

KAI AMBOS
ENEAS ROMERO

Coordenadores

CRIME ORGANIZADO

Análise da Lei 12.850/2013

GUSTAVO BADARÓ / DIOGO MALAN
CARLOS ROBERTO BACILA / RENATO STANZIOLA VIEIRA
MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
MARCUS ALAN MELO GOMES / PAULO CÉSAR BUSATO
ENEAS ROMERO / PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

Biblioteca Particular
Gustavo Badaró
Tombo N° 6073

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

 EDPAL

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

CAPÍTULO 1

HIPÓTESES QUE AUTORIZAM O EMPREGO DE MEIOS EXCEPCIONAIS DE OBTENÇÃO DE PROVA

GUSTAVO BADARÓ

RESUMO: O artigo analisa as hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova previstos na Lei 12.850/2013. Não havendo definição legal dos requisitos para autorização de tais meios nem dos respectivos graus de suporte probatório que autorizam seu emprego, é suficiente a existência de elementos probatórios que permitam um juízo de probabilidade, tanto da participação do investigado na organização criminosa, quando da própria existência desta. Como tais meios de obtenção de provas somente podem ser utilizados quando não houver outro meio menos gravoso para o atingimento de tal resultado, surge o problema da colisão de subsidiariedades. A partir do grau de afetação que o emprego deles causa aos direitos fundamentais, em especial da privacidade, a ordem de prioridades deve ser: primeiro o afastamento do sigilo bancário; depois a interceptação telefônica ou telemática e, por último, e a infiltração de agente policial.

1. Introdução

O objeto do presente estudo é verificar o que se exige, do ponto de vista de um suporte probatório, para permitir um juízo provisório de que se está diante de uma persecução penal por crime organizado, especialmente ainda na fase de investigação, que possibilita o emprego dos especiais meios de obtenção de prova previstos na Lei 12.850/2013.

Para tanto, será necessário, ainda que de modo sucinto, expor os principais institutos disciplinados no ordenamento jurídico nacional quanto ao processo penal nos casos de crime organizados, mormente no que diz respeito ao grau de afetação que o seu emprego causa aos direitos fundamentais ou às liberdades públicas, com especial destaque para a proteção da privacidade.

Por outro lado, considerando que em mais de um desses meios, há previsão de que o mesmo somente poderá ser utilizado quando a prova não puder ser realizada por outro modo, em obediência ao princípio de subsidiariedade, o trabalho também irá verificar se há uma escala de intensidade entre tais meios, de modo a se estabelecer uma ordem de precedência entre eles ou, ao menos, verificar se há níveis ou graus distintos, seja do ponto de vista do suporte probatório exigido quanto à probabilidade de existência de uma organização criminosa, seja quanto à gravidade do meio de obtenção de prova a ser empregado.

Advirta-se, por fim, o estudo foca a legislação brasileira sobre o tema. Uma breve comparação com a situação na legislação estrangeira será feita apenas pontualmente, quando adequada, devido aos limites do trabalho.

2. O conceito de crime organizado

Para analisar quais são as hipóteses excepcionais que autorizam o emprego de meios de obtenção de prova, nas investigações por organizações criminosas, deve-se principiar pela definição legal desse conceito. Trata-se, pois, de um pressuposto para aplicação dos meios excepcionais de investigação estar-se diante de um caso de organização criminosa.

A definição legal do crime organizado foi objeto de muita polêmica na doutrina e na legislação brasileira, até a recente mudança legislativa operada pela Lei 12.850, de 8 de agosto de 2013.¹

Indo mais diretamente ao ponto, somente com a Lei 12.694, de 24 de julho de 2012, surge uma definição legal de organização criminosa, embora “para os fins” da própria lei, que era permitir a instauração de um colegiado de primeiro grau para processar e julgar crimes praticados por organizações criminosas. Embora não trazendo uma norma incriminadora, definiu-se que:

“(…) considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.” (art. 2.º)

Todavia, a grande e mais significativa mudança ocorreu pouco tempo depois, com a Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, que estabeleceu um conceito legal de organização criminosa, bem como tipificou o crime de organização criminosa. A definição – mas não a tipificação – de “organização criminosa”² está prevista no art. 1.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013:

“Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam

1. Apenas para situar o tema, a Lei 9.034, de 03.05.1995, não trazia tal conceito, limitando-se a, equivocadamente, equiparar o crime organizado à antiga figura da quadrilha ou bando prevista no art. 288 do Código Penal, cuja definição legal era de 1940. Referido diploma foi alterado pela Lei 10.217, de 11.04.2001, que novamente sem uma definição legal referia-se a “quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”, sugerindo, pois, tratar-se de coisas distintas.

2. Embora a lei não tenha estabelecido uma denominação ou rubrica com o nome do crime, a figura vem sendo denominada de “organização criminosa”. Cf.: Guilherme de Souza Nucci. *Organização criminosa. Comentários à Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013*. São Paulo: RT, 2013, p. 20. Já Eduardo Araújo da SILVA (*Organizações Criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 28) denomina o crime do art. 1.º de “participação em organização criminosa”.

superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

Diante disso, poderia parecer que, atualmente, há dois conceitos de organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro: o primeiro, da Lei 12.694, de 24 de julho de 2012, com vista à constituição de um juízo colegiado em primeiro grau de jurisdição, para proferir de decisões e sentença em processo por crimes praticados por organizações criminosas; o segundo, da nova Lei 12.850/2013, para a aplicação dos meios de investigação e obtenção de provas nela previstos. Assim, não teria havido uma revogação da primeira lei, pela segunda, com base na máxima *lex posterior derogat legi priori*, até mesmo porque, a Lei 12.694 define competência “para os efeitos dessa Lei”.

