



UNIFACS

UNIVERSIDADE SALVADOR

LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES®

UNIVERSIDADE SALVADOR – UNIFACS

LUIG ALMEIDA MOTA

**OS ATOS INVESTIGATÓRIOS E A LEI DE CRIME
ORGANIZADO**

Salvador
2008

LUIG ALMEIDA MOTA

**OS ATOS INVESTIGATÓRIOS E A LEI DE CRIME
ORGANIZADO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito a Universidade Salvador - UNIFACS, como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Salvador
2008

1 INTRODUÇÃO

O extraordinário desenvolvimento tecnológico e a globalização, conquanto tenham produzido grandes benefícios aos povos, trouxeram, por outro lado, prejuízos nefastos à sociedade, na medida em que também se tornaram grandes aliadas da criminalidade organizada contemporânea.

Assim é que, verificou-se que o *modus operandi* e as articulações sofisticadas das práticas delituosas perpetradas por organizações criminosas ou grupos criminosos que apresentam algumas características afetas ao fenômeno da criminalidade organizada têm demandado do Estado novos meios de investigação e aperfeiçoamento de outros meios investigatórios, colimando à maior efetividade do Direito Penal, mormente quando se trata da macro criminalidade, envolvendo, não raro, os crimes de colarinho branco.

É que os meios tradicionais de investigação não têm sido eficazes para alcançar a criminalidade organizada.

Nesse prumo, sobleva consignar que, embora a Lei 9.034/95 tenha sido gerada, segundo os criminalistas, como forma muito simbólica de repressão à crime organizado, o que não se discute, os atos investigatórios por ela trazidos são, de certa forma, instrumentos que, se bem utilizados, podem servir para alcançar os criminosos de colarinho branco, caminhando-se, assim, no sentido oposto à seletividade do Direito Penal e buscando-se o tão sonhado Direito Penal justo e igualitário. Sem dúvidas, uma melhora na investigação criminal seria o primeiro passo.

Nesse contexto, a busca – pautada no princípio da proporcionalidade – pelo equilíbrio entre a efetiva tutela penal (poder persecutório Estatal) e os direitos e garantias individuais, pertinente, especificamente, aos atos investigatórios previstos pela Lei 9.034/95 constitui-se o objeto precípuo deste trabalho.

Nesse ensejo, cumpre destacar que não é objeto deste trabalho, de forma alguma, infirmar todas essas críticas apontadas pelos doutos da criminologia. A uma, porque a presente pesquisa se destina tão-somente à análise dos atos investigatórios previstos pela Lei 9.034/95, sob o enfoque eminentemente processual penal. A

duas, porque não é, de modo algum, objetivo deste trabalho o estudo das organizações criminosas, sob o enfoque criminológico.

É por isso que entendemos que não devemos adentrar nesse tema que, por si só, poderia ser objeto de uma monografia que tão-somente tratasse sobre ele.

Observe-se, por outro lado, que a nossa intenção não é criticar a teoria da flexibilização dos direitos e garantias individuais processuais, muito pelo contrário, concordamos com as críticas da doutrina nesse sabor. Contudo, o que se deve ter em mente é que todas essas críticas, em geral, são feitas no tocante à flexibilização dos direitos e garantias do réu, não se dirigindo, assim, à fase pré-processual, mas sim na fase processual.

Preocupamo-nos em discutir, detidamente, os pontos relevantes acerca dos atos investigatórios previstos pela Lei 9.034/95, sempre, visando, à adequada aplicação do art. 2º. Assim, se por um lado, entendemos que a contemporaneidade exige, ou melhor, impõe novos instrumentos investigatórios e aperfeiçoamento de outros, com vistas a tornar mais eficaz a *persecutio criminis*, considerando ser esta persecução importantíssima para aplicação mais correta do Direito Penal, por outro, destinamo-nos, precipuamente, neste trabalho, justamente, à busca pelas devidas limitações legais e constitucionais, a fim de se restringir os excessos da investigação policial, de modo a não ferir nenhum direito fundamental.

No capítulo dois, far-se-ão, para efeito de contextualização com o tema, as considerações gerais sobre o crime organizado, abordando-se os planos da sua existência, características e conceito.

Empós, tratar-se-á, no capítulo três, da aplicabilidade da Lei 9.034/95 (Lei do Crime Organizado).

Conforme já afirmado, o objeto de estudo deste trabalho concerne os atos investigatórios, não abrangendo a análise das “organizações criminosas”. Assim, já adiantamos que vai ser com a leitura deste capítulo três que o leitor entenderá perfeitamente o porquê do título “Os Atos Investigatórios e as Organizações Criminosas”. Só para efeito de simples notícia, a razão da escolha deste título é porque se analisará, além dos atos investigatórios em espécie, a relação existente

entre estes e as “organizações criminosas”. Seriam tais meios de investigação aplicáveis às organizações criminosas, tendo em vista que não há um conceito legal sobre as mesmas (princípio da legalidade)?

Na seqüência, serão tratados, em específico, os quatro atos investigatórios previstos na Lei 9.034/95, quais sejam, (a) a ação controlada, (b) a interceptação ambiental, (c) a quebra dos sigilos bancário, fiscal e financeiro e, por fim, (d) a infiltração de agente policial.

Assim é que serão dispensados capítulos autônomos para a análise crítica de cada um dos atos investigatórios previstos pela Lei do Crime Organizado, trazendo-se as discussões mais palpitantes e, buscando-se, sempre, sopesar a eficiência das investigações com as necessárias limitações legais e constitucionais, para que não se atinja nenhum direito fundamental da pessoa humana.

Verificar-se-á que a Lei 9.034/95 apresenta numerosas falhas e omissões, deixando, não raro, “brechas” ao surgimento de várias interpretações. Contudo, deve-se guiar, sempre, pelo postulado da proporcionalidade, para ser utilizada a interpretação que melhor proteja os direitos fundamentais, que só devem ser restringidos em casos excepcionais, em que haja estrita necessidade. Assim, concluir-se-á que a eficácia da persecução penal, não poderá servir, indiscriminadamente, como instrumento à supressão de direitos fundamentais da pessoa humana.

2 CRIME ORGANIZADO

A Era pós-Revolução Industrial, caracterizada pela evolução científica, tecnológica, cibernética etc., aliada à nova fase de globalização, embora produtora de benefícios incalculáveis aos povos, trouxe, outrossim, prejuízos nefastos à sociedade, repercutindo implacavelmente no Direito.

Segundo Francis Rafael Beck,

Na medida em que as relações econômicas foram-se tornando mais complexas, conquistando o âmbito internacional e explorando tecnologia avançada, maior oportunidade surgiu para o recrudescimento das práticas ilícitas nesse campo de atuação. Como demonstra a vasta experiência criminológica obtida ao longo das últimas décadas, sempre que o sistema deixa de ocupar determinado espaço onde de uma atividade se possa obter lucro, tal espaço logo passa a ser ocupado pela delinquência (2004, p. 41-42).

Consoante Eugênio Raúl Zaffaroni,

corresponderá al pensamiento penal, criminológico y político criminal progresista de la globalización la tarea de esforzarse por detener el poder punitivo que quiera arrasar las culturas alternativas de excluidos y que seguramente no escatimará esfuerzos por harcelo. Debe contarse con que este poder punitivo asumirá formas nuevas, pues el control penal en poco tiempo cambiará totalmente su fisionomía (2000, p.37-38).

Assim é que, ante a utilização de técnicas avançadas por parte de certos grupos, no atual contexto mundial, com o objetivo de aferir lucro através de prática de crimes que representam um atentado a bens jurídicos à coletividade, de maneira difusa, incrementou-se a figura do crime organizado, como sendo aquele perpetrado por uma organização criminoso. É a chamada macro criminalidade.

2.1 EXISTÊNCIA DO FENÔMENO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

A delimitação do que seja o fenômeno da criminalidade organizada não é tão simples como parece à primeira vista. Pelo contrário, a partir da década de 1980, muito se tem discutido acerca do fenômeno da criminalidade organizada, apresentando-se posições diversas e antagônicas sobre, dentre outros aspectos, a efetiva existência de organizações criminosas, a natureza ôntica de tais organizações, o tratamento legislativo e a política criminal dessa esfera da macrocriminalidade.

Assim é que, consoante Gamil Föppel El Hireche (2005, p.01),

antes de se perquirir se há ou não um conceito de “crime organizado”, impõe-se analisar a matéria do ponto de vista da (in)existência. Com efeito, antes de se dar um conceito, é imprescindível que se faça uma análise ôntica, em busca da verdadeira essência de qualquer instituto.

Para este doutrinador, a verificação ou não da existência do crime organizado prescinde de previsões legais, sob o fundamento de que as leis não são aptas a criar algo inexistente, podendo apenas declarar o que existe na realidade dos fatos.

Na seqüência, consigna, de logo, o seu reconhecimento quanto à existência das quadrilhas ou bandos, enquanto manifesta com veemência o seu entendimento pela inexistência, na realidade dos fatos, do que se denominou de crime organizado. Vários são os argumentos utilizados: o tratamento legislativo aplicável aos crimes organizados como sendo uma manifestação do Direito Penal do Inimigo ou Terror; as críticas afetas ao Direito Penal pela moderna criminologia crítica; e a função simbólica do sistema penal. Ademais, defende Hireche que a tormentosa dificuldade em se encontrar um conceito unívoco de organização criminosa se deve, justamente, ao fato de que é impossível se conceituar algo inexistente (HIRECHE, 2005).

Analisando as organizações criminosas, sob o prisma da política criminal, assim afirma Hireche (2005, p.03):

ao contrário do que se poderia (puerilmente, registre-se) imaginar, existem, dois aspectos do Direito Penal: um declarado, qual seja, as missões e as funções que o Direito Penal objetiva. De outra parte, há um discurso escamoteado, surdo e silencioso, em que a pena e o Direito Penal são empregados em finalidades absolutamente diversas daquelas que são enunciadas: o Direito Penal, sobretudo no combate às tais organizações criminosas, passa a ser usado como barreira, como obstáculo à transformação, é dizer, como meio de manutenção e de conservação de certos valores que a classe dominante resolveu eleger como mais importantes, sempre, por óbvio, em benefício próprio.

Quanto ao Direito Penal do Inimigo, cabe consignar que, segundo Luiz Flávio Gomes (2004, p.01), Günter Jakobs, o criador desta teoria,

no seu mais recente livro (...) abandonou claramente sua postura descritiva do denominado Direito Penal do inimigo (...) passando a empenhar (desde 1999, mais inequivocamente a partir de 2003) a tese afirmativa, legitimadora e justificadora (p. 47) dessa linha de pensamento (2005, p.01).

Para Gamil Hireche, o Estado, com vista a proteger os interesses das classes dominantes, busca exterminar as classes menos favorecidas. Mas, para isso, *mister* se faz que se crie um inimigo, a ser combatido a qualquer custo, mesmo que em detrimento de direitos fundamentais tão arduamente conquistados no decorrer da história. Para cada período histórico, o Estado, então constituído, cria os seus inimigos, utilizando-se do clamor público e do direito Penal.

Nos termos de Gamil Hireche,

O Direito Penal do Inimigo é, em verdade, o Direito de combate aos demônios. Isto é uma forma, como se verá, de manifestação do simbolismo jurídico-penal. Essencialmente, o discurso do Direito Penal do Inimigo é simbólico, apela para o imaginário das pessoas, para os seus medos e frustrações, para a necessidade de se resguardarem dos seus estranhos, dos diferentes. É necessário, pois, buscar, já que vai haver limitações aos direitos e garantias fundamentais, uma justificação, ainda que puramente simbólica (HERECHE, 2005, p.07)

Como características do Direito Penal do inimigo, aponta, Luiz Flávio Gomes (2004, a, p.02):

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status* (importante só sua periculosidade); (g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.

Sendo assim, haveria dois Direitos Penais:

Um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito penal do cidadão é um Direito penal de todos; o Direito penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia (GOMES, 2004, a, p.02).

Segue Hireche:

E quem escolhe os inimigos? Ora, quem escolhe os inimigos é, em última análise, aquele que tem o poder de segurança. No império romano, os demônios, os inimigos, os criminosos organizados eram os bárbaros; no feudalismo, os despossuídos de terra; nas grandes navegações, as nações que pretendiam competir com a Inglaterra; na fase da bipolaridade econômica mundial, eram os comunistas; mas recentemente, os inimigos maiores são os da máfia japonesa, colombiana e, mais recentemente, a criminalidade dos árabes (HIRECHE, 2005, p.26).

Sendo assim, para Hireche, as organizações criminosas seriam os novos inimigos criados pelo Estado hodierno.

Nesse sentido, para este segmento doutrinário, o “Poder Político”, tendo a mídia das massas a sua grande aliada, incutem nas pessoas a sensação de medo e de terror. O Estado, por sua vez, criou o inimigo intitulado “organizações criminosas” e, mediante a exclusão dos direitos fundamentais, como, v.g., o Regime Disciplinar Diferenciado, a proibição de apelar em liberdade, intenta realizar dois objetivos não-declarados e, puramente simbólicos, quais sejam, a manutenção do *status quo* e a resposta à sociedade, implicando certo alívio ao medo e à insegurança.

Acerca da seletividade do Direito Penal, assim se pronuncia Gamil Hireche, utilizando-se, como exemplos ilustrativos o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) e o Refis:

Se por um lado há RDD, por outro, aplica-se o Refis (1,2, ...) coimo extinção de punibilidade pelo pagamento para os crimes econômicos. Isto é uma evidência de seletividade, de segregação deliberada, em que o Direito Penal passa a ser utilizado como instrumento das classes dominantes para a consecução dos seus interesses. Devia-se, em verdade, a atenção do que seria a realidade dos fatos. Os verdadeiros responsáveis pelas ações dos bandos ou quadrilhas continuariam soltos, com a vantagem de colocar, na linha de frente daqueles que deveriam ser combatidos, meros testas-de-ferro (2005, p.35).

Identificados os argumentos centrais desse autor – todos eles de ordem criminológica, como sugere muito bem o título de sua obra –, é *mister* que se consigne as considerações que se seguem.

Primeiramente, não é objeto deste trabalho, de forma alguma, infirmar todas essas críticas apontadas por Hireche. A uma, porque a presente pesquisa se destina tão-somente à análise dos atos investigatórios previstos pela Lei 9.034/95, **sob o enfoque eminentemente processual penal. Não é, de modo algum, objetivo**

deste trabalho o estudo das organizações criminosas, sob o enfoque criminológico. É por isso que entendemos que não devemos adentrar nesse tema que, por si só, poderia ser objeto de uma monografia que tão-somente tratasse sobre ele. A propósito, deve-se frisar que tão relevante análise político-criminal do fenômeno da criminalidade organizada cabe aos doutos da ciência da criminologia, que em muito contribui para o desenvolvimento científico do Direito Penal.

A duas, porque, *data maxima venia*, todos esses argumentos levantados por Gamil Hireche não serve para infirmar a existência da criminalidade organizada. A nosso sentir, o autor de utilizou, devidamente, dos estudos da criminologia (Direito Penal do Inimigo, Seletividade do Direito Penal, Função Simbólica do Direito Penal etc) para, *alfim*, interpretá-los em favor de seu entendimento – quase que isolado – pela inexistência das denominadas “organizações criminosas” na realidade dos fatos. Trata-se, pois, de uma conclusão interpretativa – respeitável claro – desse autor.

Não concluímos como Hireche. Comungamos com o entendimento majoritário da doutrina no sentido da existência da criminalidade organizada como um fenômeno social vivenciado em escala mundial. Senão, vejamos, para melhor esclarecer a *questio*, as posições de diversos autores nacionais e alienígenos.

Começemos com a nossa grande mestra Ada Pellegrini Grinover. Conforme informa Francis Beck, Grinover

corroborar a gravidade da situação do crime organizado no Brasil – principalmente quanto ao narcotráfico, indústria dos seqüestros, exploração de menores e aos denominados crime de colarinho branco, com evidentes conexões internacionais e envolvimento de lavagem de dinheiro – ainda mais pelo fato de a polícia estar “completamente desarmada em face do poderio das organizações criminosas e de o Ministério público não dispor de meios operacionais suficientes para fazer face ao fenômeno. Problemas de corrupção tornam o quadro ainda mais dramático”.

Consoante Herrero Herrero,

a delinqüência organizada existiu sempre, da mesma forma que sempre existiu a atividade lícita organizada. Ambas em função da tendência do homem em planejar suas tarefas, sobretudo quando trabalha em grupo. O que ocorre é que, nas sociedades contemporânea, a delinqüência organizada em sentido específico, ou qualitativamente organizada (em oposição à delinqüência de baixo grau de organização, inerente, de alguma forma, a qualquer classe de delinqüência coletiva ou associação delitiva), alcançou dimensões extremamente vastas (BECK, 2004, P. 56).

Mapelli Caffarena, por sua vez, é enfático e peremptório, concluindo que se tem,

ainda,

o estabelecimento da diferenciação entre a criminalidade organizada e o que o autor denomina 'fenômenos associativos', na esfera criminal, cujos vestígios se perdem na história. Distinguindo as duas categorias, infere que, sem dúvida todas as investigações criminológicas coincidem em considerar a criminalidade organizada como um fenômeno característico da época atual (BECK, 2004, p.57).

Para Arbex Junior e Julio Tognolli,

mais do que nunca, a sombra do crime organizado está presente em todas as atividades do homem comum, mesmo quando ele parece uma realidade longínqua, apenas perceptível no noticiário da televisão. Longe vai o tempo em que o 'chefão' assumia ares de Al Capone, cercado de capangas e fumando longos charutos cuja fumaça escrevia no ar as palavras 'eu sou mau'. Ainda há gente assim, é claro, mas o mais provável é que os capôs das máfias atuais estejam nos escritórios dos grandes bancos e corporações, em cargos importantes dos governos, nas instituições acima de qualquer suspeita (BECK, 2004, p.63).

Segundo Marta Gomes de Liaño Fonseca-Herrero,

la alarmante dimensión, adquirida por el crimen organizado, se encuentra indisolublemente unida a la transformación experimentada por estos grupos criminales, la cual ha supuesto una modificación de las que, hasta el momento, diversas disciplinas señalaron como características intrínsecas y conformadoras de una definición de criminalidad organizada (2004, p.30).

Enfáticas, outrossim, são as palavras de Antonio Carlos Lipinski:

na verdade, o conceito de Crime Organizado transnacional não é legal ou jurídico. Trata-se de um fenômeno social. A cada dia aumenta o número dos que se dedicam a essa atividade, que, para eles, não é incorreta ou ilegal, mas simplesmente uma forma de trabalhar: constitui para eles uma atividade profissional como as outras(2004, p.21).

Sobre o tema, Angiolo Pellegrini e Paulo José da Costa Jr. (1999) trazem, na obra "Criminalidade Organizada", um estudo minucioso e aprofundado sobre a estrutura e o *modus operandi* de várias organizações criminosas, que, segundo ele, existem atualmente, como, por exemplo, a Casa Nostra Siciliana, a Ndrangheta, que nasceu na Calábria, a Camorra, a máfia da Campânia, a Sacra Corona Unita, a máfia pugliese, a Tríade (máfia chinesa), a Yakuza (máfia japonesa), as organizações criminais russas (máfia chechene, azerca, georgiana etc), a Casa Nostra Americana, dentre outros. Aponta, ainda, como principais atividades ilícitas da criminalidade organizada de tipo mafioso, o tráfico de estupefacientes, a extorsão, o tráfico de armas, a reciclagem de dinheiro, as fraudes comunitárias, a ilegalidade ambiental (ecomáfia), a usura, dentre outras.

Ademais, é interessante observar que, como mostra Angiolo Pellegrini e Paulo José da Costa Jr. (1999), tais organizações criminosas são, em quantidade, maiores nos países desenvolvidos.

Segundo o Delegado da Polícia Federal e professor da Academia Nacional da Polícia Federal, Dr. Osvaldo Bastos Jr., algumas organizações criminosas internacionais atuam no Brasil, como, por exemplo, a União Corsa (francesa); Napolitana, Casa Nostra, Sacra Carrona (italianas); máfia russa etc.¹.

Quanto à criminalidade organizada no Brasil, assim esclarece Eduardo Araújo da Silva (2003, p.25):

todavia, a prática contravencional do denominado 'jogo do bicho' (sorteio de prêmios a apostadores, mediante recolhimentos de apostas), iniciada no limar do século XX, é identificada como a primeira infração penal organizada no Brasil. A origem dessa contravenção penal é atribuída ao Barão de Drumond, que teria criado o inocente jogo de azar para arrecadar dinheiro com a finalidade de salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. A idéia foi posteriormente popularizada e patrocinada por grupos organizados, que passaram a monopolizar o jogo, mediante a corrupção de policiais e políticos. Na década de 80, os praticantes dessa contravenção movimentavam cerca de US\$ 500.000 por dia com as apostas, sendo 4% a 10% desse montante destinado aos banqueiros.

Em seguida, disserta sobre as “organizações mais recentes e violentas”, que surgiram nas penitenciárias do Rio de Janeiro, nas décadas de 70 a 80, como a “Falange Vermelha”, o “Comando Vermelho”, o “Terceiro Comando” e o “PCC – Primeiro Comando da Capital”.

No tocante ao PCC, é de verificar-se que os seus membros recebem cópias do estatuto dessa organização criminosa, no qual são determinadas as regras de conduta a serem seguida por cada integrante² (MENDES, 2001).

1 Anotações da palestra proferida pelo professor Osvaldo Bastos Jr., no Seminário “Crime Organizado e Delitos Conexos”.

2 “Estatuto do PCC:

1. Lealdade, respeito, e solidariedade acima de tudo ao Partido

2. A Luta pela liberdade, justiça e paz

3. A união da Luta contra as injustiças e a opressão dentro das prisões

4. A contribuição daqueles que estão em Liberdade com os irmãos dentro da prisão através de advogados, dinheiro, ajuda aos familiares e ação de resgate

5. O respeito e a solidariedade a todos os membros do Partido, para que não haja conflitos internos, porque aquele que causar conflito interno dentro do Partido, tentando dividir a irmandade será excluído e repudiado do Partido.

6. Jamais usar o Partido para resolver conflitos pessoais, contra pessoas de fora. Porque o ideal do Partido está acima de conflitos pessoais. Mas o Partido estará sempre Leal e solidário à todos os seus integrantes para que não venham a sofrerem nenhuma desigualdade ou injustiça em conflitos externos.

7. Aquele que estiver em Liberdade "bem estruturado" mas esquecer de contribuir com os irmãos que estão na cadeia, serão condenados à morte sem perdão

Atenta, ainda, Silva, acerca da existência de outra modalidade de criminalidade organizada no Brasil.

Trata-se do desvio de vultosas quantias de dinheiro dos cofres públicos para as contas particulares abertas em paraísos fiscais localizados no exterior, envolvendo quase todos os escalões dos três Poderes do Estado... (SILVA, p.27).

Sob o prisma da sociologia, afirma Luiz Flávio Gomes:

De acordo com a opinião do sociólogo da USP já citado (Mingardi), entre nós os sinais mais perceptíveis da existência do crime organizado vêm de certas regiões ou áreas bem definidas do país. O rio de Janeiro, ele afirma, pela sua milagrosa topografia (ao lado de ser uma das mais belas cidades do mundo), é constantemente lembrado como local onde já existe crime organizado. A essa conclusão se chega, diz o professor da USP, porque lá se constata mais nitidamente um certo entrosamento entre o jogo do bicho, o tráfico de drogas e de armas e extorsão; o recrutamento dos "soldados" dessas atividades é mais localizado (favelas) e já é bastante evidente o "clientelismo": os responsáveis pelas atividades ilícitas atuam com certo apoio do poder público e desse modo o povo seria "cliente" não só do Estado, senão também dos próprios responsáveis pelo jogo, pelo tráfico etc.; existe, ademais, uma clara demarcação territorial na atividade de cada um, uma hierarquia, um planejamento, uma divisão de trabalho, o fim de lucro etc.

8. Os integrantes do Partido tem que dar bom exemplo à serem seguidos e por isso o Partido não admite que haja assalto, estupro e extorsão dentro do Sistema.

9. O partido não admite mentiras, traição, inveja, cobiça, calúnia, egoísmo, interesse pessoal, mas sim: a verdade, a fidelidade, a hombridade, solidariedade e o interesse como ao Bem de todos, porque somos um por todos e todos por um.

10. Todo integrante tem que respeitar a ordem e a disciplina do Partido. Cada um vai receber de acordo com aquilo que fez por merecer. A opinião de Todos será ouvida e respeitada, mas a decisão final será dos fundadores do Partido.

11. O Primeiro Comando da Capital PCC fundado no ano de 1993, numa luta descomunal e incansável contra a opressão e as injustiças do Campo de concentração "anexo" à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, tem como tema absoluto a "Liberdade, a Justiça e Paz".

12. O partido não admite rivalidades internas, disputa do poder na Liderança do Comando, pois cada integrante do Comando sabe a função que lhe compete de acordo com sua capacidade para exercê-la.

13. Temos que permanecer unidos e organizados para evitarmos que ocorra novamente um massacre semelhante ou pior ao ocorrido na Casa de Detenção em 02 de outubro de 1992, onde 111 presos foram covardemente assassinados, massacre este que jamais será esquecido na consciência da sociedade brasileira. Porque nós do Comando vamos mudar a prática carcerária, desumana, cheia de injustiças, opressão, torturas, massacres nas prisões.

14. A prioridade do Comando no montante é pressionar o Governador do Estado à desativar aquele Campo de Concentração "anexo" à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, de onde surgiu a semente e as raízes do comando, no meio de tantas lutas inglórias e a tantos sofrimentos atroz.

16. Partindo do Comando Central da Capital do QG do Estado, as diretrizes de ações organizadas simultâneas em todos os estabelecimentos penais do Estado, numa guerra sem trégua, sem fronteira, até a vitória final.

16. O importante de tudo é que ninguém nos deterá nesta luta porque a semente do Comando se espalhou por todos os Sistemas penitenciários do estado e conseguimos nos estruturar também do lado de fora, com muitos sacrifícios e muitas perdas irreparáveis, mas nos consolidamos à nível estadual e à médio e longo prazo nos consolidaremos à nível nacional. Em coligação com o Comando Vermelho - CV e PCC iremos revolucionar o país dentro das prisões e nosso braço armado será o Terror "dos Poderosos" opressores e tiranos que usam o Anexo de Taubaté e o Bangú I do Rio de Janeiro como instrumento de vingança da sociedade na fabricação de monstros.

Conhecemos nossa força e a força de nossos inimigos Poderosos, mas estamos preparados, unidos e um povo unido jamais será vencido.

LIBERDADE! JUSTIÇA! E PAZ!

O Quartel General do PCC, Primeiro Comando da Capital, em coligação com Comando Vermelho CV
UNIDOS VENCEREMOS" (com erros gramaticais no original).

No âmbito prático, o chefe do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO), do Ministério Público do Estado da Bahia, Dr. Paulo Gomes, expõe sua opinião (que mais parece um desabafo), ressaltando que a afirmação de que “porque o nosso legislador falhou inexisteria o crime organizado seria ‘forçar muito a barra’ no que se refere à defesa daquele pessoal que faz parte de organização criminosa” (GOMES, Paulo; 2007, p.02).

Ultrapassado o breve delineamento das argumentações em favor da existência do fenômeno da criminalidade organizada, passa-se às considerações gerais sobre as normas nacionais a elas aplicadas, com o objetivo precípuo de esclarecer que a análise criminológica das organizações criminosas não constitui o objeto deste trabalho.

Entendemos ser melhor a posição de Francis Rafael Beck (2004). Assim é que, malgrado parte da doutrina se incline a reconhecer que vários fatores – como, v.g., a globalização, o avanço extraordinário dos meios tecnológicos e de comunicação – propiciaram a disposição de um meio extremamente favorável ao desenvolvimento da associação de sujeitos na formação ou desenvolvimento de grupos criminosos altamente sofisticados (organizações criminosas), que apresentam, dentre outras características (conforme se verá), um planejamento estrutural, hierárquico, a conexão, não rara, com membros da Administração Pública, o caráter transnacional, em alguns grupos, e, em regra, o emprego da lavagem de dinheiro, tal entendimento pela existência do fenômeno da criminalidade organizada, na realidade social, não legitima a criação de Direito Penal Emergencial, que venha a antecipar a tutela penal e a flexibilizar os direitos e as garantias da pessoa humana. Nesses termos, assim conclui Francis Beck:

Por fim, a ignorância e o medo exagerado do crime organizado, associados às já por demais conhecidas dificuldades no seu controle – dificuldades essas que, em última análise, são eminentemente estruturais – não podem servir de subterfúgio para uma reforma mais ampla do sistema penal, sobretudo se contaminada pelos ideais (irracional) tendentes a uma antecipação da tutela penal e flexibilização das garantias dos cidadãos (2004, p. 168).

Nesse contexto, é de extrema relevância que se atente, claramente, que todas essas discussões de ordem criminológica destinam-se precipuamente, à crítica, muito bem esposada por Francis Beck – vencedor do 8º Concurso IBCCRIM de

Monografias –, quanto à flexibilização de direitos e garantias do **réu**, isto é, da tendência à fragilização dos direitos e garantias **processuais**, que buscam algumas leis especiais efetivar.

