime previsto no Código penal desde 1940, pois resulta necessariamente em um favorecimento real ou pessoal (Código Penal, arts. 348 e 349). Daí que a colaboração entre os órgãos públicos para fins de investigação criminal é medida de rigor e – ao menos deveria ser – a regra em tais casos. Trata-se, por conseguinte, de uma previsão meramente programática, que corresponde quase que perfeitamente à redação do art. 7º, item b, da Convenção de Palermo, o que serve para revelar, também, o quanto a legislação interna brasileira absorve de influência internacional.

De outro lado, com olhos postos na realidade, é bastante palpável uma verdadeira competição entre as distintas polícias militar e civil para as quais se recomenda como urgente uma unificação e desmilitarização⁷¹.

A mesma competição em sentido negativo revela-se existente entre o Ministério Público e as polícias, o que inviabiliza a troca de informações, que na era da comunicação, é medida essencial de inteligência para o controle social da atividade criminosa.

As informações que são públicas pertencem ao Estado como um todo e não podem ser consideradas informações “particularizadas” ou “inacessíveis” entre os distintos órgãos estatais.

⁷¹ Veja, a respeito, SOUZA, Luis Antonio Francisco de. Os limites do modelo policial brasileiro contemporâneo. *Le Monde Diplomatique*, p. 14-15, nov. 2013 e SOARES, Luiz Eduardo. Desmilitarização e reforma do modelo policial. *Le Monde Diplomatique*, p. 18-19, nov. 2013.

CONCLUSÕES

É preciso ter em conta que o uso de um instrumental probatório, excepcional ou não, tem um direcionamento específico: formar a convicção a respeito da existência de um determinado crime, para permitir ao julgador exercer seu dever de fundamentação de uma decisão que imputa responsabilidade penal⁷².

Outrossim, as garantias individuais – o processo justo entre elas – figura em um patamar superior em face da necessidade de obtenção de provas, gerando ampla discussão⁷³ sobre os limites à produção probatória, não apenas no que respeita à prova ilícita propriamente dita (C.R., art. 5º, inciso LVI), mas também à prova ilícita por derivação⁷⁴.

Além disso, a produção probatória, como instrumental processual, também está submetida aos princípios gerais regentes do processo penal. Tanto é assim, que a própria legislação pós-constitucional, tem procurado adequar-se a este perfil, o que se nota do texto da Lei n. 11.690/2008, que tratou de dar nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal, estabelecendo a inadmissibilidade e retirada dos autos das provas ilícitas, assim consideradas por determinação legal ou constitucional e o art. 155 do mesmo diploma, proibindo a sustentação de decreto condenatório ancorado somente em prova produzida fora do contraditório, o que não se aplica, evidentemente, para o caso das provas de inocência.

Cada uso de medidas probatórias excepcionais deve ser sempre submetido ao tripé de validade representado pelas ideias de adequação, necessidade e proporcionalidade em

⁷² Nesse sentido Eugênio Pacelli de Oliveira afirma: “A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade. A prova propõe-se a buscar elementos suficientes, apurar a verdade sobre os fatos para a formação da convicção do Juiz, proporcionando a elaboração de uma decisão judicial abalizada”. OLIVEIRA, op. cit., p. 317. Nesse sentido, a abordagem mais correta a respeito da prova é oferecida por Marinoni e Arenhart, ao mencionarem que “Esse conceito (o de verdade substancial), portanto, mostra-se imprestável para dirigir os rumos do processo de conhecimento ou, mesmo, da teoria da prova. Insta, então, buscar um novo objetivo, capaz de se adequar às necessidades da ciência (aí incluído o processo) e às possibilidades de cognição humana. A moderna filosofia, sob a batuta de Jürgen Habermas, compreende que a verdade sobre um fato é um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes. A verdade não se descobre, mas se constrói através da argumentação”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 44-45.

⁷³ Nesse sentido AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 17.

⁷⁴ Não compete aqui fazer uma distensão da discussão sobre a prova ilícita por derivação, mas o tema segue controverso no Brasil. Para um excelente panorama sobre a discussão veja MUÑOZ CONDE, Francisco. **De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

sentido estrito⁷⁵. A base deste princípio e das hipóteses da utilização das provas ilícitas tem seu alicerce na teoria de que nenhuma liberdade pública é absoluta, e que o direito pode ser, excepcionalmente, mais importante que o direito à intimidade, segredo e liberdade de comunicação⁷⁶.