Não é essa, contudo, a melhor interpretação. A ressalva acima mencionada, que limita a primeira definição, para os efeitos da lei que dispõe sobre a instituição de juízo colegiado, se justificava, historicamente, pois quando entrou em vigor a Lei 12.694/2012, não havia no ordenamento jurídico brasileiro um tipo penal de organização criminosa. Por isso, referida lei pretendeu deixar claro que não estava tipificando tal delito – até mesmo porque não comina sanção penal –, mas apenas conceituando organização criminosa, para fins de instalação do juízo colegiado. Daí a expressão “para os efeitos dessa Lei”. Todavia, com a edição da Lei 12.850/2013, passou a existir um conceito de organização criminosa (art. 1.º) e um tipo penal do delito de organização criminosa (art. 2.º). Logo, na parte em que conceitua organização criminosa, o art. 1.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013 revogou tacitamente o art. 2.º da Lei 12.694/2012. Assim, o conceito de organização criminosa, inclusive para os fins da Lei 12.694/2012, passou a ser o da nova Lei 12.850/2013.³

Por outro lado, a tipificação do crime de organização criminosa encontra-se no art. 2.º da referida lei:

“Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.”

3. Nesse sentido: Nucci, *Organização criminosa...*, p. 22.

Finalmente, há figuras que são “equiparadas” as organizações criminosas, previstas no § 2.º do art. 1.º da Lei 12.850/2013 para as quais, em tese, também são admissíveis o empregos dos especiais meios de investigação e obtenção de provas aplicáveis às organizações criminosas.

3. Do predomínio dos aspectos probatórios

A Lei 12.850/2012, embora seja um diploma que define (art. 1.º) e tipifica (art. 2.º) organização criminosa, traz em seu conteúdo um claro e inegável predomínio de aspectos processuais sobre os substanciais, estando dividida em três capítulos.

O Capítulo I conceitua e tipifica organização criminosa (arts. 1.º e 2.º). O Capítulo II, objeto principal de nossa atenção, disciplina as atividades destinadas à obtenção da prova durante a investigação e instrução criminal, estando assim subdividido: Seção I, da colaboração premiada (arts. 4.º a 8.º); Seção II, da ação controlada (arts. 8.º e 9.º); Seção III, da infiltração de agentes (arts. 10 a 14); Seção IV, do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações (arts. 15 a 17); e, Seção V, que trata dos crimes ocorridos na investigação e na obtenção da prova (arts. 18 a 21). Por fim, o Capítulo III, dispõe sobre as disposições finais e o procedimento (arts. 22 e 23).⁴ Como facilmente se percebe, há um claro predomínio de meios incidentes sobre a fase de investigação, que serão utilizados de forma secreta e sem possibilidade de reação do investigado.⁵ A lei não trouxe

4. Ressalte-se que, quanto às medidas excepcionais de investigação das organizações criminosas, houve significativo avanço, no que se refere aos meios de obtenção de prova aplicáveis às organizações criminosas, em comparação com a legislação anterior. A revogada Lei 9.034/1995 se limitava a “nominar” os meios de obtenção de prova, sem estabelecer qualquer disciplina legal. Não havia previsão de hipóteses de cabimento, prazo de duração da medida, necessidade ou não de autorização judicial, eficácia probatória das medidas, etc.

5. Wilfried HASSEMER (“Perspectivas para uma moderna política criminal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 8, out.-dez. 1994, p. 46) já alertava, há décadas, que “a situação se torna mais dramática no novo Direito Penal, na área formal, no direito processual penal. A reforma do Direito Penal no campo formal consiste no aguçamento do sistema de investigação, do processo investigatório e mais nada. A reforma fez com que o processo investigatório tradicional passasse por uma revolução”. Diogo Rudge MALAN (“Processo penal do inimigo”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 58, mar.-abr. 2006, p. 223, item 2) destaca que, entre as características do “processo

nenhuma alteração sobre o procedimento ou outra regra relativa a fase processual propriamente dita, da persecução penal das organizações criminosas.

A grande dificuldade é não se deixar levar por uma visão eficientista que, em nome de uma política criminal securitária, ao invés de uma política criminal liberal, busque um processo penal centrado na realização eficiente da pretensão punitiva, restabelecendo um império ilimitado da “verdade material”, às custas de uma verdade processualmente válida.⁶

4. Hipótese geral de aplicação dos meios de obtenção de prova

O art. 1.º, que delimita o objeto da Lei 12.850/2013, estabelece que, além de definir organização criminosa, ela “dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova” cabíveis na persecução penal que tenha por objeto um crime de organização criminosa.

penal do inimigo”, está a utilização de “instrumentos (que) invariavelmente são secretos (v.g. escutas clandestinas; agentes infiltrados etc.), o investigado não tem como se comportar de forma estratégica, pessoal, perante esse controle”. Mais enfático, Juarez Cirino dos SANTOS (“Crime organizado”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 42, jan.-mar./2003, p. 223-224) considera que a figura do agente infiltrado, da delação premiada e a quebra do sigilo das comunicações, pela captação e interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, são “institutos ou mecanismos lesivos dos fundamentos constitucionais do direito penal e do processo penal do Estado Democrático de Direito”.

6. Jorge FIGUEIREDO DIAS (“A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 61, mar.-abr. 2008, p. 24-25) observa que, na busca desse difícil equilíbrio, o “ponto de equilíbrio dos interesses conflitantes já deve ser outro, e diferente, para a grande e nova criminalidade, concretamente, para o terrorismo e a criminalidade organizada. Aqui, as vítimas, na acepção ampla em que delas falei atrás, têm um direito indeclinável a uma proteção reforçada e, conseqüentemente, a uma intensificação do intervencionismo estadual. Com uma dupla e inultrapassável limitação, em todo e qualquer caso. Logo, a que resulta do respeito pelo núcleo irredutível da dignidade humana que pertence também ao criminoso mais brutal e empedernido. E depois, a que deriva da exigência jurídico-constitucional de não diminuição, pela legislação ordinária e pela sua aplicação, ‘da extensão e do alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais’ em matéria de direitos, liberdades e garantias, e portanto também daqueles que pertencem à chamada Constituição Processual Penal. Através de uma e de outra limitação ficarão preservados, na maior medida possível, os princípios processuais penais clássicos, próprios de um Estado de Direito”.