Assim, com muita razão critica a doutrina os abjetos arts. 5º (que prevê a identificação criminal compulsória); 6º (que prevê a delação premiada); 7º (que veda a liberdade provisória com ou sem fiança); 9º (que proíbe o réu apelar em liberdade) e 10 (que estabelece o regime inicial fechado por crimes decorrentes de organização criminosa), todos da Lei 9.034/95. É notória a veemente inconstitucionalidade de todos esses dispositivos, por ferirem de morte alguns dos princípios constitucionais mais relevantes – os arts 7º e 9º, *verbi gratia*, infringe o princípio da presunção da inocência (CARVALHO, 1997, p. 123).

Observe-se que não é a nossa intenção criticar a teoria da flexibilização dos direitos e garantias individuais processuais, muito pelo contrário, concordamos com as críticas da doutrina nesse sabor. Contudo, o que se deve ter em mente é que todas essas críticas não se dirigem à fase pré-processual, em que podem realizar, excepcionalmente, os atos investigatórios previstos no art. 2º, III, IV e V, da Lei 9.034/95. Atente-se, a propósito, que, em momento algum, Gamil Hireche, em sua “Análise Criminológica das Organizações Criminosas”, lançou suas críticas ao art. 2º (que é, justamente, o principal dispositivo legal que será objeto de análise deste trabalho). A única crítica que se relaciona com os atos investigatórios previstos pela Lei 9.034/95 é a dirigida ao art. 3º, da mesma Lei. A propósito, muito acertadamente tratou este autor sobre a quebra da imparcialidade do juiz e, por conseqüência, do sistema acusatório, propiciada por esse dispositivo legal. Nesse mesmo sentido, inclusive, é que faremos as nossas críticas ao art. 3º, em capítulo próprio, destinado à quebra dos sigilos bancário, fiscal, financeiro e eleitoral.

Outrossim, em momento algum, Francis Beck, ao tecer breve comentário sobre o dispositivo da Lei 9.034/95 que trata da fase pré-processual (art. 2º), posiciona-se no sentido da inconstitucionalidade do art. 2º, da mesma Lei. Diversamente, traz o autor, inclusive, as defesas de alguns doutrinadores, como Lênio Streck e Geraldo Prado, não no sentido da inconstitucionalidade do art. 2º, mas sim no sentido da correta aplicabilidade deste dispositivo.

E nossa também é a preocupação com a adequada aplicação do art. 2º. Se por um lado, entendemos que a contemporaneidade exige, ou melhor, impõe novos instrumentos investigatórios e aperfeiçoamento de outros, com vistas a tornar mais eficaz a *persecutio criminis*, considerando ser esta persecução importantíssima para aplicação mais correta do Direito Penal, por outro, destinamo-nos, precipuamente, neste trabalho, justamente, à busca pelas devidas limitações legais e constitucionais, a fim de se restringir os excessos da investigação policial – tendo em vista que tais excessos podem implicar, necessariamente, na violação a direito fundamental tão relevante quanto o da intimidade (nos casos, v.g., de excesso na utilização da interceptação ambiental).

2.2 CARACTERÍSTICAS DO CRIME ORGANIZADO

Indubitavelmente, como assevera Francis Beck (2004, p. 74), a enunciação das características se apresenta muito mais fácil do que a conceituação do crime organizado, não existindo “o rigor da univocidade de um conceito”. É que cada organização criminosas vai apresentar essa ou aquela característica, ou várias, conjugadamente.

Nesse prumo, quanto às características do crime organizado, assim pondera Alberto Silva Franco, citado por Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p.75):

O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém imenso poder com base em estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de lato vultu; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos deliçquenciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade, origina atos de extrema violência; exhibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou flagilizar os Poderes do próprio Estado”.

É dizer-se que as características do crime organizado são diversas, apresentando cada uma delas, em cada Estado em se originam aspectos distintos, a depender da realidade social, econômica, política, tecnológica etc. Nesse sentido, assim assevera Marcelo Mendroni (2002, p.10):

são inúmeras as organizações criminosas que existem atualmente. Cada uma assume características próprias e peculiares, amoldadas às próprias necessidades e facilidades que encontram no âmbito territorial em que atuam. Condições políticas, econômicas, sociais etc., influem decisivamente para o delineamento dessas características, com saliência para uma ou outras, sempre na conformidade das atuações que possam tornar mais viável a operacionalização dos crimes planejados e objetivo de obter maiores fontes de renda.

Como características possíveis de estarem presentes, elenca Luiz Flávio Gomes (1997): hierarquia estrutural; planejamento empresarial; uso de meios tecnológicos avançados; recrutamento de pessoas; divisão funcional das atividades; conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público; oferta de prestações sociais; divisão territorial das atividades ilícitas; alto poder de intimidação; alta capacidade para a prática de fraudes; e conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

Por sua vez, a “Academia Nacional de Polícia Federal do Brasil enumera 10 características do crime organizado: 1) planejamento empresarial; 2) antijuridicidade; 3) diversificação de área de atuação; 4) estabilidade dos seus integrantes; 5) cadeia de comando; 6) pluralidade de agentes; 7) compartimentação; 8) códigos de honra; 9) controle territorial; 10) fins lucrativos” (OLIVEIRA, 2007, p.01).

Marcelo Mendroni explica a estrutura hierárquico piramidal das organizações criminosas tradicionais, como composta de três níveis, a saber, chefes, gerentes e aviões.

Os chefes são

peças que ocupem cargos públicos importantes, que possuam muito dinheiro, posição social privilegiada por qualquer razão, etc. ..., podendo conter chefe na posição suprema da organização e sub-chefes logo abaixo e no mesmo nível (MENDRONI, p. 13-14).

Gerentes são “peças de confiança do chefe, com capacidade de comando, a quem aqueles delegam algum poder. Recebem as ordens da cúpula e as repassam aos aviões” (MENDRONI, p. 14).

Aviões são “peças com algumas qualificações (por vezes especializadas) para as funções de execução a serem desempenhadas. Evidente que a ‘contratação’ destes ‘trutas’ dependerá dos ramos de atividades a que se dedique a organização” (MENDRONI, p. 15).

Acerca do planejamento empresarial, assim se manifesta GOMES, Flávio (1997, p. 95):

cabe ainda realçar o planejamento empresarial, que é algo mais e distinto que o simples programa delinqüencial, também presente na quadrilha ou bando. Não é preciso que o crime organizado derive de atividades empresariais formais. Ele pode girar em torno de empresas constituídas formalmente ou não. Havendo, no entanto, planejamento de tipo empresarial (custo de atividades necessárias, forma de pagamento do pessoal, programação do fluxo de 'mercadorias', de caixa e de pessoal, planejamento dos numerários etc.), é evidente que podemos afirmar com maior facilidade a existência de uma organização criminosa.

A utilização de meios avançados se faz presente, na medida em que as organizações criminosas

valem-se de meios informáticos e de telecomunicação que nem o Estado possui. Aparelhos parabólicos de escuta telefônica a distância, circuitos internos e externos de televisão, aparatos de comunicação telefônica e radiofônica intercontinentais, câmaras fotográficas auxiliadas por raio laser, teleobjetivas, gravadores capazes de captar sons a grande distância, atravessando, inclusive, paredes, comunicação por microondas, satélites etc. são exemplos dessa sofisticação tecnológica, que foge do alcance inclusive dos órgãos oficiais encarregados da persecução pena (GOMES, 2007, p. 95-96).

Outra característica marcante que se pode apontar é o poder desses grupos em corromper os membros e funcionários dos Poderes do Estado, isto é, Legislativo, Executivo e Judiciário. A respeito, assim explica Silva, Eduardo (2003, p.28-29):

o alto poder de corrupção de que dispõem essas organizações é uma das conseqüências diretas da acumulação de riqueza, que é direcionada a várias autoridades de todos os poderes do Estado: àquelas que compõem as instâncias formais de controle do Direito (Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário); àquelas integrantes das altas esferas do poder Executivo, para a aquisição de informações privilegiadas com os altos escalões do poder, especialmente de natureza econômica e financeira; e àquelas responsáveis pelo processo legislativo, com a finalidade de paralisar qualquer elaboração de medidas limitadoras de suas finalidades (corrupção política), Com a paralisação de parte do aparelho estatal, notadamente aquela voltada à repressão criminal, as organizações criminosas têm atuado com certa liberdade em diversos campos (itálico no original).

É bem notável, outrossim, que a globalização, mormente na atual fase, de abertura ao mercado econômico, aliadas a tecnologia sofisticada, como facilitadora, inclusive, de comunicações a grandes distância, tem muito contribuído para fomentar o caráter transnacional de parte das organizações.

A internacionalização como já salientamos é uma das principais características do crime organizado na atualidade. A facilidade de

comunicação, a globalização das economias, o fim das fronteiras etc. favorecem as conexões, especialmente as internacionais. Mas a existência de conexão local, regional ou nacional com outra ou outras associações ilícitas organizadas já é suficiente para revelar mais um indício de associação organizada.

Por outro lado, o poder intimidatório que apresentam as organizações criminosas, mediante aplicação de “sanções” extralegis, aliados ao oferecimento de serviços a setores da classe baixa da população (favelas, v.g.) têm repercutido em uma espécie de Estado paralelo, representado pelas organizações criminosas, que invade os espaços em que o Estado não alcança por ineficiência. Nesse sentido, assim expressa Hireche:

finalmente, o traço mais amedrontador inerente à criminalidade organizada é a formação - como alguns pretendem - de um Estado paralelo, que competiria, verdadeiramente, com o Estado. Para atrair novos colaboradores e ganhar a simpatia popular, os “chefes” oferecem à comunidade serviços básicos, como educação, saúde e segurança. Constata-se que, onde existe um império de uma “organização criminosa”, há leis específicas, sendo aplicável, em alguns casos, a pena capital. Ressalte-se, também, que o conjunto de valores morais é intimamente influenciado nessas regiões. Em verdade, a criminalidade estaria por ocupar um vazio deixado pelo próprio Estado.

2.3 CONCEITO DE “ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS”

Antes de adentrar nas discussões referentes à conceituação das “organizações criminosas”, *mister* que se esclareça o que deve entendido por crime organizado.

Para Luiz Flávio Gomes, o conceito de crime organizado, hoje, isto é, após o advento da Lei 10.217/01, envolve a quadrilha ou bando, as associações criminosas e todos os ilícitos delas decorrentes, não se envolvendo na definição de crime organizado, contudo, a “organização criminosa” e o concurso de pessoas. Este, por ser eventual e momentâneo e aquele, em razão da ausência de uma definição legal.

Na nossa visão, o conceito de crime organizado agora envolve:

- (a) a quadrilha ou bando (288), que claramente (com a Lei 10.217/01) recebeu o rótulo de crime organizado, embora seja fenômeno completamente distinto do verdadeiro crime organizado;
- (b) as associações criminosas já tipificadas no nosso ordenamento jurídico (art. 14 da Lei de Tóxicos, art. 2º da Lei 2.889/56 v.g.) assim como todas as que porventura vierem a sê-lo e
- (c) todos os ilícitos delas decorrentes (“delas” significa: da quadrilha ou

bando assim como das associações criminosas definidas em lei). Referido conceito, em consequência, de outro lado e juridicamente falando, não abrange:

- (a) a “organização criminosa”, por falta de definição legal;
- (b) o concurso de pessoas (os requisitos da estabilidade e permanência levam à conclusão de que associação criminosa ou quadrilha ou bando jamais podem ser confundidos com o mero concurso de pessoas (que é sempre eventual e momentâneo). (GOMES, 2007, p.06-07).

Não pensamos assim. A nosso sentir, crime organizado envolve tão-somente as ações ligadas às organizações criminosas. Nesse sentido, assim explica Eduardo Araújo da Silva:

Não bastasse tal omissão, o legislador [de 2001] também não afastou antigas dúvidas que pairavam na disciplina legal do fenômeno, pois, ao manter na lei a expressão “quadrilha ou bando”, continua a induzir os operadores do direito à conclusão – em que pese à pacificada orientação doutrinária em contrário – de que as ações decorrentes desse tipo legal serão sempre praticadas por organizações criminosas... (SILVA, 2003, p.39).

Ao conceito de “organizações criminosas”.

Em 1995, com a Lei 9034, o legislador brasileiro inaugurou o tratamento, ainda que tangencial, de aspectos referentes às práticas delituosas de entidades denominadas de “organizações criminosas”. Com efeito, dispõe a Lei 9034 sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Entretanto, lamentavelmente, cumpre consignar que não há no ordenamento jurídico nacional vigente qualquer dispositivo que conceitue as “organizações criminosas”. Nem mesmo a ratificação pelo Brasil da Convenção da ONU que trata da matéria – o Decreto-Lei nº 50.015/2004 – serve para colmatar a lacuna da lei. É que o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, que foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, prevendo a incorporação de tratados pelo ordenamento como emenda constitucional, se aprovada por três quintos do Congresso Nacional, refere-se aos tratados e convenções que versarem sobre Direitos Humanos, o que não é o caso. Diversamente, trata a aludida Convenção da ONU de normas incriminadoras.

Além disso, o conceito trazido pela Convenção da ONU se aplica tão-somente às organizações criminosas transnacionais, como bem ressalta Aléxis Sales de Paula e

Souza:

Com efeito, apesar de estar integrada ao ordenamento jurídico brasileiro com status de lei ordinária, a mencionada Convenção trata, especificamente, das organizações criminosas transnacionais. As quais, na forma do artigo 3, são aquelas que cometem crimes: a) em mais de um Estado; b) em um só Estado, desde que parte substancial da preparação, planejamento, direção e controle tenha ocorrido em outro; c) num só Estado, mas envolvem a participação de grupo criminoso organizado que pratique delitos em mais de um Estado; ou d) num só Estado, mas os crimes produzam efeitos substanciais noutro país. Logo, as hipóteses de uma organização criminosa brasileira ser atingida pela Convenção estão relacionadas nas alíneas “b”, “c” e “d” do Parágrafo 2 do Artigo 3. Ainda assim, deve-se observar que o conceito continua vago, pois a Convenção prevê que a organização esteja formada “há algum tempo”, sem definir com precisão o lapso temporal (SOUZA, 2007, p.11).

Ante a omissão legislativa, coube à doutrina e a alguns órgãos buscar uma definição do crime organizado. Essa conceituação teria uma importância muito além da mera classificação, uma vez que serviria para enquadrar determinadas condutas de agentes que terão certos direitos e garantias flexibilizadas pela lei, caso sejam as condutas perpetradas por organizações criminosas, conforme se verá.

Gamil Föppel El Hireche (2005, p.56), partidário da corrente que entende inexistir as “organizações criminosas”, aduz que

a busca por um conceito [das organizações criminosas] servirá, a bem da verdade, para ratificar e confirmar a tese que se defende: a inexistência do ‘crime organizado’. Com efeito, as ‘dificuldades’ conceituais representam e retratam, em verdade, a impossibilidade de conceituar o inexistente. As dúvidas, as incertezas, as indefinições a respeito do que seria a ‘criminalidade organizada’ são decorrência da sua inexistência.

Por outro lado, a doutrina seguidora do entendimento pela existência da criminalidade organizada muito tem se debatido à procura de uma definição do “crime organizado”, não tendo sido encontrado, ainda, um conceito unívoco, que relevaria a essência da criminalidade organizada. Explica Gamil Hireche (2005, p.60) que

tal conceito relaciona-se com aspectos políticos, sociais e econômicos de cada país, derivando, deste plexo de elementos, a dificuldade – senão impossibilidade – de fazê-lo. Ou seja: tantas e diferentes são as possibilidades de grupos que se pretendem considerar como “organizados criminalmente” que se torna impossível buscar um conceito único, que sirva a tudo aquilo que se pretende reprimir.

Segundo Marcelo Mendroni (2002, p.09), a instituição de um conceito legal teria que abranger as mais diversas hipóteses de manifestação do crime organizado, que se

adapte a realidade brasileira. Entretanto, a dificuldade em se estabelecer tal definição é patente, considerando a dimensão continental do Brasil, os avanços tecnológicos das ciências etc. Deve-se notar que nem mesmo os Estados Unidos, que têm realidades sócio-econômica e culturais mais homogêneas e estão mais acostumados a lidar com o tema, ainda não o estabeleceu de forma definitiva. Desta forma,

não se pode definir para atribuir características rígidas, com formas pré-estabelecidas. Aliás, tolce á a definição legal, pois, como dito, em um País como o Brasil existirão diferentes organizações criminosas com distintos *modus operandis* conforme a deficiência Estatal da região que adotem operar.

Não pensamos assim. Ainda que seja admissível a idéia de que é muito difícil se encontrar um conceito unívoco e rígido sobre o crime organizado, entendemos, como Francis Beck, que é possível, por outro lado, encontrar um conceito preciso e que se aproxime do que seja, na essência, o crime organizado.

As pesquisas empíricas encontram-se ainda em um momento inicial, buscando resultados e respostas mais objetivas e esclarecedoras. Portanto, é falacioso o pressuposto de que pode ser encontrada uma definição única – que não seja por demais vaga e imprecisa – para essa forma de delinqüência. O que se torna possível é a aproximação do seu conteúdo. Assim, não é por outra razão que poucos são os que se arriscam a formular um conceito sério e coerente de crime organizado, limitando-se a elencar algumas de suas características (grifo nosso). (BECK, 2004, 163).

Deve, pois, haver sim, um conceito legal. Aliás, urge essa necessidade imperiosa e imprescindível de que haja um conceito legal de organizações criminosas no Brasil. E a busca por essa definição legal – que seja precisa e bem próxima do fenômeno social da criminalidade organizada – é problema do legislador.

É claro que não se poderá afirmar que, uma vez estabelecido na lei esse conceito, o mesmo será rígido e definitivo. Isso porque todos os conceitos e institutos legais variam com o tempo e o espaço, tendo em vista que o Direito é ciência cultural e, como tal, deve ser entendida a partir da compreensão, e não através da explicação (ciências naturais). E tal se dá porque os institutos e conceitos das ciências humanas variam com o tempo e o espaço³.

3 “Cossio retomou e sintetizou a hussuerliana teoria dos objetos, que reconheceu quatro regiões ônticas delimitadoras das características e propriedades do ser”. Como caracteres dos objetos culturais, aponta Cossio:

“a) reais: têm existência no espaço e no tempo

b) estão na experiência

c) são valiosos positiva ou negativamente” (DINIZ, 2004, p.137).

Uma vez conceituado o crime organizado na lei, se, com o passar do tempo, verificar-se que tal conceito já se encontrada defasado, o legislador deverá proceder às devidas alterações da lei – aliás, esta é uma de suas funções. E isso, porque o princípio da legalidade e o primado da segurança jurídica deverão ser sempre observados.

A par dessas considerações, é certo que algumas instituições e alguns autores tentaram encontrar uma definição que se aproxime do conceito de organização criminosa, tendo em vista o que há de atributos essenciais entres elas, que as classifiquem, de algum modo, como tal.

Assim, o conceito proposto pela ONU, conforme a Convenção ratificada pelo Brasil sobre o tema, vem estabelecido no art. 2º, alínea “a”: “Grupo criminoso organizado – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

O Dr. Paulo Gomes, chefe do Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas e de Investigações Criminais (GAECO), do Ministério Público do Estado da Bahia, talvez por uma visão mais pragmaticista, entende que o conceito de organização criminosa emitido em sede da Convenção de Palermo é satisfatório.

Essa Convenção de Palermo tem uma definição muito boa. Organização criminosa é um grupo formado por, pelo ou menos, três pessoas, que utilizam meios tecnológicos avançados para prática de crimes altamente lesivos aos interesses da sociedade. E, na maioria das vezes, ela utiliza-se de funcionários públicos. Todas as investigações feitas por nós envolvem, geralmente, funcionários públicos, valores monetários altos, crimes de corrupção e meios tecnológicos avançados. (GOMES, Paulo; 2007, p.03).

O *Federal Bureau of Investigations* (FBI), de forma extremamente ampla, definiu o crime organizado como sendo “qualquer grupo que tenha uma estrutura formalizada, cujo objetivo seja a busca de lucros através de atividades ilegais”.

Já para INTERPOL,

é qualquer grupo de criminosos que, tendo estrutura corporativa, estabeleça como objetivo básico a obtenção de recursos financeiros e poder através de atividades ilegais, freqüentemente recorrendo, para tanto, ao medo e

intimidação de terceiros.

O doutrinador brasileiro Guaracy Mingardi, citado por Mendroni, assim as definiu:

grupo de pessoas voltadas para as atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão de trabalhos e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e intimidação, tendo como fontes de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da Lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território (MENDRONI, 2002, p. 6-7)

Em meio às críticas lançadas por relevante segmento da doutrina em relação à ausência de definição por parte do legislador sobre as organizações criminosas é que veio o Projeto de Lei (PL) nº 3.731/1997 a tentar corrigir as falhas apontadas na Lei 9.034/95. Dispõe este PL sobre as organizações criminosas, os meios de obtenção de prova e o procedimento criminal. No tocante à definição das organizações criminosas, assim estabelece o art. 1º do PL 3.731/1997:

Art. 1º Considera-se organização criminosa a associação de três ou mais pessoas, por meio de entidade jurídica ou não, estruturada de forma estável, visando a obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, para a prática de:

- I – tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou produtos que causam dependência física ou psíquica;
- II – terrorismo e seu financiamento;
- III – contrabando ou tráfico ilícito de armas, munições, explosivos, ou materiais destinados à sua produção;
- IV – extorsão mediante seqüestro;
- V – crime contra a Administração Pública;
- VI – crime contra o sistema financeiro nacional;
- VII – crime contra a ordem econômica e tributária;
- VIII – exploração de jogos de azar cumulada com outros delitos;
- IX – crime contra instituições financeiras, empresas de transporte de valores ou cargas e a receptação de bens ou produtos que constituam proveito auferido por esta prática criminosa;
- X – lenocínio ou tráfico de mulheres;
- XI – tráfico internacional de criança ou adolescente;
- XII – lavagem de dinheiro, ocultação de bens, direitos e valores;
- XIII – tráfico ilícito de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano;
- XIV – homicídio qualificado;
- XV – falsificação, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;
- XVI – crime contra o meio ambiente e o patrimônio cultural;
- XVII – outros crimes previstos em tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja parte.

Paulo Gomes - chefe do Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas e de Investigações Criminais (GAECO) - critica esse PL, apontando o

arrolamento de crimes integrante do conceito de organização criminosa como sendo uma falha. Para ele, listar crimes é medida que tornaria, com o passar do tempo, o instituto anacrônico, tendo em vista a versatilidade com que agem as organizações criminosas, com o cometimento, inclusive, de delitos outros, na tentativa, sempre, de burlar a lei, com vistas ao lucro espúrio.

No Brasil a legislação é muito fraca. Nos EUA, eles têm uma lista com quatrocentos crimes. No Brasil, o Projeto indica lá uma “listinha” de poucos crimes. Então, isso é um absurdo. Pode haver uma organização criminosa voltada só para prática de estupro, por exemplo.

A par dessas considerações, o que se verifica é que nenhum desses conceitos acima elencados, ressalvando-se o do PL nº 3.731/1997, revela um conceito mais preciso sobre as “organizações criminosas”. É que todos esses pretensos conceitos apenas indicam características das organizações criminosas, que podem ou não se verificar nesta ou naquela organização criminosa. Desta forma, tais “conceitos” não traduzem em enunciações a essência real das organizações criminosas, por serem demasiadamente amplos, abertos e porosos.

Sendo assim, poderá haver restrição ou ampliação desnecessária, eis que nenhum desses “conceitos” traz uma segurança do que efetivamente sejam tais entidades criminosas. Assim, pode ocorrer que, em determinada hipótese, a situação fática se amolde perfeitamente à hipótese da norma, não se tratando, entretanto, de atividade perpetrada por essas entidades. Ou, pode ser que, com o avanço desmedido da tecnologia, ou mesmo com a sagacidade de desses grupos, a norma peque por não alcançar determinadas organizações criminosas.

Nesse espeque é que Hireche entende não haver na legislação pátria um conceito de “organização criminosa”, por patente impossibilidade, uma vez que, para ele, tais entidades inexistem no mundo fático. Assim, defende que a aplicação das normas da Lei 9.034/95 fere o princípio da legalidade.

Diversamente, entendia Luiz Flávio Gomes (1997) - até o advento da Lei 10.217/01 - que a Lei 9.034/95 tratava-se de tipo penal aberto em sentido estrito, cabendo ao juiz complementar o sentido da norma. Isso porque, para ele, o legislador de 1995 deferira um mínimo de definição à organização criminosa, sendo esta a que apresentaria os requisitos do art. 288, do Código Penal (tipo de bando ou quadrilha),

além de outros, que seriam a presença de algumas das características explicadas no tópico 2.1 deste trabalho, quais sejam, a hierarquia estrutural, o planejamento empresarial, o uso de meios tecnológicos avançados, a divisão funcional de atividades, a conexão com funcionários públicos etc. Tais características, assim, seriam um *plus* que caracterizaria um grupo de mais de três pessoas como sendo uma organização criminosa. E caberia ao juiz dizer se há ou não em determinado grupo criminoso esse *plus*, ou seja, deveria o juiz verificar se, numa determinada hipótese, mediante critérios valorativos, que variam em razão de tempo de espaço (elemento normativo do tipo), faz-se presentes ou não os outros elementos que configuram tais organizações, que seriam, pois, apresentar ou não o grupo criminoso algumas das características apontadas pela doutrina relativas à criminalidade organizada.

Flávio Gomes, inclusive, propôs um esboço de projeto de lei nestes moldes:

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a Lei:

Art. 1º O art. 288 e seu parágrafo único do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passam a ter a seguinte redação:

ASSOCIAÇÃO ILÍCITA:

Art. 288. Associarem-se duas ou mais pessoas, de modo estável e permanente, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um (1) a três (3) anos.

ASSOCIAÇÃO ARMADA

§1º. A pena aplica-se em dobro, se a associação ilícita é armada.

ASSOCIAÇÃO ORGANIZADA

§2º Se a associação ilícita é organizada:

Pena - reclusão, de três (3) a seis (6) anos.

§3º. Considera-se organizada a associação ilícita quando presentes no mínimo três das seguintes características:

I - hierarquia estrutural;

II - planejamento empresarial;

III - uso de meios tecnológicos avançados;

IV - recrutamento de pessoas;

V - divisão funcional das atividades;

VI - conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público;

VII - oferta de prestações sociais;

VIII - divisão territorial das atividades ilícitas;

IX - alto poder de intimação;

X - alta capacidade para a prática de fraudes;

XI - conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

Com a promulgação da Lei 10.217/2001, que alterou a Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95), Luiz Flávio Gomes passou a afirmar que a sua sustentação jurídica anterior acerca da aplicabilidade da Lei 9.034/95 tornou-se insubsistente, uma vez

que o legislador de 2001 distinguiu claramente a quadrilha ou bando das associações criminosas, bem como das organizações criminosas.

Com a edição da Lei 10.217, de 11.04.01 (DOU de 12.04.01), o cenário é completamente diverso. A interpretação que acaba de ser referida perdeu toda sua sustentação normativa, porque agora a lei nova distingue com clareza insuspeitável a quadrilha ou bando das associações criminosas assim como das organizações criminosas (são três coisas distintas). (GOMES; 2007, p. 04)

Superada a breve análise sobre a existência, características e conceituação das organizações criminosas, que não cabe, neste trabalho, um aprofundamento maior, passa-se ao objeto precípua deste trabalho: a análise da aplicabilidade da Lei 9.034/95 e dos atos investigatórios, em espécie, previstos pela mesma Lei.

3 APLICABILIDADE DA LEI 9.034/95

Com a edição da Lei 10.217 e em razão de não haver, ainda, uma lei que defina as organizações criminosas, passou Luiz Flávio Gomes a defender que todos os dispositivos da Lei 9.034/95 que se referem tão-somente a elas tornaram-se sem efeitos. Não fosse assim, a definição de organização criminosa caberia ao magistrado, fato que atentaria contra os princípios da legalidade e segurança jurídica.

Se as leis do crime organizado no Brasil (Lei 9.034/95 e Lei 10.217/01), que existem para definir o que se entende por organização criminosa, não nos explicaram o que é isso, não cabe outra conclusão: desde 12.04.01 perderam eficácia todos os dispositivos legais fundados nesse conceito que ninguém sabe o que é. São eles: arts. 2º, inc. II (flagrante prorrogado), 4º (organização da polícia judiciária), 5º (identificação criminal), 6º (delação premiada), 7º (proibição de liberdade provisória) e 10º (progressão de regime) da Lei 9.034/95, que só se aplicam para as (por ora, indecifráveis) “organizações criminosas” (Gomes, Luiz; 2007, p.06)

Para esse autor, portanto, os demais dispositivos da Lei 9.034/95, que não se referem a organizações criminosas, continuam com plena eficácia. Desta forma, no tocante aos atos investigatórios previstos pela Lei do Crime Organizado - que constituem o objeto precípua deste trabalho -, continuam vigentes e eficazes os incisos III, IV e V, do art. 2º, que tratam, respectivamente sobre a quebra dos sigilos, a interceptação ambiental e a infiltração de agentes policiais, bem como o parágrafo único do art. 2º, que disciplina a autorização judicial concedida à infiltração policial.

A propósito, como observa Flávio Gomes, “antes o art. 2º somente se aplicava para ‘ação praticada por organizações criminosas’; agora houve supressão dessa parte. Por isso é que o art. 2º, incisos III, IV e V têm aplicação imediata” (GOMES, 2007, b, p.11). Com efeito, assim era a antiga redação do caput do art. 2º, da Lei 9.034/95:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal, que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já permitidos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...)

Em sua redação atual, dada pela Lei 10.217/2001, estabelece o caput do art. 2º:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...)