O que se pode concluir desta breve análise da lei é que o intuito do legislador foi compilar, em uma única lei, voltada para a investigação de organizações criminosas, todos os instrumentos mais interventivos de produção probatória previstos em lei ou em tratados internacionais de que o Brasil é signatário, a despeito dos recortes que tais instrumentos possam significar em termos de garantias fundamentais dos investigados, em nome de uma pretensa eficácia.

Além disso, guindou a autoridade policial a um patamar de sujeito processual, com várias regras que aproximam a função judicante da função policial, suprimindo a participação do Ministério Público.

Importa lembrar, em um cenário como este, que em alguns estados que se converteram em verdadeiros *Estados de Polícia*, a reconstrução democrática deu-se justamente a partir do papel processual do Ministério Público desenhado para promover um controle do abuso da atividade policial⁷⁷.

Na medida em que disso nos afastamos, embalados por um discurso de pretensa “eficiência”, nos aproximamos céleres de um sistema penal que deixa de ser garantia para converter-se em instrumento de dominação.

⁷⁵ Cf. ALEXY, op. cit., p. 111 e ss.

⁷⁶ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 43.

⁷⁷ Veja, sobre o tema, AMBOS, Kai. Controle da polícia pelo Ministério Público *versus* domínio policial da investigação na Europa, especialmente na Alemanha. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 120-122, jan./mar. 2008.

REFERÊNCIAS

A VIDA dos outros. Direção: Florian Henckel von Donnersmarck. [S.l.]: Europa Filmes, 2006. Título original em alemão: Das Leben der Anderen. 2 DVDs.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMBOS, Kai. Controle da polícia pelo Ministério Público versus domínio policial da investigação na Europa, especialmente na Alemanha. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 119-140, jan./mar. 2008.

_____. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización. **Política Criminal**, n. 7, v. 4, artigo 1, p. 1-56, jul. 2009. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2014.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Infiltração policial: possibilidade. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 3-9 set. 2013.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BELING, Ernst; AMBOS, Kai; GUERRERO, Óscar Júlían. **Las prohibiciones probatorias**. Bogotá: Temis, 2009.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. (Clássicos jurídicos).

EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Análise criminológica das organizações criminosas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 70, jan. 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 1, out. 1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FRANCO, Alberto. S. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**: a marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VI.

JESUS, Damásio Evangelista de. Organização criminosa: primeiros conceitos. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, p. A6, nov. 2013.

JESUS, Damásio Evangelista de; BECHARA, Fábio Ramazzini. Agente infiltrado: reflexos penais e processuais. **Jus Navigandi**, jun. 2005, f. 2. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7360>>. Acesso em: 25 nov. 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Mariângela Tomé. A infiltração de agentes no Brasil e na Espanha. Possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 89, mar. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAIA, Rodolfo Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado**: anotações à Lei n. 9.034/95 (organizações criminosas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado**: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2007.

PAZ RUBIO, José María et al. **La prueba en el proceso penal**: su práctica ante los tribunales. Madrid: Colex, 1999.

PENTEADO, Jacques de Camargo. Delação premiada. **Revista dos Tribunais**, v. 848, jun. 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA Flávio Cardoso. Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas). **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, n. 6, Goiânia, n. 6, 2007.

- PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013.
- PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. **Comentários à Lei Contra o Crime Organizado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. Agente Infiltrado: Inovação da Lei 10.217/2001. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 143-170, jan./ jun. 2001.
- SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). **Proibições probatórias no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- SICA, Leonardo. Infiltração policial: posição contrária. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 3 set. 2013.
- SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**: procedimento probatório. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SILVA, Ivan Luiz da. **Crime organizado**: aspectos jurídicos e criminológicos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1998.
- SNICK, Valdir. **Crime organizado**: comentários. São Paulo: Leud, 1997.
- SOARES, Luiz Eduardo. Desmilitarização e reforma do modelo policial. **Le Monde Diplomatique**, p. 14-15, nov. 2013.
- SOUZA, Luis Antonio Francisco de. Os limites do modelo policial brasileiro contemporâneo. **Le Monde Diplomatique**, p. 18-19, nov. 2013.
- VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Atlas, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