A enumeração dos especiais meios de obtenção de prova passíveis de serem utilizados no caso de organização criminosa é trazida pelo art. 3.º: “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova”. Para além do já citado rol, tal norma apenas define o momento em que tais meios podem ser utilizados: tanto na fase de investigação preliminar, quanto durante o processo. Não prevê, contudo, os requisitos necessários para sua atuação e, principalmente, não disciplina qual o modelo de constatação ou *standard* probatório exigido para que se considere razoável, no caso concreto, a restrição da privacidade ou intimidade do investigado.

Quanto o momento de incidência, o mais frequente é que os meios de obtenção de prova sejam utilizados na fase da investigação e, mais do que isso, enquanto o indivíduo não sabe que está sendo investigado. Em regra, os meios de obtenção de provas têm na surpresa um fator fundamental para a sua eficácia probatória.⁷ É o caso da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, da ação controlada,⁸ e da interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas⁹ e da infiltração policial.¹⁰

O “acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas”,¹¹ e a “dados cadastrais”, e o afastamento do sigilo financeiro, bancário e fiscal,¹² embora também costumem ser utilizados sem que o investigado tenha ciência da medida, a surpresa não é uma exigência inafastável de tais técnicas de investigação. Na medida em que os elementos de informação que se pretende obter estão armazenados e custodiados por terceiras pessoas (p. ex.: operadoras de telefonia,

7. Uma vez mais, lembra HASSEMER (“Perspectivas de uma moderna política criminal...”, p. 47) que “esses modernos métodos de investigação policial revolucionaram o nosso direito processual penal. Houve uma mudança radical. Esses métodos de investigação são todos secretos. O investigado não pode saber de nada, por que se souber a investigação será ineficaz. No direito processual penal tradicional as investigações eram feitas abertamente, prisão preventiva, busca domiciliar, etc., tudo era feito às claras. Só excepcionalmente, quando circunstâncias especiais o justificassem, era permitido realizar alguma investigação secreta”.

8. Lei 12.850/2013, art. 3.º, inc. III.

9. Lei 12.850/2013, art. 3.º, inc. V.

10. Lei 12.850/2013, art. 3.º, inc. VII.

11. Lei 12.850/2013, art. 3.º, inc. IV.

12. Lei 12.850/2013, art. 3.º, inc. VI.

provedores de internet, bancos de dados públicos e privados, Banco Central e Receita Federal), não seria de se descartar a possibilidade de um contraditório prévio à decretação de tais medidas, tendo em vista que o investigado não teria meios de influir para adulterar ou mesmo eliminar tais dados que estão em poder de terceiro. Porém, tal ciência poderia revelar a existência de uma investigação em curso, o que poderia comprometer a eficácia de outras medidas que dependem de o indivíduo não saber que está sendo investigado (p. ex.: interceptação telefônica ou ambiental). Por isso, muitas vezes, o “acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas”,¹³ e a obtenção de “dados cadastrais”, e o afastamento do sigilo financeiro, bancário e fiscal, costuma se dar de forma sigilosa.

Finalmente, a colaboração processual pode ocorrer em qualquer fase durante a persecução penal e, até mesmo, após o trânsito em julgado da condenação, quando o condenado cumprindo pena.¹⁴ Evidente que, sendo a colaboração processual um acordo entre investigado e Ministério Público, ele não se estabelece na surpresa. Ao contrário, exige a prévia ciência e aceitação, tanto do investigado, quanto de seu defensor.

Se a lei disciplinou o momento em que pode ocorrer a utilização de tais meios de obtenção de prova, por outro lado, a questão específica a ser analisada nesse estudo, não encontrou uma regulamentação de caráter geral na Lei 12.850/2013: quais as hipóteses fáticas e seus respectivos graus de suporte probatório que autorizam o emprego dos meios excepcionais de obtenção de prova nela previstos?

Evidente que, no caso dos meios de obtenção de prova que implicam restrição ao direito à vida privada ou à intimidade, tais direitos não podem ser vulnerados com base em simples conjecturas ou suspeitas de condutas delitivas, desacompanhadas de uma base probatória relacionada com o caso concreto.¹⁵

13. Lei 12.850/2013, art. 3.º, inc. IV.

14. Lei 12.850/2013, O art. 4.º, em seu § 5.º, prevê que “Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos”. No sentido da possibilidade de colaboração premiada na fase de execução da pena; SILVA, *Organizações criminosas...*, p. 64.

15. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2007, p. 52

Em geral, a questão se prende a dois aspectos, embora interligados, presentes em todas as investigações: a materialidade delitiva, entendida como existência do crime, e a autoria ou participação em tal crime. Por outro lado, com os olhos voltados para os meios de obtenção de prova, normalmente diante de seu caráter invasivo, exige-se que haja elementos que indiquem ainda que em grau prognóstico a possibilidade de êxito na obtenção do elemento de prova, bem como a impossibilidade de que o mesmo resultado seja atingido pelo emprego de meios menos gravosos.

Para tanto, pretende-se trabalhar com a noção de standards probatórios, a partir do tríplice parâmetro desenvolvido pela jurisprudência norte-americana, mas já incorporada pela doutrina romano-germânica. Em uma escala crescente, pode-se trabalhar com “modelos de constatação” ou “critérios de convencimento”, ou ainda “standards probatórios” variados: (i) simples “preponderância de provas” (*preponderance evidence*), que significa a mera probabilidade de um fato ter ocorrido; (ii) “prova clara e convincente” (*clear and convincing evidence*), que pode ser identificada como uma probabilidade elevada; (iii) e “prova além da dúvida razoável” (*beyond a reasonable doubt*), como uma probabilidade elevadíssima, que muito se aproxima da certeza.