Sendo assim, o âmbito de aplicação dos incisos do art. 2º, ressalvado o inciso II,

vêm definido no art. 1º. Pela exegese desse dispositivo, devem os procedimentos investigatórios previstos pela Lei 9.034/95 serem aplicados para se apurar ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Nesse prumo, conclui-se que os atos investigatórios da quebra dos sigilos, da interceptação ambiental e da infiltração de agentes (previstos, respectivamente, pelos incs. III, IV e V, do art. 2º da Lei 9.034) têm aplicação, desde que sejam utilizados para investigar ações ligadas aos bandos ou quadrilhas ou às associações criminosas.

O inciso II do art. 2º da Lei 9.034/95, que trata da ação controlada, contudo, perdera a sua eficácia, em razão de sua aplicação ser restringida somente nos casos em que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado.

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

Quantos aos demais atos investigatórios, repita-se, a Lei 9.034 não faz restrição desse jaez. Vejamos:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

Sendo assim, a quebra dos sigilos fiscal, bancário, financeiro e eleitoral, a interceptação ambiental e a infiltração policial só não se aplicam quando se destinar à apuração de atividades ligados às organizações criminosas. Destinando-se a investigação às ações ligadas a bandos ou quadrilhas ou associações, tais atos investigatórios apresentam plena aplicabilidade.

Observe-se, com isso, que, por ser a organização criminosa um grupo criminoso mais requintado, que se diferencia dos bandos ou quadrilhas e das associações por apresentar certas características (já explicitadas), vai estar ela (a organização criminosa) sempre sujeita aos atos investigatórios de quebra dos sigilos, interceptação ambiental e infiltração de agentes policiais e de inteligência.

E isso porque a organização criminosa sempre poderá ser encaixada como bando ou quadrilha, pois nela haverá, necessariamente, ao menos, mais de três pessoas associadas com o intuito de cometerem crimes. Atente-se que, para quem entende pela existência das organizações criminosas, reputa ser elas bandos ou quadrilhas requintadas, evoluídas, pois apresenta, dentre outras, as características de organização estrutural planejada e hierárquica.

Sendo assim, conforme preconiza antigo brocardo, em regra geral, “quem pode o mais, pode o menos”. Já é possível a utilização dos atos investigatórios previstos nos incisos III a V do art. 2º da Lei 9.034 à investigação de ações ligadas a quadrilhas ou bando ou associações, muito mais plausível que esses meios investigatórios sejam destinados também a apuração de ilícitos ligados a organizações criminosas.

Até, porque, e é bom que se diga, a doutrina que entende não existirem as organizações criminosas reconhece plenamente que a globalização contemporânea e a evolução tecnológica, cibernética etc. propiciaram a sofisticação e a especialização organizacional (planejamento) e estrutural de grupos criminosos na prática dos delitos (grupos que atuam no campo dos delitos contra a ordem econômica etc.).

Esta doutrina não nega as características apontadas pela doutrina que defende a existência da criminalidade organizada. Entretanto, para quem defende inexistir o crime organizado, tais características (que foram explanadas no tópico 2.2 deste

trabalho) não se apresentam em todos os grupos criminosos sofisticados, isto é, apresentam-se algumas delas em alguns grupos e outras em outros grupos, de tal forma que a pluralidade de características diferentes que podem ser encontradas em cada grupo criminoso torna insubsistente a defesa de serem eles todos tratados da mesma forma, como organizações criminosas. Haveria, pois, uma impossibilidade de se estabelecer um conceito um conceito unívoco, que estabelecesse a essência de cada grupo criminoso sofisticado, uma vez que, como já dito, podem eles apresentar-se das mais variadas formas possíveis.

Esses argumentos expendidos pela teoria que nega a existência das organizações criminosas visam, precipuamente, defender os direitos e garantias do **réu**, de forma tal que um mesmo Direito seja aplicado a todos, não devendo haver, num processo penal, dois direitos, um garantista, aplicável ao cidadão e outro, não garantista, a ser aplicado para o inimigo não-cidadão, que infringe todo o sistema (teoria do direito penal do inimigo, de Jackobs).

Nesse sentido é que se levantam as mais diversas vozes contra, v.g., o art. 9º, da Lei 9.034/95, que impede ao réu apelar em liberdade.

A proposta deste trabalho não é, de forma alguma, negar a teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli, que deve ser aplicada em todo processo penal. Muito pelo contrário, não se está aqui a negar, por exemplo, que os arts. 3º e 9º, da Lei 9.034/95 são veementemente inconstitucionais.

O que se pretende com este trabalho é se tentar delinear um equilíbrio entre a efetiva tutela penal e os direitos e garantias individuais, pertinente, especificamente, aos atos investigatórios de apuração das atividades ligadas aos grupos criminosos com tecnologias e estrutura organizacional sofisticadas, justamente porque a persecução penal reclama, para esses casos, novos meios de investigação, que apresentem também planejamento sofisticados e tecnologias avançadas, sob pena de se tornar ineficaz.

Sendo assim, observe-se que se está tratando da fase pré-processual, isto é, da fase anterior à deflagração da denúncia ou queixa, onde não há contraditório e ampla defesa, servindo-se o inquérito policial ou outros meios de investigação como formas de se propiciar ao Ministério Público ou ao querelante peças meramente

informativas, a fim de subsidiar eventuais denúncias ou queixas.

Nesse diapasão, forçoso é concluir que os incisos III, IV e V, do art. 2º, da Lei 9.034/95 têm plena aplicabilidade, independente da filiação ou não à corrente que nega a existência das organizações criminosas. Isso porque as normas desses incisos se aplicam às quadrilhas ou bandos e às associações criminosas. Assim sendo, verifica-se que, ainda que se admita, por esforço acadêmico, que inexistem as organizações criminosas, podem a elas serem aplicadas as referidas normas, quando estas organizações puderem ser enquadradas nos tipos previstos para o bando ou quadrilha ou associação, isto é, nas hipóteses em que a conduta criminosa se amolda ao tipo previsto pelas Leis 2.889/56, 8.072/90 e 11.343/06 (associação) ou ao tipo previsto pelo art. 288, do Código Penal (quadrilha ou bando). Fora essas hipóteses, não poderá a Polícia Judiciária se utilizar dos atos investigatórios previsto pela Lei de Crime Organizado, em razão de ausência de previsão legal.

Assim, para efeito de utilização da interceptação ambiental, infiltração policial e quebra dos sigilos fiscal, bancário, financeiro e eleitoral, é irrelevante a defesa ou não da inexistência das organizações criminosas. O que se deve analisar é se estar-se diante de uma associação ou de uma quadrilha ou bando. Tratando-se de uma dessas entidades, tais atos investigatórios poderão ser utilizados pela Polícia Judiciária, desde que cabíveis e respeitadas as formalidades, tendo em vista que os atos investigatórios previsto pela Lei 9.034/95 devem ser utilizados excepcionalmente.

A par dessas considerações, *mister* se consignar a posição de Marcelo Mendroni (2002). Entende este autor ser mais interessante a não penalização pela associação de pessoas à formação de uma organização criminosa, mas sim pelas suas atividades, isto é, deve-se penalizar os integrantes das organizações criminosas pelos crimes cometidos, e não pelo fato de associar-se em organização criminosa (como no tipo de bando ou quadrilha). Desta forma, não haveria que se questionar acerca da lesão ao princípio da reserva legal, sendo lícito, pois, a investigação conforme às normas que tratam de apuração de atividades ligadas às organizações criminosas, cabendo ao juiz autorizar ou não o realização de certas medidas, como, v.g., quebra dos sigilos, ação controlada etc.

Isso mesmo. Para ele, não há que se falar, a rigor, que a disposições da Lei 9.034/95 afronta ao princípio da legalidade. Isso porque, embora ausente a definição de “organizações criminosas” em textos legais, não há um tipo penal que incrimine a conduta de se associar às organizações criminosas.

Além disso, a flexibilização de alguns direitos e garantias de investigados na fase pré-processual também não configuraria, de forma alguma, lesão à legalidade.

E isso porque, como cediço, os direitos fundamentais não são absolutos. Em certas situações, eles podem se confrontar, devendo o postulado da proporcionalidade definir o direito fundamental a prevalecer.

Assim, em se tratando de fortes suspeitas de práticas delituosas por organizações criminosas, forçoso concluir que prevalece o interesse público da coletividade em se apurar e investigar, tendo em vista os efeitos nefastos que tais entidades ocasionam à coletividade.

Desta forma, não se trataria de extirpar direito e garantia processual constitucional do réu, uma vez que, em se tratando de fase anterior à processual, não há que se falar em réu, mas sim em investigado.

À defesa deste posicionamento podem ser levantadas argumentações teleológicas sociais de diversas ordens. Senão, vejamos.

Como sói ocorrer, reconhece-se que o Direito Penal, ainda, carece de um estudo aprofundado, que defina com precisão as “organizações criminosas” ao ponto de encontrar os verdadeiros limites de atuação do Estado.

Entretanto, não se deve “cruzar os braços” e esperar a evolução científica acontecer para que, então, se tomem as medidas enérgicas e eficazes contra essa mal maior da sociedade contemporânea.

Como reflete Juary Silva (1980), já na década de 1980, o Direito Penal têm se mostrado incongruente, porque não atua de forma isonômica. É que, na microcriminalidade, avulta o caráter selecionador deste ramo jurídico, escapando-se a classe alta das “garras” da Justiça. É o que se deduz do *liebing approach*, em que as classes menos favorecidas têm seus direitos e garantias tolhidas e pra estas,

o Direito Penal é implacável.

De outra banda, em se tratando da macro criminalidade, em que figuram os altos escalões do poder e os grandes “empresários” do crime como autores, o que se observa é a impunidade aviltante, em que a atuação do Estado (polícia judiciária, precipuamente) é pífia, não acompanhando a sagacidade e grande mobilidade que apresentam as organizações criminosas em se furtar à aplicação da lei penal. Conforme atenta Silva (1980, p. 248), “os que se organizam para a prática de crimes, e sabem evitar os escolhos da lei, tornam-se macro criminosos, imunes quase que por definição às sanções penais”.

Decerto, o alto poder econômico apresentado por estas entidades é galopante e, com este, elas conseguem corromper os poderes estatais constituídos, destroem barreiras, utilizam-se de serviços de advogados muito bons a lhes patrocinarem à defesa, enfim, a força é irresistível. Consoante Eduardo Silva (2003, p.28),

um dos pontos mais característicos da criminalidade organizada é a acumulação de poder econômico de seus integrantes (...). Estima-se que envolvendo todas as modalidades de criminalidade organizada seja responsável por mais de ¼ (um quarto) do dinheiro em circulação em todo o mundo. Pesquisa realizada pelos jornais *The Los Angeles Times* e *O Estado de S. Paulo* revelou que as organizações criminosas transnacionais movimentam anualmente cerca de U\$ 850 bilhões, quantia superior ao PIB de uma série das sete nações mais ricas do mundo.

Data venia, essas argumentações não merecem prosperar.

Embora não haja um tipo penal incriminador que considere a conduta de associar-se a uma organização criminosa, assim como o tipo de quadrilha ou bando, forçoso é concluir que as modalidades de investigação trazidas pela Lei 9.034/95 implicam em restrições a direitos fundamentais (intimidade do investigado, por ex.). E, sendo assim, é inconcebível, em um Estado de Direito, que tais limitações a direitos fundamentais fiquem a cargo decisório da autoridade policial ou judiciária. Quem pode restringir os direitos fundamentais é o legislador através da lei, e tão-somente da lei!

Enquanto a legislação se omitir em dizer o que sejam as organizações criminosas, a norma inserta no art. 2º, II, da Lei 9.034/95, que trata da ação controlada, fica sem efeito, sob pena de se infringir o princípio da legalidade⁴.

Diversamente, a ação controla na modalidade *entrega vigiada* é plenamente eficaz, uma vez que a Lei 11.343/06, ao prever a entrega vigiada como um ato investigatório, limitou – dentre outras – a utilização da entrega vigiada pela Polícia Judiciária, quando for destinada à apuração de qualquer dos crimes previstos pela mesma Lei, não havendo nenhuma restrição quando à pessoa investigada. Sendo assim, é absolutamente irrelevante se a ação investigada através da entrega vigiada é relacionada a bando ou quadrilha ou associações ou organizações criminosas, podendo a entrega vigiada ser utilizada se apurar crime previsto na Lei 11.343/06 praticado por pessoa individual (ver, mais detalhadamente, o item 4.1).

A propósito, por que não se questiona a legalidade/constitucionalidade do tipo de quadrilha ou bando? Porque a lei prevê esse tipo penal. Não há o que discutir. Com efeito, o sujeito que se associa a três ou mais pessoas para o fim de cometer crimes está incurso no tipo de quadrilha ou bando.

Da mesma forma que a lei estabelece o conceito de quadrilha ou bando, no art. 288, do Código Penal, deve a lei estabelecer a definição de organização criminosa. Até porque, conforme prevê o art. 22, I, da Constituição Federal de 1.988, cabe privativamente à União Federal legislar sobre direito penal e processual penal. Em sendo assim, é perfeitamente lícito - e bem razoável - ao legislador federal, através de lei ordinária federal, tipificar e regular o procedimento criminal destinado às organizações criminosas, desde que as defina de modo claro, objetivo e preciso.

Sem dúvidas, o caminho mais plausível é o percorrido pelo legislador de 1998, quando tipificou, através da Lei 9.613, o crime de lavagem de dinheiro como sendo:

Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II – de terrorismo e seu financiamento;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

⁴ “O *princípio da legalidade* ou da reserva legal constitui uma *efetiva* limitação ao poder punitivo estatal. Embora constitua hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento constitui um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes de simples fachada formal de determinados Estados. Feuerbeck, no início do século XIX, consagrou o princípio da reserva legal através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado” (com palavras em itálico no original). (BITENCOURT, 2003, p.10).

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal).

Veja-se que o tipo penal da lavagem de dinheiro define, de forma precisa, qual a conduta que merece a sanção penal. A lei não se omitiu em dizer qual deva ser a procedência dos bens, direitos ou valores do sujeito para configurar o ilícito penal da lavagem de dinheiro. Pelo contrário, a Lei 9.613/98 listou os crimes que originam o valor pecuniário dissimulado, ou “lavado”.

Desta forma, é de se concluir que esse tipo penal se conforma com os princípios do Direito Penal, mormente o da legalidade, deferindo-se à sociedade a segurança jurídica tão aclamada, limitando os poderes Estatais em face aos direitos individuais constitucionais da pessoa humana, como deve ser.

À medida que a prática verificar, no entanto, novos casos de condutas que deveriam ser tratadas como de lavagem de dinheiro, surge um fato novo, devendo o legislador ampliar o rol dos crimes precedentes à lavagem de dinheiro.

É claro que não se nega a morosidade que poderá mediar entre o fato concreto e a alteração da lei. Com efeito, o direito vem após os fatos e, malgrado se diga que o Poder Legislativo não é tão eficiente, não se deve infirmar que esse é o preço que se paga para se viver num Estado democrático de Direito.

Nesse sentido, verifica-se que o projeto de lei (PL) nº 3.731/97, já tratado *retro*, está “no caminho certo”, ao prever o tipo penal de associar-se em organização criminosa, arrolando os crimes cometidos por ditas associações.

A nosso sentir, é neste sentido que o legislador brasileiro deve tratar a questão do crime organizado, isto é, arrolando os crimes praticados pelas organizações criminosas, pois aí, sim, se tem uma definição mais clara e precisa da conduta incriminada. Deve-se, pois, seguir os mesmos moldes da Lei 9.613/98.

Com o transcurso do tempo, uma vez verificando-se a defasagem da lei, esta deve ser alterada, para se conformar com a nova realidade. Isso tudo, para que se

mantenha a segurança jurídica e a observância ao princípio da legalidade, limitando-se a atuação do Estado à lei, para evitar o Estado Autoritário, ou Policialesco, como o Fascista.

Desta forma, é imprescindível que a lei estabeleça o conceito de organização criminosa, pois, enquanto não se estabelecer, por lei, um conceito sobre as organizações criminosas, as disposições da Lei 9.034/95 que se destinam tão-somente a elas ficam sem efeito.

Contudo, é provável que o PL nº 3.731/97, que contém uma definição mais precisa do que sejam as organizações criminosas, mais cedo ou mais tarde seja aprovado, fazendo com que os arts. 2º, inc. II (ação controlada); 4º (organização da polícia judiciária); 5º (identificação criminal); 6º (delação premiada); 7º (proibição de liberdade provisória); e 10º (progressão de regime) da Lei dos Crimes Organizados, que se referem tão somente às organizações criminosas, voltem a ter eficácia.

Quanto ao inciso II do art. 2º, especificamente, voltaria a ter ele eficácia, não só porque se haverá, com a eventual aprovação do PL nº 3.731/97, um conceito mais preciso e, realmente, “definido”, da organização criminosa, mais também porque o art. 2º, IV, do PL nº 3.731/95, ao tratar da ação controlada, não mais restringiu este ato investigatório tão-somente à apuração das atividades ligadas às organizações criminosas. A propósito, vejamos o que estabelece o art. 2º, IV, do PL 3.731/97:

Art. 2º Em qualquer fase da persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:
IV – a ação controlada;

Por outro lado, como já dito, ressalve-se que as disposições da Lei 9.034/95 destinadas à quadrilha ou bando e às associações de qualquer tipo apresentam eficácia.

É que o Código Penal conceitua quadrilha ou bando, em seu art. 288, como sendo “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”.

Já as Leis nºs 2.889/56 (Lei do Genocídio), 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e 11.343/06 (Lei de Drogas), apresentam conceitos claros e precisos de associações

criminosas. Vejamos:

Lei 2.889/52.

Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido:

Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a;

Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b;

Com as penas do art. 270, no caso da letra c;

Com as penas do art. 125, no caso da letra d;

Com as penas do art. 148, no caso da letra e;

Art. 2º Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior:

Pena: Metade da cominada aos crimes ali previstos” (grifo nosso).

Lei 11.343/06.

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Lei 8.072/90

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Quanto às associações previstas pelos artigos 16 e 24 da Lei nº 7.170/83 (Lei dos Crimes contra a Segurança Nacional), é dizer-se que, por trazerem conceitos abertos, imprecisos e porosos sobre o que realmente sejam associações criminosas que praticam crimes relacionados à segurança nacional, à ordem e pública e nacional, tais dispositivos não possuem eficácia. Senão, vejamos.

Assim tipifica o art. 16, da Lei nº 7.170/83:

Art. 16 - Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça.

Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.

Explica José Lafaieti Barbosa Tourinho, em relação à porosidade e imprecisão

desse tipo penal, que

Diferente do que sucede com o crime de quadrilha ou bando capitulado no art. 288 do Código penal, ou mesmo com outras associações tipificadas na legislação extravagante, o tipo penal em comento não faz qualquer alusão ao número mínimo de associados necessários para a configuração do crime, podendo dar ensejo à interpretação de que, em tese admitir-se-ia um mínimo de dois membros de dois membros a integrá-la. Por outro lado, trata-se de tipo por demais aberto, bastando dizer que a referência ao objetivo de “mudança de regime ou do Estado de Direito” é de tal forma abstrata que colidiria com a livre manifestação do pensamento (CF, art. 5º, inciso IV), liberdade de expressão de atividade intelectual (Magna Carta, art. 5º, IX) e até com o direito de associação (Lei Maior, art. 5º, incs. XVI, XVII, XVIII e XIX). (TOURINHO, 2003, p. 109-110)

Agora vejamos a imprecisão do art. 24, da mesma Lei dos Crimes contra a Segurança Nacional:

Art. 24 - Constituir, integrar ou manter organização ilegal de tipo militar, de qualquer forma ou natureza armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa.
Pena: reclusão de 2 a 8 anos.

Com a simples leitura desse dispositivo legal, verifica-se que, conforme atenta Lafaiete Tourinho, “uma vez mais, é o legislador pródigo em termos vagos, cabendo refletir acerca do alcance dos elementos objetivo, ‘organização de tipo militar de qualquer forma ou natureza’ e subjetivo especial do injusto, ‘finalidade combativa’.” (TOURINHO, 2003, p.111).

Sendo assim, entendemos que os incisos III, IV e V da Lei 9.034/95 não se aplicam às associações previstas pelos arts. 16 e 24, da Lei 7.170/83. O que pode ocorrer, entretanto, é que o “sujeito ativo” desses dois crimes possa ser enquadrado como incurso no tipo previsto pelo art. 288, do Código Penal, caso se associe a, no mínimo, três pessoas para o fim de cometer crimes. Mas, neste caso, trata-se de hipótese outra, que nada tenha a ver com os “tipos” previstos pelo arts. 16 e 24 da Lei 7.170/83.

Por outro lado, é bom que se destaquem as pertinentes críticas lançadas pela doutrina (PRADO; DOUGLAS e AVOLIO), no sentido de que o legislador ampliou em demasia a aplicação dos atos investigatórios previstos no art. 2º, da Lei 9.034/95 para a apuração de qualquer ilícito envolvendo quadrilha ou bando ou associação criminosa de qualquer tipo.

Verifica-se, pois, que o legislador pátrio, ao aparentemente retingir a

utilização da interceptação ambiental em relação aos ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações criminosas e associações criminosas de qualquer tipo, fê-lo de modo até mais amplo que na interceptação telefônica (proibida apenas em relação aos crimes punidos com detenção). Basta a configuração de uma quadrilha ou bando para ensejar a medida aplicável, em tese, a qualquer ilícito, já que a lei não fixou o conceito de “organizações criminosas”. Tal proceder legislativo, muito criticado pela doutrina, por ferir o princípio da proporcionalidade, ora estaria a merecer maior censura (AVOLIO, 2003, p.209).

Com isso, o legislador acabou por facilitar “a adoção dos mais rigorosos meios de prova, além das implicações concernentes ao próprio direito material, a crimes de escasso potencial lesivo” (PRADO; DOUGLAS, 1995, p.45).

Trata-se, pois, de mais uma falha da Lei 9.034/95.

Malgrado essa omissão legislativa, defendemos que os atos investigatórios previstos pela Lei de Crime Organizado não devem, de forma alguma, ser utilizados indiscriminadamente pela Polícia Judiciária quando na fase pré-processual de apuração de ilícitos ligados a associações e a quadrilhas ou bandos. Isso porque os atos investigatórios previstos no artigo segundo da mesma Lei são meios de apuração excepcionais, em razão de estarem em constante “choque” com direitos fundamentais (como o da intimidade). Assim sendo, essas medidas de investigação devem ser utilizadas tão-somente quando as mesmas forem realmente **adequadas, necessárias e proporcionais**⁵.

Deve-se, pois, ser observado o princípio da proporcionalidade, que “orienta a reserva do emprego de meios excepcionais de busca da prova a condutas criminosas consideradas graves” (SILVA, Eduardo; 2003, p.39).

5 A proporcionalidade como método de resolução das colisões possui três subprincípios (ou máximas parciais): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação significa a idoneidade do meio utilizado para a persecução do fim desejado. Segundo Gonzalez-Cuellar Serrano, a adequação exige um juízo de “funcionalidade”, para verificar se as medidas restritivas são aptas a atingir ou fomentar os fins que se perseguem. Necessidade significa a utilização entre as várias aptas, da mais benigna, mais suave ou menos restritiva. Segundo o referido autor, também é denominado “intervenção mínima”, “alternativa menos gravosa” e “de subsidiariedade”, implicando a necessidade de comparar as alternativas aptas e otimizar a menor lesão possível. Se o Estado, para realizar um princípio P1, possui à sua disposição as medidas M1 e M2, ambas adequadas para realizar P1, mas restritivas de um princípio concorrente P2, deve-se escolher a medida que menos restrinja o princípio P2; assim, se M1 restringe P2 mais que M2, então M1 não é necessária. Já a proporcionalidade em sentido estrito é o postulado da ponderação de interesses, propriamente dito. Esse procedimento de ponderação é denominado por Hesse como princípio da concordância prática que, junto com o da unidade da Constituição, deve orientar a compatibilização dos interesses em colisão mediante uma interpretação orientada ao problema concreto. A ordem de aplicação desses subprincípios é sucessiva, iniciando pela adequação e passando pela necessidade até a ponderação, de forma que, caso a medida restritiva reprovada em um desses parâmetros, não será necessária a aplicação dos demais (ÁVILA, 2007, p.17-18).

Isso porque nem sempre a quadrilha ou bando é formado para o cometimento de crimes graves! Quatro pessoas podem se reunir para praticar crimes de pequeno potencial ofensivo, por exemplo. Assim, nenhuma proporcionalidade haveria se os meios de investigação previstos na Lei 9.034/95 – ressalvada a ação controlada – fossem aplicados nesta última hipótese aventada. Já em relação à quadrilha ou bando formado para a prática de crimes graves, aí, sim, poderia haver proporcionalidade na utilização desses meios de investigação, conforme o caso. Observe-se, com isso, que o princípio da proporcionalidade vai funcionar como o orientador na correta aplicação das normas insertas nos incisos III, IV e V, do art. 2º, da Lei 9.034/95.

Sobre essa problemática, com sensatez, assim se manifestam Geraldo Prado e William Douglas:

Não cabe, contudo, entrar em luta corporal com a lei, sendo certo que ao não diferenciar entre as quadrilhas de bagatela e as organizações criminosas, em seu sentido corrente, o legislador autorizou o juiz a agir diante de uma e de outra do mesmo modo, devendo o julgador, em respeito ao princípio da razoabilidade, saber quando e como, de acordo com o caso concreto, haverá de aplicar as normas mais rigorosas (PRADO; DOUGLAS, 1995, p.50)

Dessa forma, incumbe ao Ministério Público, através do controle externo da atividade policial, e ao Juiz, através do controle judicial, exercerem o relevante papel de controle da persecução penal do Estado, velando-se, sempre, pela existência de um Estado Democrático de Direito, que respeite os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, e, desse modo, afaste todas as formas manifestas de um típico Estado Totalitário.

Neste contexto, observe-se que é, justamente, em razão do princípio da proporcionalidade (ou postulado da proporcionalidade, como quer Humberto Ávila), que se faz imprescindível, repita-se, a instituição de um conceito legal das organizações criminosas, tendo em vista que, em se tratando de direitos fundamentais, as leis os restringem devem ser quanto mais claras possíveis.

Nesse passo, o Projeto de Lei nº 3.731 pode ser visto como um avanço, pois traz um conceito mais preciso de organizações criminosas, eis que estabelece requisitos objetivos e mais precisos na sua definição. Assim, será organização criminosa a associação de três ou mais pessoas (veja-se que, aqui, há o número mínimo de

integrantes, como no tipo de quadrilha ou bando), por meio de entidade jurídica ou não, estruturada de forma estável (requisito da estabilidade desse grupo criminoso, ainda que não haja pessoa jurídica, como uma sociedade empresária), visando a obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza (elemento subjetivo do tipo), para a prática dos crimes arrolados por este PL (que são tipos penais fechados ou cerrados). Vejamos:

Art. 1º Considera-se organização criminosa a associação de três ou mais pessoas, por meio de entidade jurídica ou não, estruturada de forma estável, visando a obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, para a prática de:

I – tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou produtos que causam dependência física ou psíquica;

II – terrorismo e seu financiamento;

III – contrabando ou tráfico ilícito de armas, munições, explosivos, ou materiais destinados à sua produção;

IV – extorsão mediante seqüestro;

V – crime contra a Administração Pública;

VI – crime contra o sistema financeiro nacional;

VII – crime contra a ordem econômica e tributária;

VIII – exploração de jogos de azar cumulada com outros delitos;

IX – crime contra instituições financeiras, empresas de transporte de valores ou cargas e a receptação de bens ou produtos que constituam proveito auferido por esta prática criminosa;

X – lenocínio ou tráfico de mulheres;

XI – tráfico internacional de criança ou adolescente;

XII – lavagem de dinheiro, ocultação de bens, direitos e valores;

XIII – tráfico ilícito de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano;

XIV – homicídio qualificado;

XV – falsificação, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;

XVI – crime contra o meio ambiente e o patrimônio cultural;

XVII – outros crimes previstos em tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja parte (grifo nosso).

Observe, a propósito, que o PL nº 3.731 traz três típicos crimes de “colarinho branco”, quais sejam, os crimes contra a Administração Pública, os contra o sistema financeiro nacional e os crimes contra a ordem econômica e tributária.

Ainda sobre aplicabilidade da Lei 9.034/95, sobreleva consignar que os atos investigatórios previstos pela Lei 9.034/95, ressalvada a ação controlada, aplica-se, claro, aos grupos formados pelos criminosos de “colarinho branco”, toda vez que estes grupos puderem ser enquadrados como quadrilhas ou bando ou em algumas das associações criminosas pelas Leis nºs 2.889/56, 8.072/90 e 11.343/06 (Lei de Drogas).

Vale ressaltar que o ato investigatório da quebra dos sigilos bancário, fiscal e financeiro, previsto no inciso III do art. 5º da Lei 9.034/95 –, poderá ser aplicado também para se apurar ilícito praticado por pessoa que não faça parte de quadrilha ou bando e associações de qualquer tipo, conforme se verá (capítulo 6).

4 AÇÃO CONTROLADA

4.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO CONTROLADA (AÇÃO CONTROLADA *STRICTU SENSU* E ENTREGA VIGIADA)

A ação controlada se apresenta como um dos atos investigatórios previstos na Lei nº 9.034/95, que define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo (art. 1º).

Estabelece o parágrafo segundo do artigo segundo da Lei 9.034/95 que a ação controlada

consiste em retardar a intervenção policial do que se supõe ação praticada por organização criminosa ou a esta vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

Como cediço, por força do art. 301 do Código de processo Penal, as autoridades policiais e seus agentes têm o dever de “prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” **imediatamente**, sob pena de falta grave, podendo a autoridade policial ou seu agente incorrer em crime, como, v.g, o de prevaricação. Com efeito, até a Lei 9.034/95, “não havia nenhuma possibilidade legal de retardamento ou prorrogação do flagrante. A atuação tinha que ser imediata” (GOMES, 1997, grifo no original).

Com a edição deste diploma legal, deferiu-se à Polícia, mais precisamente ao Delegado de Polícia, a faculdade de retardar ou prorrogar a efetuação da prisão em flagrante, como uma forma de estratégia policial, com a finalidade de monitorar as atividades de organizações criminosas, como, por exemplo, através de infiltração de policiais, interceptação ambiental ou telefônica, quebra de sigilo fiscal, bancário etc., a fim de obter uma maior eficácia na coleta de provas, possibilitando-se a responsabilização criminal de uma quantidade maior de infratores da organização criminosa ou até mesmo de componentes de hierarquia maior na organização. Nesse sentido, assim expõe Eduardo Silva:

A prática tem demonstrado que muitas vezes é estrategicamente mais vantajoso evitar a prisão, num primeiro momento, de integrantes menos influentes de uma organização criminosa, para monitorar suas ações e

possibilitar a prisão de um número maior de integrantes ou mesmo a obtenção de prova em relação a seus superiores na hierarquia da associação, que dificilmente se expõem em práticas delituosas. Daí por que é cada vez mais comum, em investigações criminais relacionadas ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, tolerar-se que agentes policiais não efetuem desde logo a prisão dos pequenos traficantes, para possibilitar a prisão do fornecedor do entorpecente ou mesmo do financiador do comércio ilícito.

Daí se elencar, em doutrina, o flagrante retardado ou prorrogado ou diferido (GOMES, 1997), como uma modalidade de prisão em flagrante - possibilitado pela ação controlada - ao lado do flagrante esperado e preparado. Entretanto, não se deve confundi-los.

No flagrante esperado a intervenção da autoridade sem nenhuma vigilância permanente; a situação de flagrante não é duradoura e a prisão tem que acontecer imediatamente, diante da situação de flagrância. No flagrante prorrogado a situação de flagrância é permanente (duradoura) e a vigilância policial também é duradoura. Ele só aguarda o momento mais oportuno para realizar a captura. Em suma: no flagrante esperado a autoridade não pode prorrogar a captura, já no flagrante prorrogado a autoridade pode esperar o momento certo para a intervenção. Tampouco pode-se confundir o flagrante prorrogado com o preparado, que é regido pela Súmula 145: neste o sujeito é induzido ardilosamente a praticar o delito; naquele não existe esse induzimento ardiloso.

Conforme a Lei 9.034/95, a ação controlada só deve ser utilizada quando se tratar de atividade que se supõe ser praticada por organização criminosa, ou seja a ela vinculada, sendo inaplicável, portanto, quando se tratar de atividades ligadas às quadrilhas ou bandos e às associações, além dos demais delitos que não envolvam associação de sujeitos infratores.

Observe-se que pelo teor do artigo 2º, II, da Lei 9.034/95, o monitoramento da atividade ilícita será possível quando tal ação “se supõe” como sendo “praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado” (sic).

Entretanto, não se deve interpretar o dispositivo de forma meramente literal, sob pena de se atentar contra o Estado Democrático de Direito, que tem como princípio basilar o da legalidade, a fim de se evitar abusos e arbitrariedade do Poder Constituído.

Com efeito, só é lícito à Polícia Judiciária lançar mão da ação controlada, se ela apresentar fortes indícios de que a atividade que se quer monitorar seja praticada por ditas organizações criminosas.

Daí a importância de haver um conceito das intituladas “organizações criminosas”, para que eventuais direitos fundamentais não sejam sacrificados a arbítrio da autoridade policial ou judicial.

Não é suficiente, pois, meras suspeitas de que certas atividades delituosas estejam sendo perpetradas por organizações criminosas para que a autoridade policial possa decidir pela aplicação da medida.

Pensar o reverso seria desnaturar o instituto, pois avultaria o alto risco de, na prática, a ação controlada ser utilizada indiscriminadamente pela Polícia. Ademais, estaria a lei suscetível a ser utilizada como “válvula de escape” para se legitimar atos ilegais ou até criminosos por parte de policiais.

Certamente, não é isso que a lei objetiva.

Aliás, deve-se atentar que a ação controlada trata-se de medida excepcional, só devendo ser utilizada em casos restritos, uma vez que, como propugna o art. 301, do Código de Processo Penal, a efetuação da prisão em flagrante é regra, e não exceção.

Logo, não basta uma ‘mera suposição’ de ação praticada por organizações criminosas para justificá-la. Mais que simples e mera ‘suposição’ (que é algo absolutamente subjetivo), é evidente que a autoridade policial só pode decidir pela prorrogação do flagrante quando já conta com evidentes indícios de organização criminosa. A não prevalecer essa interpretação, toda e qualquer prevaricação da autoridade policial concernente ao flagrante poderá ficar impune: basta que seja ‘alegado’ que houve ‘suposição’ de organização criminosa (GOMES, 1997, p. 118-119).

Além disso, a Lei dos Crimes Organizados estabelece outros requisitos objetivos para o exercício da ação controlada pelos policiais. Por ela, o retardamento da intervenção policial só é possível, desde que a atividade criminosa seja mantida sob observação e acompanhamento para que a intervenção policial “se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações” (art.2º, II, in fine, da Lei 9.034/95).

Já a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) estabelece ser possível o monitoramento e acompanhamento de vigilância sobre “os portadores de drogas, seus percussores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro”, quando se tratar de crime previsto nesta lei (art. 53, *caput*), sem

fazer restrições acerca da qualidade do investigado. Assim, veio a Lei de Drogas estabelecer mais uma possibilidade de diferimento da prisão em flagrante. Desta vez, quando se tratar de apuração de crime de tráfico ou outro qualquer previsto pela Lei 11.343/06.

Permite-se, por exemplo, que não se prenda os agentes desde logo, ainda que em estado de flagrância, quando há possibilidade de que o diferimento da medida possa ensejar uma situação ainda melhor do ponto de vista repressivo. Exemplo: a Polícia monitora um porto à espera da chegada de um grande carregamento de cocaína, quando, em determinado momento, atraca um pequeno bote com dois dos integrantes da quadrilha ou bando (já conhecidos) portando um saco plástico transparente contendo um pó branco, a indicar ser cocaína. Pois bem: os agentes policiais, ao invés de efetuarem a prisão em flagrante, pois há um crime visto, procrastinam o ato, esperando que a "grande carga" seja desembarcada em um navio que se sabe virá dentro em breve. É o chamado flagrante diferido (MOREIRA, 2003)

Esta hipótese, prevista pela Lei 11.343/06, é o que a doutrina denomina de "entrega vigiada". Note-se que essa possibilidade de monitorar o deslocamento de drogas, retardando-se a prisão em flagrante, já era possível, desde sua previsão pela extinta Lei 10.217/01 (Lei de Tóxicos), que foi revogada pela Lei 11.343/06.

Nesse passo, é conveniente esclarecer se a entrega vigiada, prevista pela Lei 11.343/06 e a ação controlada, prevista pela Lei 9.034/95, são atos investigatórios distintos ou não.

Para Mariângela Lopes Neistein e Luiz Rascovski, não se deve confundir a entrega vigiada com a ação controlada. E isso porque a

ação controlada é utilizada para a investigação de todo e qualquer crime que praticado por organizações criminosas. Ao contrário, a entrega vigiada, conforme salientado, é um meio de investigação típico do crime de tráfico internacional de entorpecentes, em que é autorizada o controle do tráfego de drogas que circulem dentro ou fora do país (2005, p.03).

Já para Rodrigo Carneiro Gomes (2006),

A **ação controlada** e a **entrega vigiada** são terminologias diversas, embora usadas indistintamente, talvez porque ambas tenham idêntico objetivo: maior eficácia probatória e repressiva na medida em que possibilitam a identificação do maior número de integrantes de uma quadrilha ou organização criminosa. O conceito de **ação controlada** é mais amplo, pois permite o controle e vigilância (observação e acompanhamento, no texto legal) de qualquer ação criminosa e não apenas a entrega vigiada de entorpecentes (no caso da Convenção de Viena) e de armas^[03] (no caso da Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo). Pode-se considerar, assim, que a entrega vigiada é uma das modalidades de ação controlada (grifos no original).

A par desses entendimentos, o que se deve verificar é que, a rigor, a ação controlada é ato investigatório mais amplo, que compreende a entrega vigiada.

É que a ação controlada é a possibilidade, dada por lei, de se retardar a intervenção policial, diferindo-se a efetuação da prisão em flagrante, para que, exercendo-se um monitoramento e uma vigilância sobre a atividade delituosa, se consiga obter maiores elementos de provas, melhorando a eficácia policial.

Por sua vez, a entrega vigiada, é possibilidade, também dada por lei, de se retardar a atuação policial, prolatando-se o momento da efetuação da prisão em flagrante, para que a autoridade policial possa estabelecer uma vigilância sobre a circulação de drogas no território nacional, com o escopo de “identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 53, II, in fine, da Lei 11.343/06).

A entrega vigiada é a técnica consistente em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas de entorpecentes ou outras substâncias proibidas circulem pelo território nacional, bem como dele saiam ou nele ingressem, sem interferência impeditiva da autoridade ou seus agentes, mas sob sua vigilância. Tudo com o fim de descobrir ou identificar as pessoas envolvidas no cometimento de algum delito referente ao tráfico dessas drogas, bem como prestar auxílio a autoridades estrangeiras nesses mesmos fins” (NEISTEIN; RASCOVSKI, 2005).

Desta forma, observe-se que a entrega vigiada se encaixa perfeitamente no conceito de ação controlada, sendo, pois, uma modalidade de ação controlada.

Deve-se, outrossim, frisar que a ação controlada, prevista na Lei 9.034/95, seria uma ação controlada *strictu sensu*, uma vez que essa Lei restringe a aplicação desta medida às organizações criminosas, enquanto a Lei 11.343/06 não faz restrição deste jaez, como já explicado.

A entrega vigiada é ato investigatório destinado, precipuamente, a auxiliar a autoridade policial no “combate” ao narcotráfico, tendo sido contemplada nas legislações da Espanha, Itália, Alemanha, Argentina e do Brasil, através da Lei 11.343/06. Esse meio excepcional de investigação foi previsto pela Convenção de Viena, embora já tenha sido apresentado no Convênio de Schengen, de 14 de junho de 1985.

O artigo 11, da Convenção de Viena, de 20 de dezembro de 1988, criada com a finalidade de combater o tráfico ilícito de drogas, dispõe

expressamente sobre a entrega vigiada: “1 – Se os princípios fundamentais dos respectivos ordenamentos jurídicos internos o permitirem, as Partes adotarão medidas necessárias, dentro de suas possibilidades, para que se possa recorrer, de forma adequada, no plano internacional, à entrega vigiada, com base nos acordos e ajustes mutuamente negociados, com a finalidade de descobrir as pessoas implicadas em delitos estabelecidos de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 3 e de encetar ações legais contra estes. 2 - As decisões de recorrer à entrega vigiada serão adotadas, caso a caso, e poderão, quando necessário, levar em conta ajustes financeiros e entendimentos relativos ao exercício de sua competência pelas Partes interessadas. 3 – As remessas ilícitas, cuja entrega vigiada tenha sido negociada poderão, com o consentimento das Partes interessadas, ser interceptadas e autorizadas a prosseguir intactas ou tendo sido retirado ou subtraído, total ou parcialmente, os entorpecentes ou substâncias psicotrópicas que continham”. Assim, pela Convenção de Viena, são requisitos caracterizadores da entrega vigiada: 1. necessidade de expressa previsão nas legislações internas; 2. existência de acordos internacionais que permitam a vigilância entre diversos países; 3. finalidade de descobrir pessoas e provas envolvidas na prática do delito de tráfico internacional de entorpecentes e coletar provas; 4. as decisões que autorizarem a entrega vigiada devem ser analisadas de acordo com cada caso em concreto” (NEISTEIN; RASCOVSKI, 2005).

Observe-se, assim, que a Convenção de Viena, realizada em 1988, buscou uma cooperação entre os Estados signatários, visando uma maior efetividade na persecução penal do tráfico internacional de drogas, sob pena de se inviabilizar a medida investigativa. Nesse sentido, assim se pronuncia Salienta Delgado, citado por NEISTEIN e RASCOVSKI: “*ya que si el país de destino no persigue penalmente a los destinatários de la remesa, no tiene sentido que los estupefacientes salgan del país de origem*” (2005, p.03).

4.2 AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

A priori, cabe ressaltar que, embora apenas as normas referentes à ação controlada na modalidade entrega vigiada sejam juridicamente eficazes – em razão das considerações *supra* – entendemos que a ação controlada prevista pela Lei 9.034/95 também deva ser analisada, ainda que no âmbito acadêmico, à vista que, com a eventual instituição de um conceito legal de organizações criminosas ou com a eventual supressão do termo “do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado” do inciso II do art. 2º da Lei de Crime Organizado, voltará este dispositivo a ter eficácia.

No tocante à autorização judicial, enquanto a Lei 11.343/06 previu ser a mesma

imprescindível para, ouvido o Ministério Público, ser possível a utilização da entrega vigiada, a Lei 9.034 ficou inerte, não exigindo a autorização judicial para o uso deste ato investigatório.

Para Marcelo Mendroni (2002) a autorização judicial sempre será necessária para o início da ação controlada, sob pena de haver “ação descontrolada”, além de possibilitar arguciosamente ao agente policial a excludente de antijuridicidade do estrito cumprimento do dever legal para se afastar de eventual responsabilização criminal.

Em caso de não comunicação prévia acompanhada da autorização, a ação controlada estaria vedada pelo policial e a sua eventual participação/atuação em organização criminosa não terá, até prova em contrário, o possível acobertamento da excludente de antijuridicidade, o estrito cumprimento do dever legal.

Conduto, tal posicionamento não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque é lícito à lei criar uma exceção à regra. Se a Lei 9.034/95 instituiu a figura da ação controlada, não exigindo como condicionante à atuação policial a autorização judicial, forçoso concluir que o flagrante diferido, como exceção à regra do CPP de que a prisão em flagrante deve ser efetuada imediatamente, pode ser utilizado como medida investigatória pela autoridade policial, prescindindo-se, para isso, de autorização judicial.

Sendo assim, não se pode exigir a chancela judicial para a deflagração da ação controlada, assim como ocorre na ação controlada para a apuração de crime previsto na Lei 11.343/06, pois, neste caso, a própria lei prevê, expressamente, ser imprescindível a autorização judicial, além da oitiva anterior do MP, ao contrário da Lei 9034/95, que não exige.

A falta de exigência da autorização judicial trata-se, em verdade, de mais uma falha da Lei 9.034/90.

Se por um lado, a Lei 9.034/95 atendeu a necessidade de prever a ação controlada como ato investigatório, destinado à produção de provas, servindo para salvaguardar, ou melhor, “legalizar” as condutas da autoridade policial nesse sentido, por outro ampliou o poder policial, sem que se estabelecesse um controle a ser exercido pelo Juiz ou MP. E essa tamanha responsabilidade a cargo da Polícia,

acaba que por se voltar contra ela própria.

É que a ausência de controle no que tange à investigação por meio da ação controlada, como sustentado por Mendroni (2002), dá margem à alegação de excludente de antijuridicidade por parte de policiais envolvidos com às atividades ligadas às organizações criminosas. Assim, “fácil seria a sua argumentação de utilização da ação controlada - decorrente de decisão tomada por conta própria, e com isto poderia ter a sua responsabilidade penal afastada” (MENDRONI, 2002, p. 65).

Ademais, eventual desaparecimento do estado de flagrância do sujeito investigado “pode dar ensejo a muitas suspeitas (embora muitas vezes infundada) contra a autoridade policial” (GOMES, 1997, p.118).

O que se deve ter em mente é que, embora seja um instrumento eficaz de investigação, a ação controlada infringe direitos fundamentais, como a intimidade, privacidade etc. E, justamente em razão do confronto de direitos fundamentais, que será resolvido pelo postulado da proporcionalidade, é que a autorização do juiz ou do MP serviria para, utilizando-se a expressão de Luiz Flávio Gomes, “filtrar” a violência estatal. A ausência de controle é “campo aberto” para o incremento do abuso de poder e do autoritarismo policial. É permitir que o Estado Poliscialesco, da Lei e Ordem predomine sobre o Estado Democrático de Direito e do Garantismo Penal.

Ninguém é contra que a polícia tenha as suas atividades ampliadas, porque é dela que depende em grande parte o bom funcionamento do controle social. Mas o Poder Político, na medida em que lhe dá poderes, deve ao mesmo tempo estabelecer freios e controles. Nenhuma polícia do mundo pode agir sem controle, porque muitas vezes ela é expressão nua e crua do autoritarismo. O Ministério Público e o juiz, especialmente este, sempre devem funcionar como ‘filtros’ da violência estatal. Nunca impedirão a violência, mas possuem o indeclinável dever constitucional de controlá-la, de restringi-la, a limites mínimos, de equilibrá-la (GOMES, 1997, p. 118).

Com efeito, o juiz, como “senhor da legalidade” que é, ou o Ministério Público, seguindo a tendência hodierna do Direito Penal, mormente o italiano, tem a missão de decidir pela prevalência da legalidade e, lançando mão do postulado da proporcionalidade, deve verificar, no caso concreto, qual dos direitos fundamentais deve ser garantido, se o da intimidade do indiciado ou o da paz social.

Em consonância ao ordenamento jurídico pátrio, é o juiz a autoridade que deve verificar a idoneidade, necessidade e proporcionalidade da aplicação da ação controlada. É que a Constituição Federal de 1988 incumbiu ao juiz a competência de corrigir ilegalidades, cabendo ao Ministério Público levar ao conhecimento desta autoridade eventuais abusos por parte da Polícia Judiciária.

Questão interessante é a tocante aos casos em que há urgência de atuação policial, em que a autorização judicial para a utilização da ação controlada, em razão do tempo dependido para deferi-la, tornaria inviável a aplicação da medida.

No Brasil, assim como na Espanha, não cabe à autoridade judicial, mas sim à autoridade policial decidir sobre a aplicação da ação controlada *strictu sensu* (prevista pela Lei 9.034/95), havendo urgência ou não. Quanto à entrega vigiada, será necessária, sempre, a prévia autorização judicial para a utilização dessa medida investigatória, ainda que haja urgência. Em Portugal, nos casos de urgência, haverá uma “prorrogação de competência”. Na Itália, a lei exige imediato aviso à autoridade judicial no prazo de 48 horas.

Una vez más, debe reprocharse que el art. 263 bis permita a los mandos policiales autorizar una operación de entrega vigilada en todos los supuestos, sin haber limitado la facultad de intervención a los casos de urgencia, que impidan recabar autorización del Juez de Instrucción, máxime cuando incluso, bajo la existencia de un proceso penal los mandos policiales tiene facultades autorizantes. Por el contrario, en la regulación portuguesa existe un acotamiento de la competencia de la Policía Judicial por razones de urgencia. (...) la legislación italiana limita la posibilidad de autorización por las fuerzas policiales a los supuestos de urgencia, dando inmediato aviso, en un plazo de 48 horas, a la autoridad judicial (FONSECA-HERRERO, 2004, p. 328).

Em havendo “prorrogação de competência” para o Delegado de Polícia, nos casos de urgência, como prevê a legislação portuguesa, refaz-se a essa sistemática as críticas *supra*, referentes à falta de controle da atividade policial pelo Juiz ou MP.

Sem dúvidas, o mais pertinente é a lei estabelecer um prazo para que a autoridade policial comunique a utilização da ação controlada nos casos de urgência à autoridade judicial, a fim de que ela ratifique ou não a medida, como disciplina a legislação italiana.

No tocante à entrega vigiada, infelizmente, o que se verifica é que a Lei 11.343/06, ao estabelecer que a concessão da medida da entrega vigiada dependerá, **além da**

prévia oitiva do MP, de autorização judicial, **desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito, ou de colaboradores**, acabou burocratizando essa medida investigatória. Isso porque a Lei 11.343/06 simplesmente silencia quanto aos casos em que há urgência para a utilização da medida. E ante a omissão legal, não cabe ao intérprete ou aplicador do direito ampliar as hipóteses da lei. Sendo assim, se houver urgência para ser utilizada a entrega vigiada, acaso a autoridade policial proceda à realização do ato investigatório sem a prévia autorização judicial, sob o argumento da extrema urgência na utilização da medida, a prova resultante dessa medida será ilícita, em razão da ausência de prévia autorização judicial.

Tal se dá em razão de não caber ao juiz “homologar” a entrega vigiada que já foi realizada pela Polícia Judiciária. Isso porque a autorização judicial tem de ser, necessariamente, prévia à realização do ato. Não existe autorização judicial “*a posteriori*”.

Assim, se, por exemplo, a Polícia Judiciária descobre que um determinado carregamento de drogas ocorrerá em um determinado lugar, daqui a um, dois ou três dias, a utilização da entrega vigiada ficará comprometida, ante o engessamento que a Lei 11.343/06 imprimiu a essa medida investigatória, nos casos de urgência.

Assim, entendemos que deve haver a criação de uma lei que defina as “organizações criminosas” a fim de que a norma da Lei 9.034/95, que prevê a ação controlada, volte a ter eficácia, assim como deve haver uma disciplina legal sobre as hipóteses em que haverá urgência na utilização da entrega vigiada pela polícia. A solução encontrada pela Itália nos parece plausível.

4.3 AUSÊNCIA DE LIMITE TEMPORAL MÁXIMO

As Leis 9.034/90 e 11.343/06 omitiram-se em estabelecer um prazo máximo de duração da utilização do ato investigatório da ação controlada pela Polícia Judiciária.

Segundo Marcelo Mendroni,

dispensando a Lei esta autorização judicial, defere-se a sua prática como

estratégia de investigação. Mas tornar essa atividade policial isenta de qualquer controle seria torná-la facilmente sujeita a menor grau de valoração probatória. Recomenda-se, nesse passo, seja a atuação previamente acertada e detalhadamente comunicada ao Ministério público ou mesmo ao Juiz, informando-se ao menos a data de início e os nomes dos policiais participantes (MENDRONI, 2002, p.69).

Como a lei não exige autorização judicial para o início deflagrador da ação controlada, nem para o seu fim, não seria razoável ao intérprete e aplicador da norma exigir o que a lei não exige.

Nesse contexto, para solucionar a *questio*, deve-se utilizar da hermenêutica sistemática e teleológica, para considerar que a ação controlada deve durar o tempo necessário à sua finalidade, qual seja, a de obter mais elementos de prova.

Embora não seja prevista na lei uma limitação temporal para a diligência de acompanhamento das atividades ilícitas, sua paralisação deve ocorrer quando já satisfeita a “formação de provas” ou o “fornecimento de informações”, como preconizado na parte final do art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.034/90 (SILVA, 2003, p.95).

O termo inicial e final da ação controlada fica a cargo da discricionariedade da autoridade policial, desde que adstrita aos limites legais, isto é, desde que a duração da medida investigativa não venha a se tornar arbitrária ou abusiva.

O momento mais eficaz da intervenção é requisito normativo. Depende de um juízo de valor que será feito pela autoridade. Tampouco pode ser uma estratégia indefinida no tempo. A lógica do razoável (embora sua essência não seja fácil de ser captada) deve prevalecer em cada caso concreto.

Com efeito, a omissão em prever um limite temporal à permanência da ação controlada representa mais uma falha da Lei 9.034/90, podendo servir de brecha à atuação ilícita de policiais envolvidos com as organizações criminosas, retardando o seu dever de ofício, isto é, repressivo *ad infinitum*. Nesse sentido, o juiz Roberval C. Belinati, citado por Luiz Flávio Gomes, assim expõe:

A lacuna temporal temporal máxima “é extremamente perigosa, porque pode incentivar a prática de crimes de abuso de autoridade, prevaricação, corrupção passiva e concussão. Pode ainda contribuir para a impunidade de criminosas que, com certeza fugirão do distrito da culpa se tomarem conhecimento de que são sendo investigados” (GOMES, 1997, p. 111).

A nosso sentir, o legislador deveria ter estabelecido o requisito da autorização judicial para a utilização da ação controlada prevista na Lei 9.034/95, salvo nas

hipóteses em que houver urgência na utilização da medida.

Entendemos, também, que cabe ao Juiz estabelecer um prazo. Um ato investigatório não pode ter duração indeterminada.

4.4 CONSEQÜÊNCIAS DA FRUSTRAÇÃO DA AÇÃO CONTROLADA

Quais serão as conseqüências advindas à autoridade policial se a situação de flagrância desaparece? E se o investigado consegue se livrar da persecução criminal? E se a vigilância for deficiente, a ponto de permitir a consumação do delito pelo investigado?

Nos casos em que os agentes policiais estão envolvidos com as organizações criminosas, não resta dúvida que se trata de participação ou (co)autoria dos delitos cometidos por tais associações, uma vez agindo com dolo.

E se a operação investigatória restar frustrada por deficiência da vigilância policial, implicando na fuga dos investigados?

Neste caso, devem ser analisadas duas situações.

Se a autoridade policial agiu com necessária diligência e, não obstante, o investigado venha a ter conhecimento de que está sendo investigado e empreende a fuga, não há que se falar em responsabilização da autoridade policial.

Se, entretanto, a autoridade policial foi negligente, ela deverá responder administrativamente, sem prejuízo de eventual ação penal, se cabível, *in casu*, isto é, se preenchidas as condições da ação penal. Por exemplo, se a autoridade policial agiu com má-fé, ou seja, com dolo, ela poderá responder por prevaricação.

Se o monitoramento das atividades ligadas às organizações - se se tratar de ação controlada - ou à qualquer associação ou pessoa - se se tratar de entrega vigiada - for deficiente, culminando com a consumação dos delito pelo(s) investigado(s), também há duas situações a serem analisadas.

Se a autoridade não exitou em realizar todas as ações que estiveram a seu alcance,

ocorrendo a consumação do delito por fato imprevisível, indene de responsabilização estará a autoridade policial.

É que poder-dever de agir da autoridade policial, no caso concreto, restou excluído pelo caso fortuito. Pondera Geraldo Prado e Willian Douglas, que a lei aceitou a possibilidade deste risco.

O poder agir para evitar o resultado, baseado na ciência de todas as circunstâncias, ficou excluído pelo fortuito, imprevisível. Cremos seja este o risco que a lei aceitou correr, operando-se, desse modo, a mesma hipótese alvitrada pela doutrina pátria (PRADO; DOUGLAS, 1995, p. 52).

Contudo, se houver negligência por parte da autoridade policial, consumando-se o delito, havendo omissão do Delegado ou de seus agentes, em que pese, nas circunstâncias concretas, ter ele a possibilidade de evitar a consumação do crime, poderá ele(s) responder(em) por crime culposos, se a lei prever, para o caso, crime na modalidade culposa. É que os a autoridade policial e os seus agentes têm, por força de lei, o dever de evitar o resultado do crime, se podia evitar e não o fez.

Se a deficiência da ação controlada implicar o desaparecimento do estado de flagrância do investigado, não poderá mais a autoridade policial prendê-lo em flagrante, sob pena de incorrer em ato ilegal.

Nesta hipótese, poderá caber a prisão preventiva ou temporária, a depender do caso concreto, devendo a prisão ser efetuada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária (art. 5º, LXI, da CF/88).

Se a autoridade policial agiu com imprudência, poderá vir a responder por prevaricação, tão-somente se agir com o fim exigido pelo tipo de prevaricação, qual seja, agir movido por sentimento de satisfação pessoal.

É oportuno consignar que, antes da previsão legal da ação controlada, pela Lei 9.034/90, havia, segundo Luiz Flávio Gomes (1997), prática policial reiterada em retardar a intervenção policial, visando maior formação de provas.

Trata-se, por óbvio, de atos ilegais, que deverá ser solucionado pelo Direito Penal. Nesse sentido, cabem as observações feitas *retro* acerca da presença ou não do fim especial de agir do agente, exigido pelo tipo penal da prevaricação.

5 INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL

A interceptação ambiental é ato investigatório previsto no inciso IV do artigo do 2º da Lei 9.034/95 - acrescentado pela Lei 10.217/01 - que dispõe, *in verbis*:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial.

A interceptação ambiental consiste na captação de sons ou imagens, feita por terceira pessoa, de duas ou mais pessoas, sem que estas saibam que estão sendo monitoradas ou vigiadas.

Entende-se por interceptação ambiental ou interceptação entre presentes a captação subreceptícia da conversa entre presentes, quando efetuada por um terceiro, dentro do ambiente em que se situam os interlocutores, com o desconhecimento destes (WENZEL, 2007)

A interceptação ambiental se apresenta, hodiernamente, como uma relevante e eficaz medida investigatória, sendo utilizada, dentre outros países, pela Itália, França, Alemanha, Estados Unidos, possibilitando a obtenção de elementos probatórios suficientes, em muitos casos, para a responsabilização criminal de infratores (SILVA, 2003). Com esse ato investigatório,

procurou-se, pois, ampliar a noção de interceptação ambiental, até então entendida pela doutrina nacional como “a captação clandestina de conversa, por terceiro ou por um dos interlocutores, no próprio ambiente em que ela se desenvolve”. Pelo texto legal, poderão os agentes de polícia, mediante prévia autorização judicial, instalar aparelhos de gravação de som e imagem em ambientes fechados (residências, locais de trabalho, estabelecimentos prisionais etc.) ou abertos (ruas, praças, jardins públicos etc.), com a finalidade de gravar não apenas os diálogos travados entre os investigados (sinais acústicos), mas também de filmar as condutas por eles desenvolvidas (sinais ópticos). Ainda poderão os policiais registrar sinais emitidos pelos aparelhos de comunicação, como rádios transmissores, sinais eletromagnéticos), que tecnicamente não se enquadram no conceito de comunicação telefônica, informática ou telemática (SILVA, 2003, p.103-104).