Evidente que não se trata de quantificar, matematicamente, os graus de probabilidade distintos que caracterizam os diversos *standards* ou modelos de constatação, tendo fracassado as tentativas de atribuir valores numéricos, em decimais ou percentuais, ao grau de confirmação que as provas conferem aos enunciados fáticos.¹⁶ No entanto, ainda que a lei não defina um percentual de convencimento (por exemplo, há probabilidade elevada ou prova clara e convincente

16. Nesse sentido: Michele TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009, p. 220. Em sentido contrário, a jurisprudência norte-americana mostra uma tendência de procurar definir os diversos níveis de atendimento do *burden of evidence* de acordo com critérios matemáticos, Juliane KOKOTT (*The burden of proof in comparative and international human rights law*. London: Kluwer Law International, 1997, p. 134) explica que, colocando as coisas em termos numéricos, o *preponderance standard* significa 50% ou mais de probabilidade, enquanto prova *beyond a reasonable doubt* deve ser, pelo menos, 95% ou mais de probabilidade. Mas difícil é quantificar o *clear and convincing evidence standard*, sendo que alguns autores sugerem 75% ou mais de probabilidade.

de autoria quando se atinge um percentual de 75% de chance de que o acusado seja o autor do delito), isso não invalida a utilidade teórica e prática dos *standards* probatórios. Como observa Knijnik, “o fato de não se dispor de uma escala matemática ou métrica não retira o valor da construção, nem joga a teoria dos ‘modelos de constatação’ para o campo da literatura”.¹⁷

Voltando à Lei 12.850/2013, não trazendo ela uma disciplina geral do *standard* probatório exigido para a utilização dos meios excepcionais de obtenção de provas no caso de persecução penal por crime organizado, cabe-nos dirigir a análise para eventuais regramentos especiais em relação a cada um dos meios, para verificar se há regulamentação quanto ao suporte probatório exigido sobre a existência de uma organização criminosa e a participação do investigado em relação ao qual se pretende tomar a medida, em tal associação delitativa.

5. Os meios de obtenção de prova em espécie

5.1 Colaboração premiada

A colaboração premiada, mais conhecida como “delação premiada”, vem prevista na Seção I do Capítulo II da Lei 12.850/2013, em seus artigos 4.º a 9.º.

A colaboração processual terá três fases: (i) fase de negociação e acordo; (ii) fase de homologação judicial; (iii) fase de sentença, em que se decidirá sobre o cumprimento ou não do acordo, aplicando-se ou não o benefício proposto.¹⁸

Terminada a primeira fase, e havendo acordo sobre a colaboração premiada, deverá ser lavrado um termo, por escrito,¹⁹ que será submetido a homologação judicial. Embora sem muita clareza, a lei estabelece a necessidade de apreciação judicial do acordo de colaboração, pois há previsão de que, ao receber o acordo o juiz, “decidirá

17. Danilo KNJNLIK, *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 43.

18. Vicente GRECO FILHO, *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40-41.

19. Lei 12.850/2013, art. 6.º, § 1.º.

no prazo de 48 (quarenta e oito) horas”.²⁰ Mais do que isso, o juiz poderá deixar de homologar o acordo, se a proposta “*não atender aos requisitos legais*”.²¹ Para tanto, além de analisar o conteúdo das declarações prestadas pelo colaborador, o juiz deverá verificar a “*regularidade, legalidade e voluntariedade*” do acordo, podendo, para tal apreciação, ouvir sigilosamente o colaborador, na presença de seu defensor.²² Ou seja, o juiz não se limitará a analisar aspectos formais ou vícios de vontade, podendo também apreciar aspectos relacionados ao cabimento do acordo e os efeitos propostos.

Embora prevendo a apreciação judicial, não estabelece a lei a exigência de um suporte probatório mínimo para tornar viável a colaboração processual. Nem poderia fazê-lo, na medida em que se trata de espaço de consenso, em que há prévia negociação entre investigado e Ministério Público, em que o fator surpresa deixa de ser relevante, não havendo de se cogitar de violação da intimidade ou vida privada. A colaboração processual embora seja um meio de obtenção de provas, como decorre da livre acordo de vontades, não se trata de um meio invasivo de investigação.

Obviamente, se o juiz considerar que não se está diante de um caso de organização criminosa, ainda que por um mero juízo de probabilidade, com base nos elementos de investigação até então produzidos, poderá não homologar a delação, com base no regime de Lei 12.850/2013. De se observar, porém, que isso não inviabilizará a colaboração processual ou delação premiada, prevista em inúmeras leis.²³

Justamente por ser um espaço negocial, a delação premiada não exige, como requisito para a sua celebração e homologação, que haja indícios de autoria e de existência de uma organização criminosa. Esses fatores serão levados em conta, com maior ou menor peso, pelo investido para celebrar ou não o acordo, mas não é exigência legal para tanto.

20. Lei 12.850/2013, art. 7.º, § 1.º.

21. Lei 12.850/2013, art. 4.º, § 8.º.

22. Lei 12.850/2013, art. 4.º, § 7.º.

23. Assim, com pequenas variações, e sempre com disciplina bem mais lacunosa, há previsão de colaboração processual na Lei 11.343/2006 (art. 41), na Lei 9.613/1998 (art. 1.º, § 5.º) e na Lei 9.807/1998 (arts. 13 e 14).

5.2 *Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos*

No artigo 3.º, *caput*, da Lei 12.850/2013, consta do elenco de meios de investigação e de obtenção de provas a “captção ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos” (inciso II). Todavia, a referida lei não disciplinou, depois, nas Seções do mesmo Capítulo II, este meio de obtenção de prova.

Em face desse vácuo legislativo, Eduardo Araújo da Silva sugere que:

“(…) diante desse quadro precário, de duvidosa constitucionalidade, deverão os operadores do direito valer-se, por analogia e no que couber, do procedimento previsto na Lei 9.296/1996, que disciplina a interceptação das conversações telefônicas, meio de obtenção de prova que também implica violação da intimidade e da vida privada dos investigados.”²⁴

Discorda-se da solução proposta. A liberdade de comunicação telefônica, sem a interferência de terceiros que não os interlocutores, embora possa guardar relação com a vida privada e a intimidade, também é violada no caso de conversas sobre assuntos públicos. Isso porque objeto de tutela imediata do inciso XII do *caput* do art. 5.º da CR é a garantia da liberdade de manifestação do pensamento, em conversações telefônicas, sem interferência de terceiros, independente do conteúdo da conversa ser público, privado ou íntimo.