Sobre a interceptação ambiental, Dr. Paulo Gomes, Promotor de Justiça e chefe do Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas e de Investigações Criminais (GAECO) - órgão do Ministério Público, responsável por investigar os crimes organizados e os crimes de maior complexidade – informa:

Nós utilizamos a interceptação ambiental, também mediante prévia

autorização judicial, porque em algumas investigações, elas facilitam muito o nosso trabalho. É um ato investigatório muito eficiente. (...) As escutas ambientais são as meninas dos olhos nossos...” (GOMES, Paulo; 2007).

5.1 DISTINÇÕES ENTRE INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL, ESCUTA AMBIENTAL E GRAVAÇÃO AMBIENTAL

Oportuno esclarecer que a interceptação ambiental não se confunde com escuta ambiental, nem com gravação ambiental.

Na interceptação ambiental, vale reiterar, terceira pessoa capta sons ou imagens produzidas por duas ou mais pessoas, sem que elas saibam da atuação dessa terceira pessoa.

Na escuta ambiental, terceira pessoa capta sons ou imagens provenientes de duas ou mais pessoas, tendo uma delas conhecimento da atitude do interceptante.

Na gravação ambiental, a captação de sons ou imagens é feita por uma pessoa, sem que a outra pessoa comunicante saiba do seu intento.

Vale frisar que isso tudo se aplica à interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação telefônica, com a ressalva de que, nestes casos, o que há é uma comunicação realizada através do telefone.

Por outro lado, interceptação, escuta e gravação ambiental têm praticamente os mesmos conceitos já expostos, com a peculiaridade de se referirem a conversa não telefônica (conversa pessoal). Desse modo, interceptação ambiental é a realizada por terceiro, sem o conhecimento dos comunicadores; escuta ambiental realiza-se quando a captação da conversa não telefônica é feita por terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores e, por último, a gravação ambiental ocorre quando a captação da conversa telefônica é efetuada por um dos comunicadores (SANTOS, 2007).

Interceptar, segundo Marcelo Mendroni, “significa ‘interromper no seu curso’, ‘cortar’. Deve-se entender portanto o termo como – interferência na trajetória, um elemento externo interferindo em trajetória pré-estabelecida” (MENDRONI, 2002, p.91-92). Daí dizer-se que, na interceptação, necessariamente haverá uma terceira pessoa que participará da violação à intimidade, que poderá ser lícita ou não, conforme se verá oportunamente.

Observe-se que tanto na interceptação ambiental, quanto na escuta ambiental, há a figura do terceiro, que realiza a captação de sons ou imagens, enquanto na gravação inexistente um terceiro, eis que a captação ocorre entre presentes (na gravação, inclusive, pode haver até mais de duas pessoas, desde que tal ato tenha a sua ocorrência circunscrita às pessoas presentes).

Sendo assim, verifica-se, facilmente, pela própria significação de seu vocábulo, que a interceptação ambiental abrange, tão-somente, a interceptação ambiental *strictu sensu* e a escuta ambiental.

5.2 CONSTITUCIONALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL

Entende Eduardo Araújo da Silva que a interceptação ambiental se afigura como medida inconstitucional, sob o argumento de que o art. 5º, XII, da CF/88, “apenas admitiu excepcionalmente a violação das comunicações telefônicas por ordem judicial, na forma da lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (2003, p. 104).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Nesse prumo, embora considere o autor ser possível que a lei ordinária discipline restrições a direitos fundamentais, defende não ser possível, por outro lado, que a lei infraconstitucional amplie os limites traçados na CF/88, estabelecendo restrições a direitos fundamentais que a própria *Charta Magna* não previu. “Tal disciplina deixa claro a preocupação do legislador constituinte em relação à proteção do direito à intimidade e à vida privada das pessoas investigadas”. (SILVA, 2003, p. 104).

Em sentido diverso, Suzana de Toledo Barros, citada por Eduardo Silva em nota de rodapé, advoga no sentido de que é lícito à lei infraconstitucional restringir direito fundamental, ainda que a CF/88 não preveja tal restrição.

É falsa a idéia de que os direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei restritiva de direitos seriam insuscetíveis de qualquer restrição. As inúmeras situações concretas de exercícios desses direitos estão a revelar que é quase impossível instituir um direito em favor de alguém sem que não haja reflexos no direito de outrem (...) Fala-se, então de limites constitucionais não escritos ou de limites imanentes” (SILVA, 2003, p. 104).

Para outra corrente doutrinária (Vicente Greco e boa parte da doutrina), o inciso XII, *in fine*, do artigo 5º da CF/88 se refere, tão-somente à interceptação telefônica *strictu sensu*, isto é, aquela em que terceira pessoa capta sons emitidos pela conversa que realizam duas pessoas, através do telefone, sem que elas saibam.

Desta forma, estão excluídos do alcance deste dispositivo constitucional (a) as gravações telefônicas, (b) as interceptações ambientais, (c) as escutas ambientais e (d) as gravações ambientais.

E isso porque essas restrições ao direito de intimidade, provocadas pela interceptação ambiental, a rigor, estariam submetidas à norma constitucional genérica de proteção do direito a intimidade, qual seja, a esculpida no art. 5º, X, da CF/88. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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** (grifo nosso).

A nosso sentir, nesse ponto, esta última corrente doutrinária se apresenta como a mais acertada.

Parece-nos ser a interceptação ambiental um ato investigatório constitucional, sendo possível sua aplicação, desde que preenchidos os requisitos legais e respeitados os postulados da proporcionalidade e razoabilidade.

E isso porque só é lícito à lei restringir direito fundamental, desde que não haja, claro, vedação constitucional. E, com efeito, a Constituição Federal (CF) de 1988 não proibiu, de forma alguma, que lei ordinária disciplinasse uma outra forma de investigação policial que restringisse o direito fundamental à intimidade, qual seja, a interceptação ambiental. É que, como já explicado, o inciso XII, do art. 5º da CF/88 se refere **exclusivamente** aos sigilos de correspondência e das comunicações

telegráficas, de dados e telefônicas.

Não há, pois, nenhuma menção a interceptação ambiental no inciso XII. Até mesmo porque, à época da promulgação da CF/88, o Brasil se encontrava em outro estágio de desenvolvimento tecnológico. Tanto é que, hoje, em 2007, poucas obras nacionais podem ser encontradas sobre o tema de interceptações ambientais. A propósito, observe-se que só em 2001 foi que o legislador se atentou para essa forma de investigação, acrescentando o inciso IV do art. 2º da Lei 9.034/95.

Assim, veja-se que é de fácil percepção lógica e sistemática, que, obviamente, a interceptação ambiental não encontra guarida no inciso XII do art. 5º da *Charta Magna*, sendo protegido o direito à intimidade contra a utilização indevida da interceptação ambiental, mais especificamente, pelo inciso X do art. 5º e pelo art. 2º, IV, da Lei de Crime Organizado, além de, por analogia, ser invocado descumprimento de alguma norma da Lei 9.296, **quando couber**.

No tocante ao o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados, contudo, entende parte da doutrina (dentre outros, Paulo Ivan da Silva Santos, Ada Pelegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Filho) que tais direitos permaneceriam como absolutos, sendo, pois, sempre insuscetíveis de restrição por lei.

O fato de a intimidade ser protegida pelo inciso X ou XII do art. 5º da Constituição é relevante, na medida que insignes autores brasileiros, tendo em mira a ressalva da parte final do inciso XII, dão a este dispositivo uma interpretação literal *a contrario sensu*, admitindo a interceptação apenas das comunicações telefônicas e apenas nos casos previstos na Lei 9.296/96, enxergando o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados como direito absoluto, inviolável e insuscetível de interceptação, sendo, por via de conseqüência, ilícita toda e qualquer prova obtida com violação do sigilo de correspondência, de comunicações telegráficas e de dados (art. 5º, LVI). Assim, mesmo a interceptação telefônica somente será válida nos casos previstos e segundo as prescrições da Lei 9.296/96 (SANTOS, 2007).

Data vênia, essa interpretação não merece prosperar.

A nosso sentir, a previsão do inciso XII do art. 5º da CF/88 demanda uma interpretação mais aprofundada e acurada, uma vez a exegese simples e gramatical desse dispositivo verifica-se como insuficiente.

Assim é que a exegese literal do art. 5º, XII, da CF/88, nos parece anacrônica, tendo

em vista que, conforme o entendimento predominante da doutrina moderna, mormente a mais abalizada sobre o tema de direitos fundamentais individuais (Humberto Ávila, Robert Alexy, v.g.), não existe direito fundamental absoluto. Nesse sentido, Fabiana Zamalloa do Prado, em sua tese de mestrado, concluída pela Universidade Federal de Goiás, assim esclarece:

Como visto anteriormente, não existem, no sistema constitucional brasileiro, direitos e garantias fundamentais absolutos. A relatividade é uma característica ínsita aos direitos e garantias fundamentais, decorrente de sua natureza universal e heterogênea, bem como da natureza principiológica das normas que os asseguram. (PRADO, 2006, p.226).

Além disso, esse entendimento segundo o qual a CF/88 teria conferido aos direitos ao sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados o *character* de absolutos, necessariamente acabaria por negar o princípio da unidade da Constituição (PRADO, 2007).

A respeito desse princípio, assim ensina o mestre português Canotilho, citado por Fabiana Prado:

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Com “ponto de orientação”, “guia de discussão” e “factor hermenéutico de decisão”, o princípio da unidade o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (PRADO, Fabiana; 2006, p.220).

A propósito, observe-se que o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal/88 estabelece que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer...”. Assim, se por acaso, o constituinte objetivasse tornar absoluto o direito à intimidade no tocante ao sigilo de correspondência e às comunicações telegráficas e de dados, teria consignado no inciso XII do art. 5º da CF/88, após a expressão “salvo”, a expressão “tão-somente” ou “somente” ou “exclusivamente”.

Como muito bem ressaltado por Fabiana Prado, a previsão expressa, no inciso XII do art. 5º da CF/88, dos limites gerais à restrição do sigilo das comunicações telefônicas significa a preocupação que teve o constituinte em estabelecer limites à quebra do sigilo a tão importantes formas de comunicação, que são as

comunicações telefônicas. E isso porque as comunicações telefônicas alcançaram, nas últimas décadas, uma dimensão bastante elevada, e, de fato, cada vez mais estão sendo utilizadas pelo grande número (crescente) de usuários de telefonia nas suas relações pessoais e profissionais. Com cediço, é assente que o telefone tem-se apresentado, verdadeiramente, como o meio de comunicação hodierno por excelência.

Essa maior proteção tem uma razão de ser. Na era da “revolução tecnológica”, os meios de comunicação telefônica são os meios, por excelência, de comunicação interpessoal. É por meio deles que as pessoas se comunicam, realizam negócios, falam de sua intimidade, expressam seus desejos, enfim, tratam de diversos assuntos relacionados à intimidade e a vida privada. A vulneração dessa esfera individual, principalmente diante dos recursos tecnológicos oferecidos, constitui o fator de grande insegurança e desconfiança social.

Tércio Sampaio Ferraz Jr., citado por Thiago de Ávila, expõe razões outras ao fato de a CF/88 ter estabelecido expressamente apenas as restrições ao sigilo das comunicações telefônicas. Para ele, a CF/88 exigiu regulamentação legal apenas para as interceptações telefônicas em razão de as comunicações telefônicas serem as únicas que, findas, não deixam vestígios, sendo caracterizadas pela instantaneidade.

Comentando o art. 5º, XII, da CF/88, e criticando as interceptações literais, Ferraz Jr. afirma que a comunicação telefônica foi a única que exigiu regulamentação porque é a única que se caracteriza pela instantaneidade e, quando encerrada, não deixa vestígios. Em relação às demais formas de comunicação, a Constituição não exigiu regulamentação legal porque é possível, no interesse público, realizar investigações a posteriori sobre os vestígios da comunicação (carta guardada, registros de computador). A Constituição impede a intromissão da comunicação, não o acesso a dados armazenados (ÁVILA, 2007, p.256).

Observe-se que os argumentos apontados pro Tércio Ferraz Jr. não excluem os indicados por Fabiana Prado. Pelo contrário, esses argumentos se complementam e ratificam com solidez a idéia de que o direito fundamental à intimidade não é absoluto em nenhum dos sigilos a que se refere o art. 5º, XII, da CF/88.

5.3 NORMAS APLICÁVEIS À INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL

A interceptação ambiental, com efeito, está prevista no inciso IV do artigo 2º da Lei 9.034/95, sendo, pois, perfeitamente possível a sua utilização, como medida

excepcional, pelos órgãos investigatórios para se apurar atividades ligadas à quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo (art. 1º). E isso porque, como se já se explicou, a CF/88 **não admitiu tão-somente** a relativização do direito à intimidade nos casos de violação ao sigilo das comunicações telefônicas.

Observe-se que a norma inserta no inciso IV do art. 2º da Lei de Crime Organizado consiste numa autorização legal, que possibilita, portanto, que seja a interceptação ambiental utilizada, excepcionalmente, como meio investigatório pela Polícia Judiciária, desde que atendidos, claro, todos os requisitos legais. Se não houvesse essa norma legal autorizativa, eventual prova produzida através desse ato investigatório seria, fatalmente, eivada de ilicitude. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes, ao escrever, **em 1997**, sobre as interceptações telefônicas, **quando, até então, não havia a norma do inciso IV do art. 2º da Lei 9.034/95 – que só veio a ser acrescentada pela Lei 10.217/2001** – assim se pronunciara, muito acertadamente, sobre a interceptação ambiental (*strictu sensu* e escuta ambiental):

É uma conversa não telefônica, ocorrida num gabinete, numa reunião, numa residência etc. Se nenhum dos interlocutores sabe da captação, fala-se em interceptação ambiental em sentido estrito; se um deles tem conhecimento, fala-se em escuta ambiental. Nada disso está disciplinado especificamente nas leis brasileiras. Não existe autorização legal para tais interceptações. Logo, por falta de lei, não valem como prova, salvo em benefício do acusado, para provar sua inocência. São provas que violam o inc. X do art. 5º, da CF. Logo, ilícitas. E, em consequência, inadmissíveis no processo.

Assim sendo, e considerando-se que o dispositivo da Lei 9.034/95 que autoriza a interceptação ambiental **é constitucional**, conforme analisado no item antecedente, forçoso é concluir pela a plena aplicabilidade desse dispositivo legal.

Por outro lado, embora se reconheça a eficácia jurídica do inciso IV do art. 2º da Lei 9.034, deve-se atentar para a ausência de uma lei que discipline o procedimento formal da medida de investigação da interceptação ambiental.

E em se tratando de restrição ao direito à intimidade, que é um dos direitos fundamentais, *mister* que haja um lei que discipline o procedimento formal da interceptação ambiental, de forma a se atender aos ditames da legalidade, **que propicia a tão aclamada segurança jurídica de um Estado Democrático de Direito.**

Sendo assim, enquanto não houver uma lei que discipline o procedimento de investigação através da interceptação ambiental, deve-se, por analogia, aplicar os dispositivos da Lei 9.296/96, que tratam do procedimento da interceptação e escuta telefônicas, no que couberem, uma vez que, como já explicado, as interceptações ambientais e telefônicas em muito se assemelham, distinguindo-se ambas pelo fato de ser a interceptação telefônica a captação por meio telefônico.

Além disso, repita-se, a aplicação analógica, no que couber, da Lei de Interceptações Telefônicas à interceptação ambiental é necessária, pois se coaduna com um tratamento mais garantista, uma vez que a realização do ato investigatório da interceptação ambiental fica adstrita a previsões legais (Lei 9.296/96). Mas isso não significa, por óbvio, que a ausência de uma lei que discipline o procedimento investigatório da interceptação ambiental torne o inciso IV do art. 2º da Lei 9.034/95 ineficaz. Pelo contrário, este dispositivo é eficaz e auto-aplicável, já que é plenamente constitucional.

A aplicação analógica da Lei 9.296/96 à interceptação ambiental deve haver, claro, até o momento da edição de uma lei que discipline, especificamente, o procedimento da interceptação ambiental (*strictu sensu*, escuta e gravação ambientais). Assim, por exemplo, a interceptação ambiental em ambiente fechado ou privado só seria admissível quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis, em analogia ao art. 2º, II, da Lei de Interceptações Telefônicas.

Nesse sentido, há, inclusive, um projeto de lei, o de nº 1.443/2007, que visa ampliar a Lei 9.296/96, para abranger a interceptação ambiental, sujeitando este ato investigatório às normas da interceptação telefônica. Assim, com a eventual aprovação desse PL, o art. 1º, por exemplo, da Lei 9.296/96 passaria a dispor da seguinte forma:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, e a captação de imagem e som ambiental por todos os meios, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem expressa do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Esse Projeto de Lei também tipifica como crime a interceptação ambiental ou telefônica sem expressa autorização judicial, bem como proíbe a interceptação (ambiental ou telefônica) entre o suspeito ou acusado e seu defensor, em relação

aos fatos objeto de apuração em inquérito policial ou processo penal.

5.4 AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

É pacífico o entendimento doutrinário no sentido de que a legislação brasileira exige, para que haja a interceptação ambiental (*strictu sensu* e escuta ambiental), a devida autorização judicial. Observe-se, a propósito, que o próprio inciso IV do art. 2º da Lei 9.034/95 condiciona a utilização do ato investigatório da interceptação ambiental à “circunstanciada autorização judicial”.

Tais foram as preocupações do legislador com o direito fundamental à intimidade que, malgrado possam ser admitidas, em algumas hipóteses restritas, a relativização desse direito fundamental, quando estiver em colisão com outro direito fundamental, de mesmo valor – tendo em vista que nenhum direito fundamental é absoluto -, impôs ele o requisito formal da autorização judicial como o antecedente necessário à realização da interceptação ambiental (como ato invasivo que é ao direito à intimidade).

Nesse prumo, a inobservância do requisito da autorização judicial macula o ato investigatório de ilicitude, não devendo ser aproveitada eventual prova decorrente deste ato em sede processual penal, salvo em algumas hipóteses, conforme se verá.

Deve-se frisar também que, embora tenha a lei deixado ao amplo critério judicial (“circunstanciada autorização judicial”) a concessão da medida, tal disposição legal, “evidentemente, não autoriza a dicção de que as medidas invasivas do domicílio possam ser realizadas em descompasso com a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio” (AVOLIO, 2003, p.209).

5.5 DISPENSABILIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Será dispensável a autorização judicial quando a interceptação ambiental ocorrer em local aberto ou público. E essa prescindibilidade de chancela judicial tem sua razão

de ser, considerando-se que a finalidade da norma inserta no art. 2º, IV, da Lei 9.034/95 é, justamente, proteger o direito fundamental à intimidade, erigido a nível constitucional no art. 5º, X, da *Cartha Magna*. Assim, não há que se falar em violação à intimidade em local aberto ao público, pois a própria natureza do lugar retira o caráter de privacidade. Não há como se vislumbrar que uma conduta de uma pessoa praticada numa avenida movimentada ou numa praça pública revista-se de caráter sigiloso. Não há, pois, segredo (*segretezza*) a se proteger, e muito menos a proteção legal contra a divulgação indevida do segredo (*riservatezza* ou direito à reserva)⁶.

Assim é que, conforme observa César Dario Mariano da Silva,

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, quando alguém, utilizando-se de meios técnicos de gravação de sons ou imagens, procede à captação ou interceptação ambiental em lugar público ou aberto, não teremos uma prova ilícita, pois não haverá violação ao direito de intimidade de outrem, justamente pela natureza do local. Atualmente, a polícia e outros órgãos estatais ou particulares vêm-se valendo de filmagens de crimes, tais como os ocorridos no metrô, em lojas, etc. esse meio técnico de gravação está sendo utilizado para a salvaguarda de interesses legítimos, em evidente exercício regular de direito. Assim, o criminoso nunca poderá argüir ilicitude dessa prova. (SILVA, 2007, p.65-66).

Dessa forma, se, v.g., alguém consegue filmar ou gravar a cena de um crime ocorrido em local público (bar, metrô, praça etc), o documento resultante será considerado como uma prova lícita (prova documental), sendo, pois, admissível em processo penal. Assim, nada impede, neste caso, que essa pessoa leve à autoridade aquilo que conseguiu captar (fita magnética, v.g.). Isso porque, num local público, repita-se, não se estabelece um segredo, não havendo que se falar, portanto, em direito de reserva.

⁶ “Scaparoni distingue perfeitamente esses dois aspectos da intimidade ao observar que o direito à reserva (*riservatezza*) pode ser violado mesmo sem ter havido violação de segredo (*segretezza*), quando, por exemplo, o destinatário da comunicação divulga o que lhe foi confiado. Mas, por outro lado, a notícia captada por um terceiro, estranho à conversa, pode vir a ser divulgada, sem lesão à reserva, porque não concerne à vida privada do autor da comunicação. Assim, tanto se pode lesar a *segretezza* sem lesão à *riservatezza* (porque a notícia privada divulgada não foi indevidamente captada), como vice-versa (porque a notícia privada divulgada não foi indevidamente captada). Pode ocorrer ainda lesão a ambos os direitos, se a comunicação foi interceptada indevidamente e o seu conteúdo, de caráter privado, é revelado” (AVOLIO, 2003, p.205).

Figure-se, assim, a situação em que um crime está sendo cometido em via pública e um transeunte qualquer filma a cena. Inexiste direito ao segredo, pois quem se expõe em público não tem expectativa de privacidade, nem direito à reserva, pois qualquer pessoa pode relatar o que ocorreu na via pública. Resulta claro que nessa hipótese a prova consistente na interceptação ambiental (registro de sons e imagens por um terceiro), conquanto atípica, não tem restrições à sua admissibilidade no processo, já que não viola a intimidade, em qualquer dos seus aspectos acima abordados, nem outro direito ou garantia. Constitui, pois, **prova lícita** (grifo nosso). (AVOLIO, 2003, p.205).

Ademais, “sob o ponto de vista da sua autenticidade, a tecnologia já possibilita condições para a sua aferição” (AVOLIO, 2003, p.206).

5.6 ADIMISSIBILIDADE DA PROVA AMBIENTAL ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Prima face, cumpre esclarecer que o tema das provas ilícitas não constitui objeto deste trabalho. Entretanto, como o mesmo está intimamente relacionado com o objeto ora em estudo (*in casu*, a interceptação ambiental), é necessário que, ao menos, sejam apontadas as posições doutrinárias e jurisprudências mais relevantes e as principais implicações jurídicas quanto à admissibilidade ou não das provas ilícitas no processo penal (uma vez descabida, neste trabalho, uma análise que envolva discussões aprofundadas sobre as provas ilícitas).

Como já explicado, faz-se imprescindível a autorização judicial nos casos em que a interceptação ambiental se realizará em ambiente privado ou fechado. É que justamente nesses locais é que se estabelecem a privacidade e intimidade alheias a serem preservadas.

Assim sendo, eventual elemento probatório colhido em decorrência de uma interceptação ambiental desacompanhada da devida autorização judicial se caracterizará como prova ilícita, não podendo ser admitida no processo, salvo se em favor do réu.

A vedação à utilização da prova ilícita, no processo penal, encontra seu fundamento legal no art. 5º, LVI, que estabelece, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

propriedade, nos termos seguintes:
LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Como fundamento jurídico, aponta Avolio:

1. Encontra-se superada, no atual estágio das liberdades públicas, a visão do processo penal como instrumento voltado à busca da verdade real ou material. 2. A verdade a ser alcançada é a verdade judiciária, que pressupõe a observância do contraditório, baseado em critérios de admissibilidade de provas, com exclusão daquelas que atentem contra a dignidade humana. (AVOLIO, 2003, p.147).

Com efeito, a doutrina moderna tem entendido que a busca pela verdade real no processo penal não deve se dar de forma desmedida, a ponto de se transmutar “num valor mais precioso do que do que a proteção da liberdade individual”, “em que a dignidade do homem é aviltada” em prol da “defesa social”. (GRINOVER, et al; 2006, p.148).

5.6.1 Prova ilícita *pro reo*

É pacífico, na doutrina pátria, o entendimento de que a prova ilícita, se destinada demonstrar a inocência do réu injustamente acusado, pode ser admitida em processo penal, devendo ser aplicado, *in casu*, o princípio da proporcionalidade.

Também a doutrina e jurisprudência alienígenas têm-se mostrado favorável à admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, conforme atentam Grinover, Scarance e Gomes Filho: “assim, na jurisprudência e na doutrina estrangeiras, tem sido vista a conduta da pessoa que grava sub-repticiamente sua conversa com terceiro para demonstrar a própria inocência” (GRINOVER, et. al; 2006, p.153).

Dessa forma, por força do princípio da proporcionalidade (já delineado *retro*, em nota de rodapé), é óbvio que, na ponderação de interesses entre a proteção do direito fundamental à intimidade e o direito fundamental à liberdade, deve este último prevalecer.

Conforme explica Thiago Pierobom de Ávila,

Na ordem de valores para estabelecer a preferência condicionada, sem dúvidas a dignidade da pessoa humana desponta como o epicentro da ordem jurídica, revelando-se o Estado e o ordenamento jurídico como meios para a ponderação desse valor humano mais elevado. No caso da

utilização da prova *pro reo*, o valor em ponderação é diretamente a dignidade da pessoa do réu, injustamente acusado de um delito, com o risco de pagar com sua liberdade, perdendo-se alguns anos de sua vida, pela má apreciação dos fatos na atividade jurisdicional (2007, p.203).

Indubitavelmente, uma sentença que imprima uma condenação a uma pessoa que não cometera delito algum é um ato (judicial) atentatório à dignidade da pessoa humana, sendo absolutamente vedado pelo ordenamento jurídico. Tanto é assim que, como manifestação do princípio do *indubio pro reo*, é cediço o entendimento de que, em havendo qualquer dúvida em relação ao fato de estar o réu incurso ou não em um determinado tipo penal, deve ser ele imediatamente absolvido!

Para alguns autores (como, v.g., Daniel Sarmento), a prova ilícita utilizada em favor do réu se justifica pela excludente da ilicitude da legítima defesa⁷.

Não entendemos desta forma.

Primeiro porque não se trata de legítima defesa, mas de estado de necessidade: a função de investigação e persecução penal realizada de ofício pelo Estado é um ato de soberania ao qual se sujeitam todos os cidadãos. Ainda que o acusado seja inocente e a acusação seja fruto de um conjunto de elementos de informação falsos e de uma má interpretação deles, não se pode afirmar que a ação do acusado seja uma agressão injusta a ponto de qualificar a ação do acusado como legítima defesa (ÁVILA, 2007, p.203-204).

Assim, perfilhamos na doutrina de Ávila, no sentido de que a admissibilidade da prova ilícita no processo penal encontra a sua justificação na excludente de antijuridicidade do estado de necessidade. E o estado de necessidade - assim como a legítima defesa - nada mais é do que uma expressão do princípio da proporcionalidade. Dessa forma,

A prova obtida com violação de direitos fundamentais, se destinada a provar a inocência do acusado (adequação), sendo a única forma de que este dispõe (necessidade), respeitando a proporcionalidade do bem lesado com o bem a ser protegido (proporcionalidade estrita), deve ser aceita pelo juízo por aplicação do princípio da proporcionalidade (ÁVILA, 2007, 205).

É claro que, se a prova foi produzida pelo réu mediante tortura, a mesma não será admitida no processo penal, por ferir frontalmente a dignidade humana, não sendo aprovada pelo juízo de proporcionalidade em sentido estrito (ÁVILA, 2007).

5.6.1 Prova ilícita *pro societate*

A questão da admissibilidade da prova ilícita *pro societate*, isto é, em desfavor do réu e em favor da sociedade, é tema extramente delicado e tormentoso, apresentando as discussões mais acaloradas, tanto no âmbito doutrinário, quanto no jurisprudencial.

Em razão de ser dispensado à interceptação (*strictu sensu* e escuta) tratamento distinto do dispensado à gravação clandestina, entendemos ser mais didático subdividirmos o tema.

5.6.2.1 Interceptação (*strictu sensu* e escuta) ilícita

Como bem frisado por Ada Pellegrini Grinover, a Lei 9.296/96 perdeu “uma boa oportunidade para, além de regulamentar as interceptações telefônicas, ditar a disciplina própria das ambientais” (GRINOVER; et. al, 2006, p.221).

Somente com a Lei 10.217/2001 – que acrescentou o inciso IV do art. 2º da Lei 9.034/95 – foi que as interceptações ambientais passaram a ser possíveis de serem utilizadas na busca de provas, **desde que haja, previamente, circunstanciada autorização judicial.**

Assim, até o advento da Lei 10.217/2001, manifestava-se Luiz Flávio Gomes pela inadmissibilidade da prova decorrente de interceptação ambiental em razão de não haver, à época, uma lei que a autorizasse e disciplinasse a medida. É que, para esse autor, tão-somente a prova disciplinada por lei pode ser admissível num processo penal (AVOLIO, 2003).

Já para Francisco Torquato Avolio, a prova decorrente da interceptação ambiental era inadmissível antes do advento da lei 10.271/2001, mas não porque tão-somente devem admitidas em processo penal as provas típicas – pois também as provas atípicas podem ser admitidas no processo penal, desde que não haja colisão com o ordenamento jurídico –, e sim porque, no caso específico da interceptação

7 Nesse sentido, assim já decidiu o STF, em sede do HC nº74.678-DF, Rel. Moreira Alves, 1ª Turma).

ambiental, “se o princípio da proporcionalidade não se mostra válido para legitimar a prova ilícita *pro societate*, somente à lei seria dado limitar o valor intimidade em face do direito à prova de acusação” (AVOLIO, 2003, p.207).

Sendo assim, independente do fundamento adotado, o que se verifica é que **somente a lei pode permitir a interceptação ambiental.**

Dessa forma, nos moldes da Lei 10.217/01, somente se afigura lícita a prova decorrente de interceptação ambiental nas hipóteses em que esta for utilizada para se apurar de ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou associações de qualquer tipo – podendo as organizações criminosas serem enquadradas como quadrilha ou bando ou associações, como já explicado –, desde que haja circunstanciada autorização judicial.

Fora essas hipóteses, a interceptação ambiental será ilícita, não sendo admissível em processo penal, “por vulnerar o art. 5º, X, da CF, pelo menos enquanto não houver lei que, razoavelmente, discipline a matéria” (GINOVER; et. e al; 2006, p.221). E isso porque, como argumenta Avolio,

Sob o ponto de vista da acusação, jamais poderia o direito à prova ou o interesse social na punição dos delitos preponderar sobre a intimidade, de modo a admitir-se, pelo cânone da proporcionalidade, uma prova ilícita *pro societate*. Defendemos que o direito à prova pela acusação não é oponível às liberdades individuais (intimidade, sigilo telefônico, exames invasivos, *lie detectors*, tortura, coação psicológica etc.). A razão é de ordem jurídica, moral e lógica: ao admitir-se a oponibilidade do direito à prova às liberdades públicas indiscriminadamente, estar-se-ia criando um perigoso precedente para a liberdade e a dignidade da pessoa humana: não poderia mais estabelecer qualquer vedação probatória – todas as provas, ainda que ilícitas, ou seja, as que atentam contra princípios e garantias constitucionais e violam normas de direito material. Seria a derrocada do estado de Direito. (2003, p.202).

Nesse prumo, observe-se, a propósito, o contra senso do legislador em admitir a interceptação ambiental tão-somente para os casos de apuração de ações ligadas a quadrilha ou bando ou associações de qualquer tipo.

Dessa forma, atente-se que uma pessoa pode, individualmente, praticar crimes mais bem mais graves do que certas quadrilhas ou associações e, nem por isso, permite

a lei que à ela seja aplicada a medida investigatória da interceptação ambiental, o que caracteriza crassa lesão ao princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, fere-se o princípio da proporcionalidade quando a interceptação ambiental é aplicada para se apurar ilícitos de pequeno potencial ofensivo relacionados a bando ou quadrilha, se a Polícia dispuser de outros meios de prova, por exemplo. Assim, mas do que urgente, é imprescindível um aprimoramento na disciplina legal das interceptações ambientais.

Vale dizer que, caso seja necessária, para a aplicação da interceptação ambiental, a violação de domicílio, a Polícia não poderá se valer da autorização judicial (circunstanciada) para realizar a medida durante a noite, salvo em se tratando de flagrante delito (AVOLIO, 2003, p.209).

Questão interessante e muito em voga é a que diz respeito às interceptações ambientais realizadas em escritórios de advogados em sede de algumas operações efetuadas pela Polícia Federal, neste ano, que resultaram em prisões de advogados.

Neste ponto, várias são as situações possíveis de serem analisadas.

Se a interceptação ambiental foi realizada pela Polícia Judiciária em escritório de advogados, sem autorização judicial, com o objetivo de obter confissões de seus respectivos clientes, eventual colheita de prova não será aproveitada no processo em razão da contaminação pela ilicitude.

A uma porque a interceptação foi efetuada sem autorização judicial. A duas porque a lei (9.034/95) tão-somente possibilita a interceptação ambiental nos casos de apuração de ações ligadas à quadrilha ou bando ou associação. A três porque a conversa entre o advogado e o seu cliente é sigilosa, e a atuação policial no sentido de devassar esse sigilo representa uma forma de burlar o direito constitucional ao silêncio, além de violar prerrogativa do advogado.

Sendo o silêncio um direito constitucional de qualquer investigado, inclusive do preso – art. 5º, LXIII, constitui-se numa aberração colher diálogos reservados deste com seu defensor. Trata-se de uma burla à regra mencionada, colhendo-se depoimento por intermédio de invasão à intimidade, quando, até mesmo em audiência formal, o investigado possui o direito de permanecer calado. É forma de obter a auto-incriminação, em atitude vedada ao Estado. *Nemo tenetur se detegere* é o brocardo que sinaliza que ninguém é obrigado a acusar a si próprio e, o que equivale,

as conversas havidas entre advogado e cliente não podem resultar em acusação do réu contra si (COELHO, 2007, p.02).

Se houver a autorização judicial, não se tratará, a rigor, de ato ilegal, mas sim de autorização judicial sem fundamento jurídico, sendo, pois, um *error in iudicando*, devendo a medida judicial ser anulada ou tornada sem efeito.

Situação diversa é aquela em que o advogado é suspeito de agir em concurso com seu cliente. Neste caso, a interceptação ambiental poderá ser admitida, se preenchido os requisitos legais, isto é, se houver circunstanciada a autorização judicial e se se tratar de apuração de ilícito relacionado à ação de bando ou quadrilha ou de associação. **Por óbvio, é cediço que o advogado tem apenas imunidade profissional, nos termos conferidos pelo art. 7º, §2º, da Lei 8.906/94 (injúria e difamação).**

5.6.2.2 Gravações clandestinas

Convém ressaltar que, até o presente momento, permanece a omissão legislativa em regulamentar as gravações clandestinas. Entretanto, conforme nos alerta Francisco Torquato Avolio, conquanto não exista uma norma que autorize a gravação ambiental, por outro lado também não existe nenhuma vedação legal. Pelo contrário, o art. 155, do CPP estabelece que “no juízo penal, somente quando ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas pela lei civil”. E, com efeito, assim dispõe o art. 332, do CPC: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Com efeito, a legislação processual penal não prevê especificamente esse meio de prova. Mas, sob o ponto de vista de sua licitude, também não estabelece com relação à gravação clandestina qualquer vedação probatória. Ao contrário, a disciplina dos meios de prova no processo penal é semelhante à do Código de Processo Civil, em seu art. 332. Dispõe o art. 155 do Código de Processo Penal que ‘no juízo penal, somente quando ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas pela lei civil. É de natureza do processo penal, outrossim, que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova (art. 157). Ou seja, o juiz deve basear seu convencimento na prova dos autos, mas atribuirá à prova o valor que, a seu critério, melhor entender (AVOLIO, 2003, p.200).

Sendo assim, para Torquato Avolio, a gravação clandestina ambiental nada mais é do que meio atípico de prova, assim como as perícias com base no DNA (AVOLIO, 2003), podendo, **em alguns casos**, a prova resultante desse meio ser admitida no processo penal.

No tocante à gravação ambiental clandestina, entende Marcelo Mendroni que, como a mesma é a captação de sons ou imagens realizadas **entre presentes**, é de se verificar que, nessa situação, a intimidade é compartilhada entre essas pessoas e, por isso, mesmo, não haveria que se falar em violação a este direito, sendo, inclusive dispensável a autorização judicial que defira esta medida investigatória. Assim, à pessoa que revelara fato íntimo seu à outra, restaria tão-somente, a confiabilidade de que esta não divulgasse o segredo.

Na gravação clandestina, ao contrário da interceptação que é praticada por terceira pessoa, um dos interlocutores realiza a gravação. Participa portanto da conversa e assim divide a intimidade com a outra. Assim considerando, nada impede o faça sem autorização judicial. Não se pode interpretar neste caso a existência de violação de intimidade ou privacidade, já que esta é na verdade compartilhada. Uma vez externada, ou mesmo confidenciada ao conhecimento do seu interlocutor, aberto também o seu sigilo, restando ao outro (interlocutor) tão-somente a confiança pela manutenção do sigilo. Não pode, por isso mesmo, ser considerada prova produzida por meio ilícito, já que o ilícito reside no fato de se invadir conversa alheia e não própria (sic). (MENDRONI, 2002, p.94).

Diversamente, entendem Ada Pellegrini Grinover e Francisco Torquato Avolio que, muito embora, não haja violação ao segredo (primeiro momento do direito à intimidade), em si, uma vez que o mesmo foi compartilhado entre os interlocutores, se houver divulgação do segredo, **poderá** (e não necessariamente deverá) haver violação do direito à reserva, sendo este considerado como o segundo aspecto do mesmo direito à intimidade.

Nesse ponto, a tutela penal se dirige a um segundo momento do direito à intimidade, qual seja, o direito à reserva. Enquanto o direito ao segredo (*segretezza*, ou “direito ao respeito da vida privada”) está a impedir que a atividade de terceiro se dirija a desvendar as particularidades da *privacy* alheia, o direito à reserva (*riservatezza* ou “direito à privacidade”) surge, sucessivamente, em prol da defesa da pessoa contra a divulgação de notícias particulares legitimamente conhecidas pelo divulgador (AVOLIO, 2003, p.100).

Com efeito, a conduta de divulgar um segredo poderá configurar o delito de violação de segredo (art. 153, do CP) ou o de violação de segredo profissional (art. 154, do CP), **se, não houver, in casu, justa causa para tal.**

Art. 153 - Divulgar alguém, **sem justa causa**, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º Somente se procede mediante representação.

§ 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada.

Art. 154 - Revelar alguém, **sem justa causa**, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação (grifo nosso).

Como exemplos de justa causa, aponta Nelson Hungria: “1. O consentimento do interessado; 2. A **faculdade de comunicação de crime de ação pública**; 3. O dever de testemunhar em juízo; 4. Defesa de direito ou interesse legítimo; e 5. Comprovação de crime ou sua autoria”. (grifo nosso). (AVOLIO, 2003, p.202).

Sendo assim, forçoso é concluir que, muito embora a regra seja a de que a gravação clandestina não deva ser admitida no processo penal, por ser prova ilícita, excepcionalmente, pode a mesma ser admitida no processo penal, caso esteja presente a justa causa, prevista nos arts. 153 e 154, do CP. Desta forma, poderá ser admitida no processo penal, por exemplo, uma gravação clandestina em que se demonstra a materialidade e autoria de um crime.

Nesse sentido, assim lecionam Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho:

Neste caso, a divulgação da conversa confidencial, como prova penal incriminadora, será ilícita, sujeitando-se às regras que regem a matéria. **Mas a justa causa pode descaracterizar a ilicitude quando a prova for usada em defesa dos direitos violados ou ameaçados de quem gravou e divulgou a conversa. (...) À falta de normas expressas, só resta ao juiz brasileiro guiar-se pela descaracterização da prova, cumprindo-lhe interpretar a excludente de antijuridicidade da “justa causa” do art. 153, do CP, que excepciona, no caso, ao comando do art. 5º, inc. X, da CF** (grifo nosso). (GRINOVER, et. al; 2006, p.222-224).

Outrossim, do mesmo entendimento comunga Francisco Torquato Avolio:

Trata-se, na verdade, da justa causa, que legitima a gravação clandestina. Essa a chave, repetimos, para perquirir a validade da prova dessa natureza, no processo penal ou civil. Deve existir, portanto, um interesse

superior, que se contraponha ao valor da intimidade, a ser sopesado no caso concreto.

O próprio Luiz Flávio Gomes, inclusive, **já admite** a admissibilidade da gravação clandestina como prova em casos excepcionalíssimos. Vejamos:

A conclusão a que se chega é indubitável: "A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado". Essa mesma conclusão é válida para a gravação ambiental, que, sem autorização judicial prévia, **só pode valer como prova em casos excepcionalíssimos e desde que envolva interesses e direitos de quem fez a gravação**. Fora disso, é manifesta a inconstitucionalidade da prova (grifo nosso). (GOMES, Luiz; 2007c, p.01).

Outra não é a orientação do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO. É INCONSISTENTE E FERRE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQÜESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA. (STF, HC 75.338-rj, Rel. Min. Nelson Jobim, pub. in DJ de 25.09.1998).

E do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE CORRUPÇÃO. FLAGRANTE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR INTERLOCUTOR. PROVA LÍCITA. ALEGAÇÃO DE FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. COMBINAÇÃO FEITA PELO PRÓPRIO ACUSADO. Tem-se no seio desta Corte Superior entendimento segundo o qual a interrupção de ação penal por falta de justa causa só se é possível quando diante de fatos que, de plano, afigurem-se inocorrentes ou atípicos, ou quando não se possa inferir deles a exigida autoria. Portanto, o trancamento da demanda afigura-se como medida extrema, cujo fundamento alicerça-se na visualização imediata da inocorrência criminal. *In casu*, os dados para a continuidade da persecutio criminis apresentam-se potencialmente viáveis, sendo, por isso, temerária a paralisação do procedimento, ainda mais diante da ocorrência do fato descrito na denúncia. De acordo com a jurisprudência dominante, a gravação realizada por um dos envolvidos nos fatos supostamente criminosos é considerada como prova lícita, ainda mais porque serve de amparo da notícia sobre o crime de quem a promoveu. Incorre o dito flagrante preparado quando o próprio acusado é quem conduz o ato delituoso, não sendo, portanto, induzido por qualquer ação da vítima. Recurso desprovido. (STJ, RHC 14041-PA, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, pub. in DJ de 20.11.2003).

Também entendendo pela admissibilidade da gravação clandestina como prova no processo penal, em havendo justa causa, assim já se manifestou o Tribunal

Regional da Primeira Região:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. PROVA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFONICA.VALIDADE.

1.A LEI PROIBE E PUNE A INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA, OU SEJA, QUEM INDEVIDAMENTE DIVULGA, TRANSMITE A OUTREM OU UTILIZA ABUSIVAMENTE COMUNICAÇÃO TELEGRAFICA OU RADIOELETRICA DIRIGIDA A TERCEIROS, OU CONVERSAÇÃO TELEFONICA ENTRE OUTRAS PESSOAS. JA O PARTICIPANTE DE UMA CONVERSA TELEFONICA PODE USAR AQUILO QUE OUVIU DO OUTRO, SALVO SE A REVELAÇÃO CAUSAR DANO A TERCEIROS. DESTE MODO, O CONTEUDO DA CONVERSA TELEFONICA, QUANDO GRAVADO, MERECE O MESMO TRATAMENTO DISPENSADO AOS OUTROS MEIOS PROBATORIOS. 2.CRIME DE EXPLORAÇÃO DE PRESTIGIO CONFIGURADO. 3.APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA APENAS PARA REDUZIR A PENA AO SEU MINIMO LEGAL. (TRF/1ª Região, TERCEIRA TRUMA, ApCrim 92.01.20124-9/DF, Relator Juiz Federal Fernando Gonçalves, pub. in DJ de 28.03.1994).

Na seara cível, alerta Avolio que

a jurisprudência e a doutrina brasileira têm se inclinado, em meio as divergências sobre a sua ilicitude, a admitir como válido esse meio de prova, efetuando, com o apoio na doutrina de João Carlos Pestana de Aguiar e Pontes de Miranda, a mesma distinção, no sentido de que “não se cuidando de interceptação de conversa telefônica, ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravada pelo recorrente, era de ser admitida a prova requerida, a teor do art. 383 do Código de Processo Civil” (2003, p.198).

Por outro lado, casos há, em que, em razão da ausência de justa causa, tem a Jurisprudência, muito acertadamente, aplicado a regra geral da inadmissibilidade de prova decorrente de gravação clandestina.

Assim, por exemplo, ilícita é a gravação ambiental (ainda que não seja clandestina) produzida por policiais, eis que tal medida afronta a garantia do direito ao silêncio ou de não se auto-incriminar, consagrada constitucionalmente no inciso LXIII, do art. 5º. Isso porque o depoimento do investigado deve ser realizado através do devido interrogatório, devendo o investigado ser expressamente advertido de que poderá exercer o seu direito ao silêncio.

Nesse sentido, assim decidiu o STF:

EMENTA: III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub- reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao

silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). (STF, HC 75.338-RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, pub. in DJ de 25.09.1998).

Com muita razão, defende Avolio que, além das gravações sub-receptivas efetuadas pela autoridade policial, também serão inadmissíveis como prova, em razão da ilicitude,

Os depoimentos prestados a jornalistas, nos rotineiros de programas televisivos de reportagem policial, em que muitas vezes a pessoa detida confessa a autoria de um crime diante das câmeras, sem ter sido informada de que poderia permanecer calada (AVOLIO, 2003, p.201).

O STF tem admitido, inclusive a prova emprestada, se preenchido todos os requisitos, quais sejam, (a) se partes forem as mesmas em ambos processos; (b) se tiver sido respeitado o contraditório no processo emprestado; (c) se houver sido respeitada a disciplina legal da prova no processo emprestado e (d) se a prova versar sobre o mesmo fato⁸.

Ainda sobre as provas ilícitas *pro societate*, mister ressaltar que o STF adotara a teoria norte-americana do *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada), para inadmitir, no processo penal, a prova obtida em decorrência da prova ilícita⁹.

Sobre esta teoria, atente-se, a propósito, que, "se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo" (GRINOVER, et al; 2006, p.154).

No tocante à política legislativa, entendemos como Ada Pellegrini, no sentido de que, embora seja admitida em processo penal, em casos excepcionais (presença de justa causa), a gravação clandestina, é imperiosa a necessidade de haver uma regulamentação legal das mesmas.

A propósito, na tentativa de lograr êxito nesse intento, pode-se destacar o

Anteprojeto de lei (em anexo) sobre a escuta telefônica, que, em seu art. 4º, assim estabelece: “não se sujeita a esta lei a gravação de conversa própria, sem conhecimento do interlocutor, por telefone ou por outros meios, mas sua divulgação só será permitida para o exercício regular de um direito”.

8 Nesse sentido, assim já decidiu o STF, em sede do Inq-QO-QO 2424-RJ, Rel. Cezar Peluso, pub. *in* DJ de 20.06.2007).

9 Nesse sentido, assim já decidiu o STF, em sede do HC nº90376-RJ, Rel. Celso de Mello, pub. *in* DJ de 03.04.2007).

6 QUEBRAS DOS SIGILOS FISCAL, BANCÁRIO E FINANCEIRO

Prima face, mister que se consigne que o tema dos sigilos bancário, fiscal, financeiro e eleitoral se apresenta em múltiplos aspectos de abordagens, sendo objeto de disciplinas outras, como Direito Tributário, Eleitoral, Constitucional etc, de sorte que, neste trabalho, cabe tão-somente tratar dos sigilos no enfoque processual penal (veja-se, assim, por exemplo, que descabe, neste trabalho, tratar-se da investigação realizada pelas CPIs, sendo este objeto de estudo muito ligado ao Direito Constitucional – *check and balance*, exercido pelo Legislativo; tampouco cabe tratar da quebra do sigilo eleitoral – que se relaciona ao Direito Eleitoral).

Assim dispõe o inciso IV do art. 2º da Lei 9.034/95:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

Com efeito, este dispositivo legal prevê um dos meios investigatórios mais relevantes e eficientes no contexto atual. Trata-se da quebra de sigilos fiscal, bancário, eleitoral e financeiro.

Sobreleva consignar que tais atos investigatórios não se aplicam tão-somente às hipóteses de apuração de ilícitos ligados à quadrilha ou bando ou a associação ou a organizações criminosas que se enquadrem como associações ou mesmo como quadrilha ou bando. Pelo contrário, a quebra dos aludidos sigilos são disciplinados em leis esparsas se pode ser utilizada para apuração de qualquer ilícito, desde que preenchido todos os requisitos legais, conforme se verá.

Conforme nos informa Eduardo Araújo da Silva, a intenção do legislador de 1994 em positivar o ato investigatório da quebra dos sigilos foi ressaltar a possível – plenamente possível, frise-se – utilização desse tão valioso meio de busca de provas.

Contudo, essa medida não goza de exclusividade para a apuração da criminalidade organizada, estendendo-se sua aplicação à apuração do crime organizado, cujos vultosos ganhos ilícitos acabam por desaguarem em diversas contas bancárias e aplicações financeiras geralmente localizadas em “paraísos fiscais”, o legislador entendeu conveniente expressa-la na legislação específica (2003, p.105-106).

E tal preocupação do legislador encontra todo o sentido, considerando-se que os delinqüentes, mormente os de colarinho branco, que não raras vezes integram as denominadas organizações criminosas ou grupos que apresentam certas características da criminalidade organizada, necessariamente precisam “legalizar” ou lavar o dinheiro surrupiado, muitas vezes, dos cofres públicos.

No curso da atividade estatal de apuração das infrações penais, em não raras hipóteses, o sigilo financeiro apresenta-se como insuperável obstáculo ao sucesso da instrução processual penal. Na atualidade, os indivíduos e as empresas utilizam-se largamente dos serviços oferecidos pelas instituições financeiras, sendo muito freqüente o direcionamento do provento da prática delitiva a um estabelecimento bancário. De outra parte com a sofisticação dos meios operacionais da criminalidade, as transações financeiras passaram a representar o *locus* de graves condutas criminosas, como a lavagem de dinheiro e os crimes contra a ordem econômica e o sistema financeiro nacional. Sem falar dos crimes contra o sistema tributário e previdenciário, cuja única prova contundente, por vezes, resulta da documentação financeira agasalhada pelo sigilo (BELLOQUE, 2003, p.85).

Observe-se que, conforme atenta Juliana Belloque, o ato investigatório consistente na quebra de sigilo fiscal, bancário ou financeiro, geralmente se destina a apurar o crime de lavagem de dinheiro e os crimes contra a ordem econômica e contra os sistemas financeiro nacional, tributário e previdenciário, ou seja, típicos crimes cometidos pela “elite” financeira ou econômica dominante da cadeia social.

A propósito, atente-se que todos os atos investigatórios previstos pela Lei 9.034/95 se aplicam plenamente aos grupos formados de criminosos de “colarinho branco”, desde que possam, claro, ser enquadrados como quadrilhas ou bandos ou associações. A quebra de sigilo financeiro é que, em particular, tem aplicação mais ampla, podendo ser aplicada para se apurar ilícito envolvendo uma pessoa, como explicado.

Eis, pois, a mui relevante importância desses instrumentos que, se bem utilizados pela Polícia, MP e Judiciário, podem servir para alcançar os criminosos de colarinho branco, indo, assim, na contra-marcha da seletividade do Direito Penal, e caminhando no sentido do tão sonhado Direito Penal justo, em que as regras deveriam, por óbvio, ser aplicadas a todos, igualmente.

6.1 DISTINÇÕES ENTRE OS SIGILOS FISCAL, BANCÁRIO, ELEITORAL E FINANCEIRO

O sigilo fiscal diz respeito aos dados e documentos constantes nos registros da Receita Federal. Nos termos de Melissa Folmann,

Tem-se que o sigilo fiscal enquanto direito constitucionalmente garantido, refere-se à vedação de divulgação de dados que o Fisco tenha obtido em razão do seu poder de fiscalização com relação à situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades (2001, p.70).

O sigilo fiscal está amparado no art. 198, do Código Tributário Nacional e interessa ao Direito Tributário – por isso, não será tratado neste trabalho.

Já o sigilo bancário, para Alberto Luís, citado por Melissa Folmann,

Consiste na discricção que os bancos ou seus órgãos e empregados devem observar sobre os dados econômicos e pessoais dos clientes, que tenham chegado ao seu conhecimento através do exercício das funções bancárias. Por cliente tem de entender-se aqui não só aquele que realiza operações no banco, mas também todo aquele que entra com ele em relações pré-negociais não chegadas a bom termo e em resultado das quais o banco ficou a dispor de um conjunto de informações sobre a pessoa, seus bens e seus negócios – informações que pertencem à esfera da sua vida privada e que ele próprio não deseja ver divulgadas (2001, p.80).

Assim, para esse autor, o sigilo bancário concerniria os dados sigilosos coletados em razão de serviços bancários, inclusive os pré-contratuais, mormente no que se referem às contas correntes bancárias.

Nesse contexto, entender-se-ia, assim, que o sigilo financeiro se correlacionaria com os dados, documentos e informações do patrimônio (cartões de crédito, ações em bolsa, debêntures e outros créditos).

Entretanto, o que se verifica é que, com a edição da Lei Complementar nº 105/2001 – que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências –, o conceito de sigilo financeiro acabou sendo elástico.

É que a mesma Lei Complementar equiparou à instituição financeira: I – os bancos de qualquer espécie; II – distribuidoras de valores mobiliários; III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários; IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos; V – sociedades de crédito imobiliário; VI – administradoras de cartões de crédito; VII – sociedades de arrendamento mercantil; VIII – administradoras de

mercado de balcão organizado; IX – cooperativas de crédito; X – associações de poupança e empréstimo; XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros; XII – entidades de liquidação e compensação; XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional (art. 1º, §1º, da LC nº 105/2001).

Ademais, estabeleceu: (a)em seu art. 1º, § 2º, que “as empresas de fomento comercial ou *factoring*, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º”; (b)em art. 2º, que “O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições”; e (c)em seu art. 2º, § 3º, que “ o disposto neste artigo aplica-se à Comissão de Valores Mobiliários, quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, inclusive nas instituições financeiras que sejam companhias abertas”.

Sendo assim, o sigilo financeiro abrange todos os dados **sigilosos** de todas essas referidas instituições (BACEN, CVM, empresas de *factoring*, bancos de qualquer espécie, administradoras de cartão de crédito etc).

É por essas razões que preferimos, nas próximas considerações sobre o tema, utilizar-se do termo “sigilo financeiro”, uma vez ser este mais amplo e englobar o sigilo bancário.

Por ora, cabe consignar, ainda, a observação de Juliana Belloque:

Não é diferente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que já tiveram oportunidade de assentar a equivocidade da equiparação dos sigilos fiscal e financeiro, como também da relação de continência entre ambos, pela qual seria o primeiro o continente e o segundo o conteúdo. Tais alegações, invocadas pela Receita, na tentativa de acesso a dados financeiros sem prévia autorização judicial, foram expressamente afastadas.

No tocante ao sigilo eleitoral, *mister* que se diga que este abrange determinados dados registrados na Justiça Eleitoral (identificação de autoria do voto, pro exemplo)¹⁰.

6.2 NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTOS DO SIGILO FINANCEIRO

Várias são as teorias que objetivam explicar a natureza jurídica do sigilo financeiro. Entre elas, podemos apontar as seguintes teorias: contratualista; da responsabilidade civil, consuetudinária; do segredo profissional; da boa-fé e do dever de lisura; legalista; do direito à intimidade dos Bancos; do direito de personalidade¹¹.

Para Juliana Belloque, os fundamentos do sigilo financeiro são de três ordens, a saber:

os fundamentos do sigilo financeiro residem, conjugadamente: a) no direito à intimidade do cliente e de terceiros envolvidos nas operações efetuadas pelas instituições financeiras; b) no dever de sigilo profissional, que afeta a sua própria credibilidade; e c) na segurança e no bom desenvolvimento do sistema financeiro nacional.

No tocante aos fundamentos “a” e “c”, razão assiste à autora, à vista de que os serviços bancários, hodiernamente, têm sido largamente disseminados e cada vez mais popularizados, devendo, assim, as informações e dados de caráter sigiloso ser preservadas, em cumprimento ao direito à intimidade erigido no inciso X, do art. 5º, da CF/88.

Equivoca-se a autora, contudo, quando aponta o sigilo profissional (“b”) como um dos fundamentos do sigilo financeiro (financeiro *strictu sensu*, fiscal e bancário).

Nesse ponto, concordamos com Maria Lima Roque, para quem

Os bancos, em virtude de suas atividades, são levados a acobertar procedimentos ilícitos, daí que não se pode equipar a natureza dos sigilos bancário dos banqueiros com a dos médicos, psicólogos, advogados e sacerdotes. Quem recorre a estes profissionais o faz por necessitar de ajuda física, mental, legal, e espiritual. Há uma necessidade premente que só os profissionais elencados podem atender. O mesmo não se dá com os Bancos. Quem a eles recorre vai movido pela busca do lucro ou de uma vantagem qualquer. Tratando-se de uma atividade comercial, o lucro será sempre o motor de qualquer atividade bancária. Não há nenhuma necessidade vital que possa levar o criminoso ao Banco para ocultar valores obtidos ilicitamente.

Com muita proficiência, arremata o mestre Aliomar Baleeiro, citado por Maria Roque:

¹⁰ Sobre o tema, ver excelente artigo de Rômulo de Andrade Moreira: Sistemas de Código Aberto e a Urna. Disponível em: <http://www.cic.unb.br/~pedro/trabs/entrevistaRCC.htm>

¹¹ Sobre os fundamentos centrais de cada teoria, ver obra de Maria José Oliveira Lima Roque: “Sigilo Bancário & Direito à Intimidade”.

Em princípio só devem os Bancos aceitar e ser procurados para negócios lícitos e **confessáveis** (...). Diversa é a situação do advogado, do médico e do padre, cujo dever profissional lhes não tranca os ouvidos a todos os desvios de procedimento ético ou jurídico, às vezes conhecidos somente da consciência dos confidentes (grifo nosso). (2001, p. 101).