Ao mais, sem uma distinção mais precisa entre interceptações ambientais, de um lado, e interceptações domiciliares, de outro, a simples aplicação analógica do regime da interceptação telefônica, é inadequada. Será desnecessário o rigor do regime da interceptação telefônica no caso de captções ou escutas ambientais, em ambientes públicos, pois não há qualquer expectativa de privacidade.²⁵ Por outro lado, em se pensando no regime das interceptações domiciliares, em que são colhidas conversas dentro das residências, a invasão da privacidade é ainda maior que a da interceptação telefônica, pois são

24. *Organizações Criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 110.

25. Nesse sentido, Luiz Francisco Torquato AVOLIO, *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 206.

captadas todas as conversas ocorridas dentro do lar, sobre os assuntos mais íntimos, muitos deles que jamais seriam falados com interlocutores em conversas telefônicas. Logo, admitir interceptação domiciliar para todo e qualquer crime punido com reclusão, por aplicação do regime legal das interceptações telefônicas, e desproporcional e exagerado.²⁶

Em suma, sem um regime legal para a medida de “captção ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos”, não há previsão de qualquer requisito específico e o respectivo *standard* probatório. No direito comparado, no caso de interceptação domiciliar, as exigências têm sido bastante acentuadas, devido ao seu elevado potencial de atingimento de aspectos da privacidade não só do investigado, como de pessoas que com ele convivem. Bem diverso é o que se exige para um interceptação ambiental, em espaços públicos, em que a expectativa de privacidade é muito mais reduzida, posto que se está em situação em que o investigado estará agindo, aos olhos de todos, sem reservas ou maiores expectativas de privacidade.²⁷

Na Alemanha o tema foi objeto de muitas discussões.²⁸ Atualmente, segundo o regime da StPO, é possível a realização de inter-

26. Na doutrina nacional, a distinção entre interceptação ambiental e interceptação domiciliar é feita por Márcio Geraldo Brito ARANTES FILHO, *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 180-185.

27. Como destaca Muñoz CONDE (*Valoración de las grabaciones audiovisuales...*, p. 66) é necessário “distinguir lo que serían las manifestaciones privadas en espacios públicos, cuya captación filmada genérica puede admitirse bajo ciertas condiciones, de lo que es el núcleo estricto de la intimidad en domicilio particular, cuya filmación sólo puede admitirse excepcionalmente, y aún así de forma discutible, con una autorización específica de la autoridad judicial”.

28. A reforma constitucional de 1998 acrescentou incisos ao art. 13 da Constituição, passando a admitir, no inciso III, a utilização de meios técnicos de captação e transmissão sonora sem o conhecimento do morador, para tornar a persecução penal mais eficiente, com o que passou a ser possível, uma autorização judicial para instalação de microfones dentro das residências ou a utilização de microfones externos capazes de captar as conversas ocorridas no interior do domicílio, por suspeitos da prática de crimes especialmente graves. O Tribunal Constitucional Federal alemão, na sentença de 3 de março de 2004 (BVerfGE 109, p. 279-391) considerou constitucional a Emenda Constitucional, mas inconstitucional a lei que inseriu novos dispositivos no Código de Processo Penal alemão (StPO). Destaque-se o seguinte passo da decisão, extraído do detalhado artigo de Leonardo MARTINS, *Crime Organizado, Terrorismo e inviolabilidade do domicílio*. Sobre o controle de constitucionalidade de novas regras de Direito Processual Penal alemão e sua relevância para a interpretação do art. 5.º, XI, da CR, *Revista dos*

ceptação domiciliar,²⁹ com regramento distinto da interceptação ambiental.³⁰ Com base nessa diferenciação do texto legal, a doutrina distingue entre “grandes espionagens acústicas” (*grober Lauschangriff*), no caso de escutas domiciliares, e “pequena espionagem acústica” (*kleiner Lauschangriff*), realizadas fora do domicílio privado,³¹ que integram o *gênero* escutas intensivas (*Lauschangriff*).³²

As grandes espionagens acústicas, são realizadas no interior de domicílio privado que, em regra, deve ser o domicílio do investigado. No caso de domicílio de outras pessoas, a medida somente é admissível excepcionalmente, desde que haja suspeita, fundada em circunstâncias fáticas determinadas, de que o investigado se encontre em tais locais,³³ ou quando a medida realizada apenas no domicílio

Tribunais, n. 824, jun. 2004, p. 401-437: “domicílio goza, ‘enriquecido’ com a dignidade humana e o mandamento constitucional da observância incondicional de uma esfera do desenvolvimento exclusivamente privado e personalíssimo, de uma proteção absoluta. A comunicação sigilosa necessita de uma proteção ‘espacial’ em que ela se dê e na qual o indivíduo confie. Ao indivíduo deve ser assegurado o real exercício do direito de ser deixado em paz, mormente em seus espaços privados e mesmo sem medo de que órgãos do poder de polícia estatal vigiem ou acompanhem o desenvolvimento de sua personalidade no núcleo da configuração privada da vida. Neste núcleo, a vigilância acústica do domicílio não pode intervir, ainda que seja no interesse da eficácia da persecução penal e investigação da verdade real. Neste mister, não ocorre uma ponderação norteadora pelo critério da proporcionalidade entre a inviolabilidade do domicílio e o interesse estatal na persecução penal. Nem mesmo interesses muito importantes da coletividade têm o condão de justificar uma intervenção nesta liberdade para o desenvolvimento em questões personalíssimas que tenham ligação com a dignidade humana”. Por outro lado, o TCF considerou que: “O conteúdo de conversas sobre crimes cometidos não pertence a este núcleo absolutamente protegido da administração privada da vida” (*op. cit.*, p. 408). Como explica Kai AMBOS (“Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, in: GÓMES COLOMER, Juan Luis (coord.), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 339) a nova legislação, para ser compatível com a exigência do Tribunal Constitucional Federal, que exigia uma proteção absoluta do “núcleo da vida privada”, “el legislador excluye explícitamente este campo esencial de la vigilancia (§ 100c IV 1). Hay que interrumpir las respectivas medidas de vigilancia inmediatamente (§ 100c V 1), anular las respectivas grabaciones (§ 100c V 2), no debiendo usar los respectivos conocimientos (§ 100c V 3)”.

29. StPO, §§ 101.c a 101.e

30. StPO, § 101.f

31. Claus ROXIN, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, Buenos Aires: Hamurabi, 2008, p. 75.

32. AMBOS, “Las prohibiciones de...”, p. 338.

33. StPO, § 101.c III 1.

do investigado não propicie, por si só, a investigação do fato ou a averiguação do paradeiro de outro investigado.³⁴

Além disso, a medida somente pode ser ordenada com base em elementos objetivos, especialmente no que se refere ao local em que será realizada, as relações entre as pessoas que serão vigiadas, bem como desde que seja possível identificar que não serão registradas expressões relativas ao âmbito essencial da vida privada.³⁵ E, quanto ao conteúdo da ordem judicial, é necessário que haja referências às circunstâncias do caso concreto, com indicação de elementos fáticos que fundamentam a suspeita em relação ao investigado, a indicação de elementos objetivos que revelam a ligação entre as pessoas investigadas e o local onde devam ser realizadas as diligências.³⁶

Na Itália, o *Codice di Procedura Penale* também distingue a interceptação entre presentes, da interceptação domiciliar. Todavia, no caso de criminalidade organizada, tal diferença de regimes não existe. Exigem-se “inícios suficientes” da prática delitiva e a “necessidade” da interceptação ambiental para o prosseguimento da investigação. No âmbito da criminalidade organizada, é possível a interceptação de comunicação de pessoas presentes, mesmo que estejam no interior de domicílio, ainda que não haja motivo para considerar que nele esteja se desenvolvendo atividade criminosa.³⁷

Sem fazer tal distinção entre interceptação ambiental e domiciliar,³⁸ no Chile, no regime geral do *Código Procesal Penal*, é possível

34. StPO, § 101.c III 2.

35. StPO, § 101.c IV.

36. StPO, § 101.d III.

37. Decreto-lei 152, de 13.05.1991, convertido na Lei 203, de 12.07.1991, art. 13. Trata-se de um regime especial, cujas exigências são mais tênues que as do regime geral do *Codice di Procedura Penale*, que exige graves inícios da prática delitiva e a indispensabilidade para o prosseguimento da investigação (art. 267, *comma* 1.º). E, se a interceptação for entre pessoas presentes, no interior de domicílio, exige-se, ainda, fundado motivo para reconhecer que nele esteja se desenvolvendo atividade criminosa (art. 266, *comma* 2.º).

38. Também em Portugal, não se distingue entre interceptação domiciliar e ambiental. A Lei 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, prevê, no art. 6.º, o “registro de voz e imagem”, por qualquer meio, mediante prévia autorização judicial, e aplicando-se, no que couber, a um rol taxativo de crimes. No regime geral do Código de Processo Penal português, o art. 190 prevê que para as interceptações das comunicações entre presentes aplica-se,

uma de ordem judicial para que se fotografe, filme ou registre, mediante outro meio de reprodução de imagens, bem como determine a gravação de comunicações entre presentes.³⁹ Há expressa remissão ao regime das interceptações telefônicas, que exige “fundadas suspeitas, baseadas em fatos determinados, de que uma pessoa tenha cometido ou participado de um crime”.⁴⁰

Em suma, não há norma no direito brasileiro que estabeleça a hipótese de cabimento da “captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos”, nem previsão de um suporte probatório mínimo, quer quanto a existência do crime, quer sobre a participação do investigado.

5.3 Ação controlada

A “ação controlada” – também denominada em muitos ordenamentos de “entrega vigiada” – não tem previsão legal expressa, sendo definida do art. 8.º da Lei 12.850/2013. Consiste

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

Não há, por outro lado, definição legal de requisitos ou hipóteses específicas de cabimento. O legislador se limitou a exigir que a medida seja “*previamente comunicada*” ao juiz que, “*se for o caso*”, a deferirá e “*estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público*”. O problema é que a lei não diz quais seriam esses casos.⁴¹

por extensão, o regime das interceptações telefônicas, em relação às quais, no aspecto do suporte probatório, a medida somente será cabível “se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”.

39. CPP português, art. art. 226.

40. CPP português, art. 222, n. 1.

41. Analisando o instituto, à luz da Lei 9.034/1995, Patrícia Carraro Rossetto (Criminalidade Organizada: considerações sobre a Lei 9.034, de 03.05.1005 *Ciências Penais*, vol. 14, jan.-jun. 2011, p. 255-293, item 4.2) afirma que “a autorização judicial deve ser devidamente fundamentada e, tendo em vista a redação do inc. II do art. 2.º da Lei 9.034/1995, esta motivação deve fundar-se em dados concretos que indiquem a existência de indícios de materialidade do delito investigado; que esta ação delitiva é

Para tanto, parece fundamental distinguir, em termos de eventual restrição da privacidade dos investigados, os acompanhamentos em locais públicos de eventuais acompanhamentos em locais privados.

O acompanhamento de transportes de drogas, exemplo clássico de entrega vigiada, dificilmente colocará em risco de violação da privacidade dos investigados ou de terceiros pessoa.⁴² A ação controlada consistirá no acompanhamento do transporte de droga, mantendo sob vigilância, a substância e seus transportadores, o que implicará acompanhar seu deslocar-se em locais públicos (p. ex.: ruas, estradas, aeroportos etc.) ou certos meios de transportes (p. ex.: aviões ou trens).⁴³

Em suma, embora se exija prévia autorização judicial, não há previsão, para a ação controlada, de um suporte probatório mínimo quanto a autoria delitiva e a existência da organização criminosa. Não havendo risco de violação da vida privada ou da intimidade, pode-se abrir mão da exigência do *fumus commissi delicti*, para a decretação da medida.