Pensamos que eventual quebra de sigilo financeiro só pode ocorrer quando necessário, desde que preencha todos os requisitos legais, sendo, pois, uma exceção ao direito à intimidade do indivíduo, e não por se constituir como uma exceção à violação de segredo profissional, eis que, a nosso ver, é hipótese esdrúxula e descabida na seara bancária.

6.3 QUEBRA DE SIGILO FINANCEIRO PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Como cediço, o sigilo financeiro, protegido pelo art. 5º, X, da CF/88, não é direito absoluto, podendo, assim, ser excepcionado, desde que atendidos o princípio da proporcionalidade (ou o postulado da proporcionalidade, como quer Humberto Ávila), e os limites traçados pela lei. Nesse sentido, assim é a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. PROCEDIMENTO LEGAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 2. O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, AI-AgR 655298-SP, Rel. Min. Eros Grau, pub. in DJ de 09.04.2007).

6.3.1 Natureza jurídica da quebra de sigilo financeiro no processo penal

A quebra do sigilo financeiro não se trata, a rigor, de meio de prova. Trata-se, em verdade, de ato investigatório, destinado a buscar a prova.

Assim, o primeiro momento lógico constitui-se na quebra do sigilo efetuada pelo juiz. Só após esse *decisium* judicial é que haverá a posse dos documentos onde constam os dados desejados (BELLOQUE, 2003).

Nesse prumo, verifica-se que o meio de prova – *in casu*, a prova documental – será, então, a consequência da quebra do sigilo. Sendo assim, forçoso concluir que a quebra de sigilo financeiro terá natureza de meio de obtenção de prova (ato investigatório), e não simplesmente meio de prova, conforme destaca Juliana Belloque:

Desta forma, a medida em apreço não constitui meio de prova, pois não representa, isoladamente considerada, instrumento de demonstração das alegações a serem provadas, mas sim ferramenta voltada ao recolhimento de fontes de provas (documentos), nos quais podem estar presentes informações pertinentes à causa penal, as quais apenas consistirão em elementos de formação da convicção do magistrado depois de introduzidas as autos pelo meio da prova documental. Assim, todos os caracteres da medida de quebra do sigilo financeiro ora expostos indicam a sua natureza de *meio de obtenção de prova*.

Acresça-se, ademais, que, ante a natureza do direito protegido pelo sigilo financeiro (direito fundamental à intimidade), o acesso aos autos deverá permanecer restritos às partes, que não poderão utilizar-se das informações para fins estranhos à lide, a teor do art. 3º, da Lei Complementar 205/2001.

6.3.2 Requisitos legais para a quebra do sigilo financeiro

Com efeito, em se tratando o sigilo financeiro (leia-se: financeiro e bancário) de uma proteção ao direito fundamental à intimidade, fixou a lei determinados requisitos à concessão da sua restrição, de tal modo que, uma vez inobservados tais requisitos legais, será a prova resultante (prova documental em que constam os dados sigilos) da quebra desse sigilo, fatalmente, contaminada de ilicitude.

6.3.2.1 Competência exclusiva do Poder Judiciário

Tratando-se a quebra de sigilo financeiro de uma restrição aos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada etc., impende reconhecer que tão-somente cabe ao Judiciário a aferição de tal *mister*.

A uma porque a *Magna Cartha* adotara a teoria de Montesquieu (que remonta a John Locke) da separação dos poderes em três, quais sejam Executivo, Legislativo

e Judiciário. E, com efeito, a própria CF/88 estabelece, em seu art. 5º, XXXV, a inafastabilidade da jurisdição ou da via judiciária, sendo, assim, o juízo o órgão exclusivo com competência para averiguar conflito aparente entre direitos fundamentais. A duas, porque o controle de legalidade exercido pela Justiça (*check and balances* ou freios e contrapesos) funciona, justamente, para frear ou “barrar” eventual abuso de poder do Executivo ou Legislativo.

Sendo assim, a restrição da intimidade preservada pelo sigilo financeiro é reservada à jurisdição, impelido, assim, que apenas a autoridade judiciária competente possa produzir uma decisão que, se atendidos os critérios legais e a proporcionalidade, quebrar o sigilo.

A quebra do sigilo financeiro pode ocorrer em dois momentos: na fase pré-processual e na fase processual. Esta é possibilitada pelo Código Processo Penal, em razão do poder instrutório do juiz, um vez que, no processo penal, não deve ser o magistrado mero expectador das partes, sendo lícito, pois, ao julgador determinar a quebra de sigilo financeiro *ex officio*¹². Entretanto, conforme alerta Belloque, esta hipótese “é situação quase impraticável. A medida assume papel de extrema relevância durante as investigações preparatórias à ação penal” (2003, p.125).

6.3.2.2 Hipóteses de quebra do sigilo

Com efeito, o art. 1º, § 4º, da Lei Complementar 105/2001, prevê algumas das hipóteses em que poderá o sigilo financeiro (e aqui envolve, repita-se, o sigilo bancário) ser excepcionado:

“Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência **de qualquer ilícito**, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, **e especialmente nos seguintes crimes:**

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a Administração Pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX – praticado por organização criminosa (grifo nosso).

Observe-se que, no tocante à disciplina de restrição ao sigilo financeiro, diversamente da Lei 9.0296/96 (Lei de Interceptação Telefônica), o legislador de 2.001, ao consignar as expressões “de qualquer ilícito” e “especialmente nos seguintes casos”, limitou-se apenas em exemplificar as hipóteses em que a apuração de determinados crimes poderá ensejar a aludida medida investigatória.

Nesse sentido, assim disserta Belloque:

O rol de crimes trazido pela disposição legal é meramente exemplificativo, havendo a ressalva de que a quebra do sigilo deve ser utilizada especialmente para a apuração das infrações ali enumeradas. (...) alguns são marcados pela sua gravidade, outros pela estreita conexão com a utilização dos serviços disponibilizados pelas instituições financeiras, o que significa que o legislador não se esqueceu por completo do critério da proporcionalidade, reitor de restrição de direitos fundamentais, apesar de não o ter abraçado de forma devida¹² (2003, p.94-95).

E conclui: “para tanto o rol deveria ser taxativo; pois, sem e tratando de compreensão do sigilo financeiro, da lei exigem-se preceitos inequívocos e precisos” (BELLOQUE, 2003, p.95).

Nesse passo, concordamos plenamente com a autora, à vista de que, em se tratando de direitos fundamentais, deve-se observar, sempre, o princípio da legalidade, em sua mais rigorosa acepção.

6.3.2.3 *Justa causa*

Para que possa haver, licitamente, a quebra de sigilo financeiro, é imprescindível que haja uma **justa causa**, pois a decretação dessa medida constitui, sem dúvidas, em verdadeiro ato de coação processual.

¹² No sentido, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. SCARNCE, Antonio Fernandes. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo penal**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹³ Em sentido convergente, ver: SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado. Procedimento Probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

Para que haja justa causa a ensejar a decretação da quebra do sigilo financeiro não é necessário que haja prova da materialidade do delito, uma vez, na maioria das vezes, somente os documento enviados pela instituição financeira é que poderão trazer os elementos de prova da materialidade aos autos do processo. O que é necessário para a configuração da justa causa é que estejam presentes reais **indícios** acerca materialidade e autoria do crime (BELLOQUE, 2003).

Sobre a presença desses indícios, assim explica Belloque:

Certo é que são necessários indícios que apontem a prática de uma infração penal pelo titular das informações sigilosas afetadas pela decisão. O fato incidiário, que autoriza um juízo de probabilidade ou verossimilhança, não se identifica com a mera suspeita ou com a conjectura sem apoio em elementos fáticos concretos. Estes últimos, que se afastam do campo da probabilidade, aproximando-se mais da mera possibilidade, não são suficientes à decretação da quebra de sigilo financeiro (2003, p.100).

Dessa foram, para que haja justa causa é necessário que haja fundados e reais indícios de ocorrência de um crime, de tal forma que a quebra de sigilo financeiro se afigure, à vista do postulado ou princípio da proporcionalidade como medida necessária à prevalência, no caso concreto, do interesse público relevante. Nesse sentido, assim já decidiu o Supremo Tribunal do Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO. MATÉRIAS JORNALÍSTICAS. DUPLICIDADE DA NOTÍCIA-CRIME. 2. Para autorizar-se a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, medida excepcional, é necessário que hajam indícios suficientes da prática de um delito. A pretensão do agravante se ampara em meras matérias jornalísticas, não suficientes para caracterizar-se como indícios. O que ele pretende é a devassa da vida do Senhor Deputado Federal para fins políticos. É necessário que a acusação tenha plausibilidade e verossimilhança para ensejar a quebra dos sigilos bancários, fiscal e telefônico. 3. Declaração constante de matéria jornalística não pode ser acolhida como fundamento para a instauração de um procedimento criminal. 4. A matéria jornalística publicada foi encaminhada ao Ministério Público. A apresentação da mesma neste Tribunal tem a finalidade de causar repercussão na campanha eleitoral, o que não é admissível. Agravo provido e pedido não conhecido (STF, Pet-AgR 2805-DF, Rel. Min. Nelson Jobim, pub. in DJ de 13.11.2002).

Em sendo assim, forçoso é concluir que, para a ocorrência desses fundados indícios de materialidade e autoria do crime, é necessário que haja, ao menos, um início de investigação, seja o inquérito policial ou outra peça de informação, produzida, por exemplo, pelo MP.

6.3.2.4 *Motivação da decisão judicial*

Concluindo o juiz pela viabilidade da quebra do sigilo financeiro, deverá ele fundamentar adequadamente a sua decisão (art. 93, IX, da CF/88). De forma alguma poderá tal decisão, que restringe direito fundamental, ser lacunosa.

Assim é que, deverá o magistrado, ao decidir pela quebra do sigilo financeiro, estabelecer o alcance da medida investigatória, isto é, deverá julgador especificar “quais pessoas serão atingidas pela quebra do sigilo, quais contas ou aplicações financeiras serão violadas, quais instituições financeiras deverão fornecer as informações e sobre qual período recairá a violação” (SILVA, 2003, p.108).

Observe-se, assim, que “só se pode considerar como legítima do ponto de vista constitucional uma decisão que possa ser submetida a alguma espécie de controle, (...) e tal controle só é possível se a decisão judicial tiver sido fundamentada” (CÂMARA, 2004, p.56).

6.3.2.5 *Sigilo da decretação da quebra do sigilo financeiro*

Entende Juliana Belloque que, no procedimento em que se adota a medida da quebra do sigilo financeiro,

deve ser assegurado o exercício da ampla defesa, o que impede, em absoluto, a extensão dos efeitos do sigilo dos autos ao investigado e a seu defensor, já que a informação sobre o resultado da quebra do sigilo financeiro, com o acesso de todos os documentos anexados, é requisito indispensável à elaboração da estratégia defensiva (2003, p.103-104).

Para essa autora, a restrição à publicidade da persecução penal em que houve a quebra do sigilo é devida, em atendimento ao disposto no art.5º, LX, da CF/88, porém “é inaceitável que uma norma elaborada para a tutela dos direitos da parte envolvida no processo seja utilizada para prejudicá-la, impossibilitando a sua defesa” (2003, p.104). A nosso sentir, esse entendimento se releva absolutamente equivocado, eis que na fase pré-processual não há falar-se em contraditório e ampla defesa, pela própria natureza da investigação¹⁴.

¹⁴ Ver artigo de Rômulo Moreira: **Inquérito Policial**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=2959&p=1>

Consoante argumenta Paulo Rangel,

O sigilo imposto no curso de uma investigação policial alcança, inclusive, o advogado, pois entendemos que a Lei nº 8.906/94, em seu art. 7º, III e XIV, não permite sua intromissão durante a fase investigatória que está sendo feita sob sigilo, já que, do contrário, **a inquisitorialidade do inquérito ficaria prejudicada, bem como a própria investigação** (2007, p.87).

Observe-se, assim, que a exceção ao sigilo do inquérito policial compromete a eficácia da investigação, mormente nos casos de investigação envolvendo organizações criminosas, ou mesmo a associações ou quadrilhas ou quadrilhas que apresentam algumas características da criminalidade organizada (utilização de recursos tecnológicos avançados, corrupção de agentes do Estado etc.).

Atente, nesse ensejo, que o inciso LV do art. 5º da CF/88 garante o contraditório e a ampla defesa aos acusados em geral.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - **aos litigantes**, em processo judicial ou administrativo, e **aos acusados em geral** são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (grifo nosso).

Ora, em se tratando de fase pré-processual não há acusado, mas sim investigado, sendo, portanto, tais enquadramentos jurídicos absolutamente distintos.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: CRIMINAL. RMS. SONEGAÇÃO FISCAL. PROCEDIMENTO CAUTELAR DISTRIBUÍDOS POR DÉPENDÊNCIA EM AUTOS DE INQUÉRITO POLICIAL CONDUZIDOS SOBRE SIGILO DECRETADO JUDICIALMENTE ACESSO IRRESTRITO DE ADVOGADO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. RECURSO DESPROVIDO.

Não é direito líquido e certo do advogado o acesso irrestrito a autos de inquérito policial que esteja sendo conduzido sob sigilo, se o segredo das informações é imprescindível para as investigações. O princípio da ampla defesa não se aplica ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial. Sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado. Recurso desprovido (grifo nosso). (STJ, RMS 17691-SC, Rel. Min. Gilson Dipp, pub. in DJ de 14.03/2005).

6.4 ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Muito se tem discutido sobre a legitimidade de o Ministério Público poder requisitar informações protegidas pelo sigilo financeiro diretamente às instituições financeiras.

Os adeptos da tese segundo a qual o ordenamento conferiu ao MP esse poder sustentam, em síntese, que

tendo recebidos para receber diretamente os dados relativos aos extratos bancários por parte do Banco Central (art. 4º da Lei n. 4728/65); tendo poderes investigatórios determinados pelas Leis Orgânicas Nacionais do MP (Lei Complementar n. 40/81 e a sua e a sua revogadora Lei n. 8.625/93 – art. 26); como também pela Constituição Federal (art. 129, VI), que as recepcionou; tendo recebido também poderes da própria Constituição Federal para receber estes dados diretamente das CPIs (art. 58); e ainda tendo recebido do legislador, no âmbito do Ministério público da União esta incumbência perfeitamente descrita (lei n. 7.492/86 – art. 29), não pode restar qualquer dúvida de que possa fazê-lo diretamente, sem necessidade de autorização judicial (MENDRONI, 2002, p.103).

Assim, argumentam, como, v.g., Rogério de Paiva Navarro e Márcio Mafra Leal (BELLOQUE, 2003, p.138), que a Lei Complementar nº 75/1993 (que regulamentou as atribuições constitucionais do Ministério Público da União) conferiu a esta instituição, dentre outros, o poder de quebrar o sigilo financeiro diretamente, prescindindo-se, portanto, de autorização judicial. A propósito, vejamos o que estabelece os incisos IV, V e VIII, que, segundo eles, fundamentam essa inteligência:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:
IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;
V - realizar inspeções e diligências investigatórias;
VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;
§ 1º O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal.
§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

Também é apontada, por essa doutrina, a Lei 8.625/93 (que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) como outro diploma legal que conferira essa possibilidade ao MP. Com efeito, assim estabelece o art. 26, II e seu §2º, desta Lei, *in verbis*:

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:
II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie.
§ 2º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

É utilizado, outrossim, o art. 29, da Lei 7.492/86 (que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências), que dispõe:

Art. 29. O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência, relativa à prova dos crimes previstos nesta lei.
Parágrafo único O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no caput deste artigo.

Há, inclusive, disposição nesse sentido no Projeto de Lei 3.731/97 (que dispõe sobre as organizações criminosas, os meios de obtenção da prova e o procedimento criminal):

Art. 19. A autoridade policial ou o Ministério Público, no curso da investigação criminal ou da ação penal, poderão requisitar, de forma fundamentada, o fornecimento de dados cadastrais, registros, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras, telefônicas, de provedores de *internet*, eleitorais ou comerciais, ressalvados os protegidos por sigilo constitucional.
Parágrafo único. No caso de recusa por parte do detentor da informação requisitada, o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, expedirá mandado de busca e apreensão.

O que se verifica, contudo, é que, muito acertadamente, essa sustentação tem sido rechaçada por boa parte da doutrina e jurisprudência.

Conforme atenta Juliana Belloque, o princípio da reserva da jurisdição abrange “não só as situações em que a restrição de direito público subjetivo esteja expressamente vinculada à prévia atuação jurisdicional, **como também daquelas em que resulta grave colisão do sistema constitucional de direitos fundamentais**” (grifo nosso). (2003, p.140).

Assim é que, conforme já explicado, por se tratar a quebra de sigilo financeiro de uma restrição aos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada etc., cabe ao Judiciário, e não MP, a decretação de tal medida (a respeito do requisito da competência exclusiva do Poder Judiciário para a decretação da quebra do sigilo

financeiro, ver o tópico 6.3.2.1, a que remetemos o leitor).

Nesse sentido, assim se expressa o Min. do STJ Domingos Franciulli Netto:

Afora os poderes conferidos às Comissões Parlamentares de Inquérito, cabe ao Poder Judiciário ordenar a quebra do sigilo bancário, o que deverá ser determinado pelo juízo natural da causa, nesta incluída a medida cautelar, consoante observa com acuidade Jacques de Camargo Pentead, apontando valioso julgamento relatado pelo eminente Ministro Athos Carneiro, por vedar o sistema pátrio apenas emprego de meio estranho ao processo (STJ, Conflito de Competência, PI, in DJU de 5.4.1993, p. 5.803), a par da doutrina de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, exposta na obra “Teoria Geral do Processo”, Editora RT, 1ª edição, 1974, página 274 (2007, p.20-21).

Veja como é simples o raciocínio.

Com efeito, o inciso X do 5º da CF estabeleceu, expressamente, que é inviolável o direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, sendo, pois, a teor do art. 60, §4º, IV, cláusula pétrea.

Assim, como todo direito fundamental, o direito à intimidade, protegido pelo sigilo financeiro, pode ser relativizado, se preenchido todos os requisitos legais (ver o tópico 6.3.2). Mas essa relativização, ou melhor, essa restrição, justamente por ser dirigida a um direito fundamental, só poderá ser exercida pelo Judiciário, em razão de competência. Isso porque a CF/88, em nenhum momento, conferiu ao Ministério Público a atribuição de quebra do sigilo financeiro de quem quer que seja. Senão, vejamos.

Dispõe o inciso VI do art. 129 da *Magna Charta*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

Observe-se, pelo teor deste dispositivo constitucional, que o MP poderá, sim, em certos casos, requisitar informações e documentos. **Mas isso tão-somente será possível, se tais informações e documentos não estiverem revestidos de caráter sigiloso.**

É que, quando o constituinte estabeleceu que o *Parquet* poderá requisitar informações e documentos para instruir os procedimentos administrativos de sua competência, ele quis se referir, obviamente, às informações e documentos que não

sejam sigilosos, considerando-se que o direito à intimidade foi erigido como fundamental no art. 5º, X.

Também a possibilidade conferida ao MP em requisitar diligências investigatórias (art.129, VIII, da CF/88) em nada leva a interpretar que o MP tem o poder de decretar a quebra do sigilo financeiro. É claro que o MP pode requisitar a instauração de inquérito policial e outras diligências investigatórias. Entretanto, para que o MP possa obter, lícitamente, os dados, documentos e informações de caráter sigiloso, **é necessário, primeiro, que requeira a quebra do seu sigilo perante a Justiça.**

Nesse diapasão, deve-se atentar que quem conferiu essa “atribuição” do MP em requisitar informações e documentos de caráter sigiloso foi o legislador infraconstitucional. Em nenhum momento algum a CF/88 consignou expressamente esse poder ao MP.

Sendo assim, como cediço, não cabe ao legislador infraconstitucional ampliar a atribuição do Ministério Público, que já foi devidamente traçada pela Constituição Federal.

Dessa forma, a antinomia entre a norma jurídica inserta no art. 5º, X, da CF/88 e a norma estabelecida no art. 8º, §2º, da Lei Complementar 75/93, deve ser resolvida, obviamente, com a prevalência da regra constitucional, eis que de maior hierarquia dentre todas as normas jurídicas (Hans Kelsen).

A propósito, é relevante observar, outrossim, que a Lei Complementar nº 105/2001 – portanto, posterior à LC 75/93 -, que dispõe, especificamente, sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, “não confere atribuição ao Ministério Público para a requisição direta das informações sigilosas” (BELLOQUE, 2003, p.139).

6.5 A ODIOSA FIGURA DO JUIZ INQUISIDOR (ART. 3º, DA LEI 9.034/95)

O art. 3º, da Lei 9.034/95 pecou gravemente ao prever que, em se tratando de quebra de sigilo financeiro (que engloba sigilo bancário, e o sigilo que, antigamente,

era conhecido como o financeiro, como já foi explicado) e eleitoral, o próprio juiz realizará a diligência investigatória **pessoalmente**.

Com efeito, assim previa o dispositivo:

Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

§ 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§ 2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.

§ 3º O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.

§ 4º Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.

§ 5º Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.

Com isso, o legislador acabou ressuscitando a odiosa figura do juiz inquisidor, existente no sistema inquisitorial, na qual se concentram no magistrado as funções de acusar, defender e julgar (MARQUES, 1998).

Conforme explica Jacinto Miranda Coutinho, citado por Paulo Rangel: “a característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente” (2007, p.46).

Como características do sistema inquisitorial, aponta Paulo Rangel:

a) as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, *ex officio*, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade;

a) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo;

b) não há o contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se conferindo nenhuma garantia;

c) o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal e, conseqüentemente, a confissão é a rainha das provas (com grifos no original). (2007, p.46).

Observe-se, assim, que esse sistema fulmina, dentre outras, a garantia da imparcialidade do juiz, do princípio da publicidade e da fundamentação das decisões judiciais. O “julgamento” se realiza, pois, sem a garantia que do devido processo legal. Nesse sentido, Gamil Föppel é enfático:

Nos termos da Lei, irá este juiz, inicialmente, comprometer a sua imparcialidade – colhendo as provas fora do devido processo legal –, para depois afrontar, com todas as forças, o princípio da publicidade e da fundamentação das decisões jurisdicionais. Em suma síntese, irá este juiz colher provas, guardá-las em sigilo e depois utilizá-las na formação de seu convencimento, sem que, evidentemente, possa usá-las na sua fundamentação. Imagine-se uma sentença condenatória lastreada em tais provas!

Consoante Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho,

esta é a razão pela qual os ordenamentos processuais modernos abandonaram o sistema inquisitório em que as funções de acusar e julgar estavam concentradas no mesmo órgão (juiz ou Ministério público). E é por isso que desperta preocupações o texto da Lei 9.034, de 03.05.1995, destinada a regular a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão dos crimes oriundos de organizações criminosas, que transforma o juiz em verdadeiro inquisitor, atribuindo-lhe a colheita das provas, com que fere a mais importante garantia do devido processo legal, que é a garantia de imparcialidade (GRINOVER, et al; 2006, p.148).

Nem precisa dizer, só pelas características, que esse sistema não foi o adotado pela Constituição Federal de 1.988, adotando-se, no Brasil, o sistema acusatório.

6.5.1 A ADIN 1.570-2/2004

Apenas em 2004 (oito anos após à Lei 9.034/95) foi que o Supremo Tribunal Federal julgou o mérito da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 1.570-2, proposta pelo Ministério Público Federal. Eis a ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei

Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.

Assim, conforme decidiu o STF, o art. 3º, da Lei 9.034/95 foi integralmente revogado, extirpando-se do ordenamento jurídico a odiosa figura do juiz inquisidor. Quanto aos dados bancários e financeiros, entendeu o STF que a ADIn ficara prejudicada, tendo em vista que a Lei Complementar nº 105/2001, por regular toda a matéria referente aos sigilos bancários e financeiros, acabou por revogar tacitamente a parte do art. 3º, da Lei 9.034/95, que lhes toca. E nesta LC nº 105/2001 não existe essa figura do juiz inquisidor.

Já em relação aos dados fiscais e eleitorais, entendeu o STF, muita acertadamente, pela inconstitucionalidade, por todas as razões apontadas acima, retirando-se, assim, a parte restante do art. 3º - que não fora revogada pela LC nº 105/2001 -, da mesma Lei, da órbita jurídica.

7 INFILTRAÇÃO DE AGENTE POLICIAL

A Lei 10.217/2001 alterou a Lei 9.034, acrescentando o inciso V, do art. 2º, bem como o parágrafo único do mesmo artigo, instituindo, assim, o ato investigatório da infiltração de agente policial em organizações criminosas, associações de qualquer tipo e em bandos ou quadrilhas.

Com efeito, assim prevêm tais dispositivos:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

Interessante é observar que a Lei 9.034, em sua origem, já previa a infiltração de agente policial no bando ou quadrilha, em seu art. 2º, I, sendo o mesmo, contudo, vetado, à época, pelo Presidente da República. Eis a redação original desse dispositivo:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

I – infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer co-participação delituosa, exceção feita ao artigo 288, do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940-Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso a antijuridicidade.

As razões do veto presidencial pautaram-se, precipuamente, em virtude da ausência de previsão da autorização judicial como requisito necessário à concessão da medida. Entretanto, é bom que se diga, o dispositivo vetado previa de forma acertada a regulamentação sobre a responsabilidade penal por parte do agente infiltrado no exercício de sua atividade, no tocante ao delito de associar-se me quadrilha ou bando, previsto pelo art. 288, do Código Penal, considerando-se que, neste caso, a ocorrência de causa de exclusão da antijuridicidade da conduta.

Feitas essas considerações preliminares, *mister*, nesse passo, que se estabeleça um conceito acerca da infiltração de agente.

A infiltração de agente consiste em meio investigatório – e, portanto, um meio de obtenção de prova – pelo qual um agente policial ou um agente de inteligência infiltra-se numa organização criminosa ou numa associação criminosa de qualquer tipo ou mesmo em uma quadrilha ou bando, disfarçando-se a sua real identidade, com o objetivo de obter informações a respeito do funcionamento desses agrupamentos criminosos.

Observe-se, assim, que, por força do que dispõe o art. 1º, da lei 9.034/95, e por não haver restrição do âmbito de aplicação da infiltração de agente policial, como houve com a ação controlada (art. 2º, II), conclui-se que a infiltração pode ser aplicada às quadrilhas ou bandos e às associações, podendo, claro, ser aplicada às organizações criminosas, uma vez sendo estas enquadradas como essas ou aquelas.

Nesse ponto, deve-se frisar que a infiltração de agente policial, por ser medida por demais gravosa, só deve ser utilizada se for proporcional, isto é, se for adequada, necessária e se o benefício superar o efeito colateral (proporcionalidade em sentido estrito). Assim, v.g., não deve tal meio investigatório ser aplicado à quadrilha que pratique crimes de menor potencial ofensivo ou quando a Polícia Judiciária dispõe de outros meios ordinários de investigação. Nesse sentido, refaz-se às críticas em relação à ausência de uma definição legal das organizações criminosas, eis que o conceito legal serve, justamente, para melhor aplicar o postulado da proporcionalidade, uma vez que deixa uma margem menor a dúvidas e interpretações possíveis acerca da aplicação da medida.

Não se deve olvidar que a nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) também prevê a figura do agente infiltrado, em seu art. 53, I, que prevê, *in verbis*:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

Observe-se que esta Lei prevê expressamente a oitiva do Ministério Público, antes da concessão da medida pelo juiz.

A revogada lei de Tóxicos (Lei 10.406/2002), também previa este ato investigatório, em seu art. 33, I.

7.1 CARACTERÍSTICAS DA INFILTRAÇÃO

7.1.1 Considerações gerais

Acerca da origem do instituto da infiltração de agente policial, informa Jayme José de Souza Filho:

A figura do agente infiltrado inserido na legislação pátria tem sua origem no “*undercover*” norte-americano, ou seja, o Brasil seguiu uma tendência internacional no combate ao crime organizado. Nos EUA as principais técnicas de investigação com relação ao combate às organizações criminosas são: a operação *undercover*, o uso de informantes e a vigilância eletrônica. Entende-se por “*undercover*” o agente estatal que de forma dissimulada ingressa na organização investigada para colher informações que visem o seu desmantelamento, por meio da identificação de seus integrantes e coleta de elementos probatórios que venham a subsidiar a instrução criminal. Nesse caminho países como México, Argentina, Espanha, Chile, Portugal, Alemanha e França já possuem a matéria regulamentada em seus ordenamentos positivos.

No tocante à autorização judicial, verifica-se ser esta uma exigência comum para a aplicação da infiltração de agente policial em diversos países, como, v.g., a Espanha, Alemanha e Portugal (SILVA, 2003, p.87).

Acerca das características da infiltração de agentes, verbera Eduardo Araújo Silva:

Apresenta, segundo a doutrina, três características básicas: a dissimulação, ou seja, a ocultação da condição de agente oficial e de suas verdadeiras intenções; o engano, posto que toda a operação de infiltração apóia-se numa encenação que permite ao agente obter a confiança do suspeito; e, finalmente, a interação, isto é, uma relação direta e pessoal entre o agente e o autor potencial (2003, p.86).

Como vantagens dessa técnica de investigação, aponta Marcelo Mendroni:

Fatos criminosos não esclarecidos podem ser desvelados, *modus operandi*, nomes – principalmente dos “cabeças” da organização, nomes de “testas de ferro”, bens, planos de execução de crimes, agentes públicos envolvidos, nomes de empresas e outros mecanismos utilizados para a lavagem de dinheiro, etc. (2002, p.70).

7.1.2 O agente infiltrado

Dispõe o art. 2º, V, da Lei 9.034/95, que a infiltração poderá realizada por agentes policiais ou de inteligência.