5.4 Infiltração de agentes policiais

A “infiltração de agentes policiais”, também chamada “agente encoberto”, está prevista entre os meios de obtenção de prova aplicá-

perpetrada por membros de uma organização criminosa ou a ela vinculados; e ainda, que indique a necessidade de utilização da excepcional medida”. Já Luiz RASCOVSKI (*Entrega vigiada: meio investigativo de combate ao crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 177) afirma que “as operações de entrega vigiada partem de certas suspeitas. O passo seguinte consiste na constatação da suspeita para ser convertida em evidência que culminará na prova”. No direito comparado, normalmente, também não se encontra previsão expressa do suporte probatório exigido para a ação controlada. Por exemplo, no Chile, a Ley 2000/2005, de 26 de janeiro, que dispõe sobre o tráfico ilícito de drogas, na disciplina das “entregas vigiladas o controladas”, trata da finalidade da medida: “con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos” (art. 23.1). Além disso, determina que “Se utilizará esta técnica de investigación cuando se presuma fundadamente que ella facilitará la individualización de otros partícipes” (art. 23.2).

42. Nesse sentido, Rascovski, *Entrega vigiada...*, p. 173.

43. Discorda-se da afirmação de SILVA (*Organizações criminosas...*, p. 90), no sentido de que “o emprego dessa técnica de apuração criminal pode resultar em violação do direito à intimidade e à vida privada dos cidadãos investigados”.

veis à investigação de organizações criminosas – e somente em tais casos – mediante prévia autorização judicial.⁴⁴

No ponto que interessa ao presente estudo, trata-se do único meio de obtenção de prova, disciplinado na Lei 12.850/2013, em que há previsão legal de um suporte probatório mínimo quanto à ocorrência da infração, no caso, do delito de organização criminosa. É exigida prévia autorização judicial, sendo necessários “indícios da infração penal de que trata o art. 1.º” (art. 10, § 2.º). Tal expressão deve ser entendida como elementos de informação que permitam um *juízo de mera probabilidade* da existência de uma organização criminosa.⁴⁵ Não se exige, como em dispositivos legais que regulamentam, por exemplo, a prisão preventiva, “prova da materialidade delitiva”,⁴⁶ normalmente identificada com um juízo de certeza, ainda que provisório, da existência do crime. Ou seja, numa escala tradicio-

44. Lei 12.850/2013, art. 8.º, § 1.º.

45. Segundo NUCCI (*Organização criminosa...*, p. 77), “não é indispensável um juízo de certeza”. Analisando a questão à luz da Lei 9.034/1995, e empregando por analogia o art. 2.º, incisos I a III, da Lei 9.296/1996, Rossetto (*Criminalidade Organizada...*, item 4.3) afirma que, na infiltração de agentes policiais, é necessária “comprovação do *fumus boni iuris*, ou seja, o deferimento da infiltração policial dependerá da existência de *indícios coerentes e firmes de autoria ou participação* em fato delituoso de membros de uma organização criminosa, não bastando a mera suspeita para que a autoridade judiciária autorize a medida”. No mesmo contexto da legislação ab-rogada, Mariângela Tomé LOPES (“Infiltração de agentes no Brasil e na Espanha: possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 89, mar.-abr. 2011, p. 508) afirma que “para utilizar-se da infiltração de agentes, deve-se pressupor a existência de uma investigação instaurada com base em elementos mínimos da prática de um dos crimes previstos como autorizadores da utilização desse meio investigatório”. Segundo Rocío Zafra Espinosa de los MONTEROS, *El policía infiltrado: Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 339), no ordenamento espanhol “es necesario que la autorización tenga el suficiente grado de concreción, es decir, que exprese los delitos para cuya supuesta comisión se ha constatado”, bem como “es necesaria la existencia de *indicios*, es decir, se procederá a la autorización cuando existan razones objetivas que permitan afirmar *la probabilidad* de que ese sujeto este cometiendo o haya cometido un delito”.

46. O art. 312, *caput*, do CPP exige, como pressuposto para a prisão preventiva: “*prova da existência do crime* e indício suficiente de autoria”. Também poderia ser lembrado, nas medidas cautelares reais, a exigência de “*certeza da infração* e indícios suficientes da autoria”, para que se requeira a especialização e registro da hipoteca legal (CPP, art. 134).

nalmente utilizada para a análise dos *standards* probatórios, basta a *preponderance evidence*.⁴⁷

Além disso, há exigência de que tal meio de prova seja utilizado em caráter subsidiário, pois é requisito legal que a infiltração policial só será cabível “se a prova não puder ser produzida por outro meio disponível” (art. 10, § 2.º, segunda parte).⁴⁸ Aliás, o requerimento de infiltração de agentes deverá expor “*a demonstração da necessidade da medida*”.⁴⁹ A necessidade reforça o caráter de *ultima ratio* do meio de obtenção de prova, que deve ser a derradeira medida a ser empregada, quanto meios menos gravosos não tenham se mostrado efetivos ou quando por outros meios seria muito difícil comprovar os fatos.⁵⁰

Certamente, não será a infiltração policial a primeira medida na investigação da organização criminosa, até mesmo porque, para a

47. Discorda-se, portanto, de NUCCI (*Organização criminosa...*, p. 77), quando afirma que bastam “*indícios*, que significam fatos comprovados a levar, indiretamente, ao delito principal”. O Autor parece confundir *indícios*, enquanto expressão indicativa de um standard probatório atenuado, com indício tal qual definido no art. 239 do CPP, enquanto prova indireta.