Deve-se entender como agente policial, neste caso, o agente da Polícia Civil ou Federal, eis que, consoante o art. 144, da Constituição Federal, somente à Polícia Judiciária cabe investigar. Às Polícias Militares, cabem, por sua vez, “a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil” (art. 144, §5º, da CF/88).

Em se tratando de agentes de serviço de inteligência, assevera Marcelo Mendroni que “o âmbito de sua atribuição deverá restringir-se exclusivamente às funções decorrentes dos órgãos a que pertencem, vedada a extrapolação para coleta e apuração de crimes de atribuição exclusiva da polícia” (2002, p.76-77).

Adverte José Lafaieti Barbosa Tourinho, que o policial militar poderá atuar como agente infiltrado, desde que se infiltre na condição de agente de inteligência.

No entanto, não se descarta a hipótese de um policial militar, do chamado “setor reservado” da corporação ser infiltrado em associações criminosas, pois poderia ser considerada a sua função como “de inteligência”, exigindo-se deste profissional uma especial formação para investigações de caráter sigiloso (2007, p.04).

É inadmissível, por outro lado, que um particular atue como agente infiltrado, uma vez que a lei não vislumbra essa hipótese.

Se a matéria relativa a quem pode exercitar as atividades de agente infiltrado já se apresenta com certa controvérsia entre a doutrina nacional, podemos acertadamente vislumbrar que é inadmissível dentro do ordenamento brasileiro, a aceitação de particulares agindo como agentes infiltrados por completa falta de previsão legal, que se assim previsse estaria fadada ao insucesso pelas conseqüências jurídicas que tal fato acarretaria para o particular e para o próprio Estado, principalmente no tocante as responsabilidades penais que o Estado teria no caso de algum cometimento de ilícito por parte do particular quando do exercício das atividades de agente infiltrado (SOUZA Filho, 2007, p.01).

7.2 REQUISITOS LEGAIS

A Lei 9.034/95 exige, em seu inciso V, a “circunstanciada autorização judicial”. Por autorização “circunstanciada”, deve-se entender no sentido de que o magistrado “deverá fixar o objeto e conteúdo da atividade do agente infiltrado, que naturalmente poderão ser ampliados ou restringidos de acordo com a necessidade advinda da produção dos resultados” (ROCHA, 2007, p.09-10). O juiz deverá também, claro, fixar o termo inicial de duração da medida.

Se por um lado atentou-se a lei quanto ao indispensável requisito da autorização judicial que, diga-se de passagem, é presumível, por outro, pecou a lei por não disciplinar o procedimento para a realização da medida de investigação da infiltração de agente. Assim, também, omitiu-se a lei em prever:

quais os requisitos para o seu deferimento, quem tem legitimidade para requerê-la, se o juiz pode determiná-la de ofício ou não, por quanto tempo pode perdurar, se é possível sua renovação, se as informações obtidas pelo policial devem ser relatadas ao juiz e como se dá a participação do órgão do Ministério público.

No contexto internacional, conquanto a Alemanha detalha o procedimento da infiltração de agente policial, a Itália e França não segue o mesmo caminho.

Em sentido contrário à defesa de que o procedimento da infiltração policial deve ser disciplinado em lei, manifesta-se Damásio de Jesus:

Apesar da redação lacunosa da lei que introduziu a figura do agente infiltrado, não há necessidade de regulamentação dela por meio de outra espécie normativa. A principal exigência para sua aplicação, que constitui o *standard* mínimo para o deferimento da medida, está expressamente reconhecida. Assim, há as exigências de se tratar de associação criminosa e de decisão judicial fundamentada. Não se fez qualquer alusão quanto ao procedimento ou ao prazo da medida. É possível, contudo, afirmar a intencionalidade dessa omissão legislativa, uma vez que a determinação do prazo deve se orientar pela necessidade do caso concreto e pelo bom senso e responsabilidade do juiz. Por outro lado, a iniciativa de provocação é do Ministério Público e da autoridade policial. Por se tratar de uma providência indiscutivelmente de caráter cautelar, o pedido deve ser autuado em apartado, mantido o absoluto e irrestrito sigilo ao longo da infiltração. É razoável admitir, ainda, que essas omissões legais possam ser perfeitamente supridas por meio do emprego da analogia da Lei n. 9.296/96, que regulamenta o procedimento das interceptações telefônicas.

Com efeito, o art. 2º, V, da Lei 9.034/95 é constitucional, possuindo, pois, plena eficácia e aplicabilidade, uma vez o principal requisito para a aplicação da medida da infiltração de agente policial – autorização judicial –, que, como diz Damásio, é o

“*standard* mínimo para o deferimento da medida”, foi expressamente exigida por lei.

Contudo, não merecem prosperar as alegações no sentido de ser mais conveniente e pertinente a falta de regulamentação legal, eis que deve-se, sempre, ser observados os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Ante a omissão legal, entende Eduardo Araújo Silva que deverá ser aplicada à medida de infiltração de agente a Lei 9.296/96 – que disciplina a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática – em analogia, no que couber, uma que o ato investigatório da infiltração de agente policial restringe o direito à privacidade (2003, p.87-88).

Não pensamos dessa forma. Nesse sentido, perfilhamos com o entendimento de Rômulo de Andrade Moreira, para quem a Lei 9.296/96 não deve ser aplicada por analogia, **em razão de não tratarem a infiltração de agente policial e a interceptação telefônica de atos investigatórios semelhantes.**

Assim, no tocante ao prazo para o juiz decidir se autoriza ou não a infiltração de agente policial, deverá ser aplicado, em analogia, o Código de Processo Penal (e não a Lei 9.296/96), que prevê, em seu artigo 800, *in verbis*:

Art. 800. Os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos:
I - de 10 (dez) dias, se a decisão for definitiva, ou interlocutória mista;
II - de 5 (cinco) dias, se for interlocutória simples;
III - de 1 (um) dia, se se tratar de despacho de expediente.
§ 1º Os prazos para o juiz contar-se-ão do termo de conclusão.
§ 2º Os prazos do Ministério Público contar-se-ão do termo de vista, salvo para a interposição do recurso (art. 798, § 5º).
§ 3º Em qualquer instância, declarando motivo justo, poderá o juiz exceder por igual tempo os prazos a ele fixados neste Código.
§ 4º O escrivão que não enviar os autos ao juiz ou ao órgão do Ministério Público no dia em que assinar termo de conclusão ou de vista estará sujeito à sanção estabelecida no art. 799.

Assim, observe-se que deve ser aplicada a regra geral, e não uma regra específica de um procedimento destinado a um ato investigatório que não se assemelha à infiltração de agente policial.

Já em relação ao lapso temporal máximo em que poderá perdurar a infiltração de agente policial, entendemos que esse prazo deverá ser estabelecido segundo critério prudente do juiz, respeitando-se o princípio da proporcionalidade e estando

tal interregno temporal sujeito à complexidade da investigação.

A nosso sentir, em interpretação sistemática, poderá requer ao juiz a autorização da infiltração de agente policial o Ministério Público (art. 129, VI e VIII, da CF/88) e a Polícia Judiciária (Civil e Federal). Não pode, por sua vez, o juiz deferir, *ex officio* a medida, sob pena de afronta ao sistema acusatório.

Prevê o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.034/95 que “a autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração”. Com efeito, conforme observa Eduardo Silva,

O procedimento deverá ser marcado pelo sigilo (art. 2º, parágrafo único, da Lei 9.034/95), devendo ter a acesso aos autos apenas o juiz e o representante do Ministério Público, para o qual o elemento de prova é produzido. A justificativa para tanto é a necessidade de não apenas assegurar o sucesso das investigações em curso, mas sobretudo preservar a vida do agente que atua de forma infiltrada, pois, se sua condição for descoberta pelos integrantes da organização criminosa, sua vida estará em risco. Nessa linha, também o art. 20 do Código de Processo Penal assegura a possibilidade da autoridade policial determinar o “sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade” (2003, p.89).

Não se deve olvidar que o deferimento do pedido de realização da infiltração de agente deve se dá apenas nos casos em que houver uma “impossibilidade da prova ser colhida por outros meios disponíveis”.

Encerrada a diligência investigatória, entendemos que a autoridade policial deverá elaborar um relatório circunstanciado das diligências empreendidas, enviando-o ao magistrado (SILVA, 2003), até mesmo por hermenêutica teleológica e sistemática das normas processuais penais.

7.3 RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO

Questão interessante e, ao mesmo tempo, problemática, é a que dizer respeito à responsabilidade penal do agente infiltrado. Nesse sentido, é a preocupação de Luíz Flávio Borges D'Urso:

Ora, como admitir que poderemos autorizar um agente policial assaltar, para o fim de se prender e punir assaltantes? O Estado não estaria caindo num contra-senso? Essas questões se colocam para o plano prático. Há de

se meditar sobre o desvio de conduta do "infiltrado", o que poderá trazer mais males do que contribuição efetiva à investigação criminal, sem falar no altíssimo risco de vida que o agente policial infiltrado correrá.

Creio que essa lei nova, já em vigor, poderia ter sido melhor discutida com a sociedade, apesar dos avanços que tal diploma concebe para a investigação ou para o próprio processo penal.

Agora resta ao judiciário aumentar o controle dessas autorizações, de forma que a lei posta, sirva efetiva e exclusivamente, aos objetivos que inspiraram o legislador pátrio.

A propósito, qual seria a natureza jurídica da conduta do policial que pratica fato típico? Atenta Franco que

No projeto originário, vetado, excluía-se a antijuridicidade da conduta do agente policial se realizados atos referentes à quadrilha ou bando onde se infiltrara. Agora, faz-se irresponsavelmente silêncio total sobre a responsabilidade penal do agente policial, em relação às ações por ele empreendidas no exercício de suas atividades. Na doutrina discute-se a posição jurídica do agente infiltrado, afirmando alguns a licitude de seu procedimento por ter atuado no estrito cumprimento de seu dever ou no exercício regular de direito legal ou a carência de culpabilidade por obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal. Já outros asseguram existir na hipótese escusa absolutória, o que implica o reconhecimento do fato criminoso, sem imposição de pena em virtude de uma postura político-criminal. (FRANCO, 2002, p.586).

Entendemos como Eduardo Silva, que, uma não atuando o agente infiltrado como agente provocador, poderá o agente não incorrer em crime, em razão de estrito cumprimento de dever legal (2003).

A lei não disciplina os casos em que haverá ou não responsabilidade do agente policial infiltrado, o que, sem dúvidas, constitui drástica falha legislativa. Assim, deve o juiz se guiar pelo postulado da proporcionalidade. Nesse sentido, proficiente são as palavras de Eduardo Silva:

A análise da proporcionalidade entre a conduta do policial infiltrado e o fim buscado pela investigação é o caminho a ser trilhado. Não se apresenta razoável, por exemplo, admitir que o policial possa matar pessoas na busca de elementos de prova para apuração de crimes praticados contra a flora e a fauna. Tal conclusão, portanto, impõe uma análise casuística das situações que se apresentam. Ante o subjetivismo desse critério, como propõe parte da doutrina espanhola, afigura-se conveniente a fixação legal de limites mínimos para a consideração do tema, entre os quais a proibição de o agente pôr em perigo a vida, a integridade física ou psíquica de pessoas investigadas ou terceiros estranhos à investigação em curso.

7.4 DEPOIMENTO DO AGENTE POLICIAL INFILTRADO

Outra questão complexa é aquela concernente à valoração do depoimento do agente policial como prova.

Com efeito, não se creditar valor absoluto às palavras prestadas pelo agente policial infiltrado, pois “inegavelmente sua participação nas diligências pode exercer influência sobre seu depoimento em juízo” (SILVA, 2003, p.152).

Assim é que o juiz deverá se atentar a dois elementos de valoração: a demonstração da veracidade do depoimento do agente infiltrado por meio de provas e a ausência de interesse pessoal em afastar eventual ato ilícito por ele praticado, quando infiltrado no agrupamento criminoso (SILVA, 2003).

Nesse sentido, inclinam-se a Jurisprudência:

EMENTA: TÓXICO - Tráfico - Caracterização - Droga apreendida nas mãos dos apelantes - Grande quantidade - Policiais que se infiltraram na quadrilha afim de se passarem por traficantes - Prova colhida que aliada ao depoimento dos policiais que autorizam a condenação - Recurso não provido. É inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório. (Apelação Criminal n. 157.320-3 - Limeira - 3ª Câmara Criminal - Relator: Irineu Pedrotti - 13.11.95 - V.U.)

EMENTA: PROVA CRIMINAL - Testemunha - Tóxico - Depoimentos prestados por policiais - Inexistência de razão concreta para suspeição - Testemunho que deve ser analisado e avaliado no contexto do quadro probatório - Recurso não provido. (Apelação Criminal n. 241.567-3 - São Bernardo do Campo - 6ª Câmara Criminal - Relator: Debatin Cardoso - 06.08.98 - V.U.)

Deve ter em mente, ademais, que o agente infiltrado não poderá provocar o crime, sob pena de haver ilicitude, não havendo, neste caso nem crime, tampouco prova penal a ser valorada. A propósito, atente-se para o que estabelece a Súmula 145, do STF: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

7.5 INEXEQUIBILIDADE DA INFILTRAÇÃO DE AGENTE POLICIAL NO BRASIL

No âmbito prático, o que se verifica é que, no Brasil, a utilização da infiltração de agente ainda não é uma realizada. É que, por razões estruturais, técnicas etc., a medida se afigura, ainda, inexequível. Sem dúvidas, o Brasil ainda não chegou a esse estágio de desenvolvimento aprimorado das investigações a ponto de poder ser utilizada a infiltração de agente policial nas organizações criminosas.

Nesse sentido, assim informou Paulo Gomes:

A gente não utiliza aqui infiltração de agente, até porque ele não tem preparo nenhum. Na Polícia nossa, ninguém tem um preparo voltado para a infiltração. É muito arriscada essa questão da infiltração. Em São Paulo já se tentou usar em combate ao PCC (Primeiro Comando da Capital) e mataram um agente. Se o juiz autoriza a infiltração, o fato cometido pelo agente não deixa de ser crime, mas vai ser impunível. Em Brasília nós tivemos uma discussão sobre a infiltração de agentes, no ano passado. E não há ninguém capacitado para fazer uma infiltração. Que eu saiba, nem a Polícia Federal.

8 CONCLUSÃO

1. A globalização e os avanços tecnológicos ajudaram, de certo modo, ao desenvolvimento de agrupamentos criminosos sofisticados, que se caracterizam como aqueles que utilizam de aparatos tecnológicos modernos, apresentam estrutura organizada e hierarquizada, corrompem os membros dos poderes Estatais, atuando como se fora uma empresa, sempre na tentativa de “lavar” o dinheiro ilegal surrupiado, muitas vezes, dos cofres públicos.

2. Os meios tradicionais de investigação se mostram ineficazes em relação a esses grupos.

3. A par de ter sido a Lei 9.034/95 gerada, segundo os criminalistas, como forma simbólica de repressão à crime organizado, verifica-se que a mesma Lei trouxe atos que, de certa forma, são instrumentos que, se bem utilizados, podem servir para alcançar o crime organizado e os crimes de colarinho branco.

4. Os argumentos levantados por Gamil Föppel El Hireche não serve para infirmar a existência da criminalidade organizada. A nosso sentir, o autor de utilizou, devidamente, dos estudos da criminologia (Direito Penal do Inimigo, Seletividade do Direito Penal, Função Simbólica do Direito Penal etc) para, *alfim*, interpretá-los em favor de seu entendimento – quase que isolado – pela inexistência das denominadas “organizações criminosas” na realidade dos fatos. Trata-se, pois, de uma conclusão interpretativa – respeitável claro – desse autor.

5. O fenômeno da criminalidade organizada existe no plano fático, isto é, da realidade, sendo, pois, um fenômeno social vivenciado em escala mundial, inclusive no Brasil. Nesse sentido, perfilhamos no entendimento seguido pela maioria da doutrina segundo o qual existe o crime organizado.

6. Entre a características do crime organizado, pode-se apontar: a) planejamento empresarial; b) antijuridicidade; c) diversificação de área de atuação; d) estabilidade dos seus integrantes; e) cadeia de comando; f) pluralidade de agentes; g) compartimentação; h) códigos de honra; i) controle territorial; j) fins lucrativos (enumeração estabelecida pela Academia Nacional de Polícia Federal do Brasil).

7. Crime organizado é aquele praticado por uma organização criminoso. Malgrado

tenha a Lei 9.034/95 dispensado a elas várias normas jurídicas (pré-processual e processual), o que se verifica é que não existe, no ordenamento jurídico pátrio, um conceito legal acerca das organizações criminosas.

8. Urge a necessidade imperiosa e imprescindível de que haja um conceito legal de organizações criminosas no Brasil.

9. Não se poderá afirmar que, uma vez estabelecido na lei esse conceito, o mesmo será rígido e definitivo. Isso porque todos os conceitos e institutos legais variam com o tempo e o espaço, tendo em vista que o Direito é ciência cultural e, como tal, deve ser entendida a partir da compreensão, e não através da explicação (ciências naturais). E tal se dá porque os institutos e conceitos das ciências humanas variam com o tempo e o espaço, consoante explica Cossio.

10. Uma vez conceituado o crime organizado na lei, se, com o passar do tempo, verificar-se que tal conceito já se encontrada defasado, o legislador deverá proceder às devidas alterações da lei – aliás, esta é uma de suas funções. E isso, porque o princípio da legalidade e o primado da segurança jurídica deverão ser sempre observados, à vista de que as normas que se dirigem a elas estabelecem restrições a direitos fundamentais.

11. Os conceitos apresentados pelo FBI, ONU (Convenção de Palermo) e Guaracy Mingardi pecam por serem demasiadamente amplos, abertos e porosos, não se prestando, pois, a atender o princípio da legalidade ou da tipificação cerrada.

12. Antes do advento da Lei 10.217/2001, a Lei 9.034/95 se aplicam, tão-somente às quadrilhas mais “sofisticadas”.

13. Com a Lei 10.217/2001, a Lei 9.034/95 passaria a ser a ser aplicada às organizações criminosas, às quadrilhas ou bando e às associações de qualquer tipo.

14. Com essa Lei de 2001, todas as disposições da Lei 9.034/95 que se referem às organizações criminosas ficam sem efeitos, em razão da ausência de um conceito legal das organizações criminosas.

15. No tocante aos atos investigatórios previstos pela Lei de Crime Organizado (objeto deste trabalho), verifica-se que o inciso II do art. 2º da Lei 9.034/95, que trata

da ação controlada, contudo, perdera a sua eficácia, em razão de sua aplicação ser restringida somente nos casos em que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado.

16. Quantos aos demais atos investigatórios (incs. III, IV, V do art. 2º), verificam ser eles eficazes, em razão de a Lei 9.034 não faz restrição desse jaez.

17. Observe-se, com isso, que, por ser a organização criminosa um grupo criminoso mais requintado, que se diferencia dos bandos ou quadrilhas e das associações por apresentar certas características (já explicitadas), vai estar ela (a organização criminosa) sempre sujeita aos atos investigatórios de quebra dos sigilos, interceptação ambiental e infiltração de agentes policiais e de inteligência.

18. E isso porque a organização criminosa sempre poderá ser encaixada como bando ou quadrilha, pois nela haverá, necessariamente, ao menos, mais de três pessoas associadas com o intuito de cometerem crimes. Atente-se que, para quem entende pela existência das organizações criminosas, reputa ser elas bandos ou quadrilhas requintadas, evoluídas, pois apresenta, dentre outras, as características de organização estrutural planejada e hierárquica.

19. Sendo assim, conforme preconiza antigo brocardo, em regra geral, “quem pode o mais, pode o menos”. Já é possível a utilização dos atos investigatórios previstos nos incisos III a V do art. 2º da Lei 9.034 à investigação de ações ligadas a quadrilhas ou bando ou associações, muito mais plausível que esses meios investigatórios sejam destinados também a apuração de ilícitos ligados a organizações criminosas.

20. Deve-se observar que a doutrina que entende não existirem as organizações criminosas reconhece plenamente que a globalização contemporânea e a evolução tecnológica, cibernética etc. propiciaram a sofisticação e a especialização organizacional (planejamento) e estrutural de grupos criminosos na prática dos delitos (grupos que atuam no campo dos delitos contra a ordem econômica etc.).

21. Malgrado essa omissão legislativa, defendemos que os atos investigatórios previstos pela Lei de Crime Organizado não devem, de forma alguma, ser utilizados indiscriminadamente pela Polícia Judiciária quando na fase pré-processual de

apuração de ilícitos ligados a associações e a quadrilhas ou bandos. Isso porque os atos investigatórios previstos no artigo segundo da mesma Lei são meios de apuração excepcionais, em razão de estarem em constante “choque” com direitos fundamentais (como o da intimidade). Assim sendo, essas medidas de investigação devem ser utilizadas tão-somente quando as mesmas forem realmente adequadas, necessárias e proporcionais.

22. Nem sempre a quadrilha ou bando é formado para o cometimento de crimes graves! Quatro pessoas podem se reunir para praticar crimes de pequeno potencial ofensivo, por exemplo. Assim, nenhuma proporcionalidade haveria se os meios de investigação previstos na Lei 9.034/95 – ressalvada a ação controlada – fossem aplicados nesta última hipótese aventada. Já em relação à quadrilha ou bando formado para a prática de crimes graves, aí, sim, poderia haver proporcionalidade na utilização desses meios de investigação, conforme o caso. Observe-se, com isso, que o princípio da proporcionalidade vai funcionar como o orientador na correta aplicação das normas insertas nos incisos III, IV e V, do art. 2º, da Lei 9.034/95.

23. O Projeto de Lei nº 3.731 pode ser visto como um avanço, pois traz um conceito mais preciso de organizações criminosas, eis que estabelece requisitos objetivos e mais precisos na sua definição. Assim, será organização criminosa a associação de três ou mais pessoas (veja-se que, aqui, há o número mínimo de integrantes, como no tipo de quadrilha ou bando), por meio de entidade jurídica ou não, estruturada de forma estável (requisito da estabilidade desse grupo criminoso, ainda que não haja pessoa jurídica, como uma sociedade empresária), visando a obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza (elemento subjetivo do tipo), para a prática dos crimes arrolados por este PL (que são tipos penais fechados ou cerrados).

24. O ato investigatório da quebra dos sigilos bancário, fiscal e financeiro, previsto no inciso III do art. 5º da Lei 9.034/95 –, poderá ser aplicado também para se apurar ilícito praticado por pessoa que não faça parte de quadrilha ou bando e associações de qualquer tipo, conforme se verá (capítulo 6).

25. Os atos investigatórios, contanto sejam medidas plausíveis, se utilizadas da forma correta, podem representar violações aos direitos fundamentais.

26. Somente a lei é que poderá autorizar a restrição a direito fundamental, devendo o magistrado, ao excepcionar o direito fundamental, se socorrer do princípio da proporcionalidade (ou postulado da proporcionalidade, como quer Humberto Ávila).

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo Bancário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>> Acesso em 05/07/2007.

_____. **Lei nº 2.889/56 (Lei do Genocídio)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L2889.htm>> Acesso em 05/07/2007.

_____. **Lei nº 5.869/73 (Código de Processo Civil)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L2889.htm>> Acesso em 18/08/2007.

_____. **Lei nº 7.170/83 (Lei dos Crimes contra a Segurança Nacional)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L7170.htm>> Acesso em 05/07/2007.

_____. **Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8072.htm>> Acesso em 05/07/2007.

_____. **Lei nº 9.034/95 (Lei de Crime Organizado)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9034.htm>> Acesso em 21/06/07.

_____. **Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro)**. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9613.htm>> Acesso em 04/07/2007.

_____. **Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas)**. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L11343.htm>> Acesso em 05/07/07.

_____. **Anteprojeto de lei da escuta telefônica**. Disponível em:
<http://209.85.165.104/search?q=cache:IPHrJdZYW7oJ:www.mj.gov.br/sal/consultas/escuta/consulta_anteprojeto.htm+n%C3%A3o+se+sujeita+a+esta+lei+grava%C3%A7%C3%A3o+de+conversa+pr%C3%B3pria&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br>
Acesso em 11/10/2007.

_____. **Projeto de Lei nº 1.258/95**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/507942.pdf>> Acesso em 05/10/2007.

_____. **Projeto de Lei nº 3.731/97**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/internet/plenario/result/redfin/PL%203731-97%20Disp%F5e%20sobre%20as%20organiza%E7%F5es%20criminosas,%20os%20meios%20de%20obten%E7%E3o%20da%20prova%20e%20o%20procedimento%20criminal..htm>> Acesso em 05/10/2007.

CÂMERA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. **Reação de classe. OAB parte para o ataque contra escutas em escritórios**. In: Consultor Jurídico. Disponível em:
<<http://conjur.estadao.com.br//static/text/55418,1>> Acesso em 18/10/2007.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

D'Urso, Luíz Flávio Borges. **Lei nova autoriza infiltração de policiais em quadrilhas**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2138>>
Acesso em 10/11/2007.

FOLMANN, Melissa. **Sigilo Bancário e Fiscal**. Curitiba: Juará, 2001.

FONSECA-Herrero. Marta Gomes de Liaño. **Criminalidad Organizada Y Medios Extraordinários de Investigación**. Madri, Espanha: COLEX, 2004.

FRANCO, A . S. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Volume 1. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997a.

_____; _____. **Interceptação Telefônica**. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997b.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do direito Penal)**.

Disponível em:

<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em 05/05/2007a.

_____. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei n. 10.217, de 11.04.01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95)**. Disponível em:

<<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/novembro/0211/ARTIGOS/A04.htm>>. Acesso em 08/09/2007b.

_____. **Gravação ambiental clandestina: é uma prova ilícita? Disponível em:**

<http://www.juristas.com.br/a_569~p_23~Gravação-ambiental-clandestina:-é-uma-prova-ilícita?> Acesso em 11/10/2007c.

GOMES, Paulo. **Entrevista concedida pelo chefe do GAECO ao monografista, cuja transcrição segue em anexo**. Salvador, 15/04/2007.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **A repressão à criminalidade organizada e os instrumentos legais: ação Controlada**. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8745>> Acesso em: 13/08/07.

GRINOVER, Ada Pellegrini. SCARNCE, Antonio Fernandes. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo penal**. 9 ed. São Paulo: Malheiros,

2006.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **O agente infiltrado na investigação das associações criminosas**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2894>> Acesso em 11/11/2007.

HIRECHE, Gamil Föppel El. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas**: Da Inexistência à Impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no Ordenamento Jurídico Pátrio, Manifestação do Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de; BECHARA, Fábio Ramazzini. **Agente infiltrado: reflexos penais e processuais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7360>> Acesso em 08/11/2007.

LIPINSKI, Antonio Carlos. **Crime Organizado & A Prova Penal**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

NETTO, Domingos Franciulli. **Quebra do sigilo bancário pelo Ministério público**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/304/4/Quebra_do_Sigilo_Banc%C3%A1rio.pdf> Acesso em: 01/11/2007.

PIMENTEL, Carlos Mendes. PCC: **Planejado Com Celular**. Disponível em: <<http://72.14.209.104/search?q=cache:CPQrSreTSpYJ:www.novomilenio.inf.br/humor/0102f004.htm+estatuto+pcc&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=3&gl=br>>. Acesso em 06/05/2007.

MENDES, Carlos Pimentel. PCC: **Planejado Com Celular**. Disponível em: <<http://72.14.209.104/search?q=cache:CPQrSreTSpYJ:www.novomilenio.inf.br/humor/0102f004.htm+estatuto+pcc&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=3&gl=br>>. Acesso em 06/05/2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. V. III. Campinas-SP: Bookseller, 1998.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova lei de tóxicos. Aspectos processuais**.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4161&p=2>> . Acesso em 15/08/2007.

NEISTEIN, Mariângela Lopes e RASCOVSKI, Luiz. **Alguns aspectos referentes à entrega vigiada no Direito brasileiro**. São Paulo, Revista IBCCrim., 2005.

PELLEGRINI, Angiolo e COSTA Jr., Paulo José da Costa. **Criminalidade Organizada**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

PRADO, Geraldo e DOUGLAS, William. **Comentários à Lei Contra o Crime Organizado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

PRADO, Fabiana Lemos Zamalloa do. **A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal**. São Paulo, IBCCRIM. 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo Bancário & Direito à Intimidade**. Curitiba: Juará, 2001.

OLIVEIRA, Adriano. **Crime Organizado: é possível definir?** Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/034/34coliveira.htm>> Acesso em 08/08/2007.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado. Procedimento Probatório**. São Paulo, Atlas, 2003.

SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2110&p=1>> . Acesso em 17/08/2007.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Juary C. **A macro criminalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

SOUZA, Aléxis Sales de Paula e. **O conceito de organização criminosa no direito comparado e na legislação brasileira**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1800.html> Acesso em 08/10/2007.

SOUZA FILHO, Jayme José de. **Investigação criminal à luz da Lei 9.034/95 – agentes infiltrados e suas repercussões penais.** Disponível em:

<http://www.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/vol_02/ANO1_VOL_2_07.pdf> Acesso em 09/11/2007.

TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **Crime de Quadrilha ou bando & Associações Criminosas.** Curitiba: Juará, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WENZEL, Leiliane Freitas Almeida. **Considerações ao Princípio da**

Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Disponível em:

<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Leiliane%20Freitas%20Almeida%20Wenzel_Efetividade%20e%20Garantias%20no%20Processo.pdf> Acesso em 17/08/2007.