48. No direito comparado, por exemplo, no caso espanhol, a Ley Orgánica 5/1999, de 13 de janeiro, modificou a Ley de Enjuiciamiento Criminal, acrescentando o art. 282-bis na parte que trata do aperfeiçoamento da ação investigadora que disciplinou a figura do agente encoberto, exigindo prévia decisão judicial “*teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación*”, bem como estabelecendo um rol de crimes que se consideram de delinquência organizada (art. 282-bis, 4). No direito português, a Lei 101/2001, de 25 de agosto, alterada pela Lei 61/2015, de 24 de junho, em seu art. 3.º, ao tratar dos requisitos das ações encobertas, nada menciona sobre um suporte probatório mínimo quanto à autoria delitiva ou mesmo a existência de um dos crimes do catálogo previsto no art. 2.º. Todavia, segundo Isabel ONETO (*O agente infiltrado. Contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 146) “o atual regime jurídico apenas admite o recurso a agentes infiltrados quando a operação for adequada aos fins de prevenção e repressão identificados em concreto e proporcional quer àquelas finalidade quer à gravidade do crime em investigação. O que obriga a *existência prévia de indícios de atividade criminosa* ou a *fundadas suspeitas de que um crime pode estar em vias de ser cometido*. Na falta destes indícios, não se vislumbra como poderá fundamentar-se uma autorização para uma operação encoberta”.

49. Lei 12.850/2013, art. 11. Caberá, então, ao juiz decidir, no prazo de 24 horas (Lei 12.850/2013, art. 12, § 1.º), motivadamente e, quando autorizá-la, “estabelecerá seus limites” (art. 10, *caput*).

50. A infiltração de agente policial não será necessária em todo o caso de persecução penal de organizações criminosas, mas só naqueles casos em que, como afirma Espinosa de los MONTEROS, *El policía infiltrado...*, p. 383) “*las demás diligencias de investigación* resulten insuficientes, inadecuados e ineficaces frente a este tipo de criminalidad”.

própria segurança da agente e efetividade da medida, um mínimo de conhecimento da organização criminosa e de pelo menos alguns dos seus integrantes deverá existir. Senão, nem mesmo se sabe em que grupo de pessoas se infiltrar.⁵¹

A infiltração de agentes policiais é meio de obtenção de potencial altamente invasivo, com clara possibilidade de restrição de direitos fundamentais,⁵² medida em que o infiltrado, muitas vezes, tem contato com terceiras pessoas ligadas aos criminosos que, embora não tenham cometido qualquer crime (p. ex.: familiares), sofrerão intromissão em sua vida privada.⁵³ Também por tais motivos é de se exigir que, além de que a medida seja necessária, haja “indício da infração penal de organização criminosa”,⁵⁴ isto é, a existência concreta de elementos de investigação que permitam ao julgador formular um juízo de probabilidade sobre a existência da organização criminosa.

51. Não é por outro motivo que o art. 11 prevê que o requerimento contenha “quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração”.

52. Segundo Espinosa de los MONTEROS (*El policía infiltrado...*, p. 325) “la intervención de un agente encubierto no siempre limitará derechos fundamentales, sino que dependerá de la actuación concreta que se desarrolle por el infiltrado”.

53. Nesse sentido: Mariângela Lopes NEISTEN, *O agente infiltrado como meio de investigação*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 154; Antonio Scarance FERNANDES, “O equilíbrio entre eficiência e garantismo no crime organizado”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 70, jan. 2008, p. 253. No mesmo sentido, na doutrina alemã, Winfried HASSEMER, “Processo penal e direitos fundamentais”, in: PALMA, Maria Fernanda (Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 21-22. Embora não ligado diretamente aos requisitos necessários para autorização da medida, também se poderia questionar se o agente infiltrado não representaria um abandono do *nemo tenetur se detegere*. Como lembra HASSEMER (“Perspectivas de uma moderna política criminal...”, p. 47), “a pessoa atingida não pode se defender por que não sabe que está sendo investigada, não pode se justificar por que não sabe de nada. Em direito processual vige o princípio de que ninguém é obrigado a se auto-acusar. Mas esse princípio deixou de funcionar. Logo, se alguém é objeto de uma investigação, de uma observação policial, a longo prazo, se for objeto de escuta telefônica, se for objeto de pessoas infiltradas – desconhecendo essas circunstâncias – não pode defender-se, estará acusando a si próprio”. Sempre sob a ótica da legislação anterior, Renato Stanzola VIEIRA (“A imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 87, nov.-dez. 2010, p. 222) destaca, ainda, a problemática questão de saber se o agente infiltrado poderia ou não proceder a buscas e apreensões, respondendo negativamente.

54. Lei 12.850/2013, art. 10, § 2.º.

5.5 Acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações

O art. 3.º da Lei 12.850/2013 prevê, também, entre os meios de investigação e obtenção de prova, “o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais”.

Ressalte-se, desde já, que o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, não foi disciplinado na Lei 12.850/2013.

O “acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações”, está previsto nos artigos 15 a 17 da Lei 12.850/2013. Cada uma dessas medidas será analisada, separadamente, com vistas ao seu potencial de invasão da vida privada ou mesmo da intimidade e, consequentemente, quanto ao grau de suporte probatório exigido para a sua decretação.

O art. 15 estabelece que:

“O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.”⁵⁵

Com base em Tercio Sampaio Ferraz Júnior, não nos parece que o acesso a dados exclusivamente cadastrais impliquem restrição do direito a vida privada ou intimidade. São dados que servem para identificação do indivíduo na sociedade e, consequentemente, necessários para o próprio inter-relacionamento social.⁵⁶

55. O dispositivo não é novidade no ordenamento jurídico nacional. Recentemente, a Lei 12.683/2012 acresceu o art. 17-B, à Lei 9.613/1998, com regra idêntica. Uma análise mais detida do tema, com citações doutrinárias e jurisprudenciais, pode ser encontrada em Gustavo Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. III, item 11.

56. Explica Tercio Sampaio Ferraz Júnior (“Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 88, jan.-dez. 1993, p. 449-450) que: “No que diz respeito à *vida privada*, a informação de dados referentes às opções da convivência, como a escolha de amigos, a frequência de lugares, os relacionamentos familiares, ou seja, de dados que, embora digam respeito aos outros, não afetam (embora, no interior

Como o acesso a tais dados não gera restrição à privacidade ou intimidade, o legislador autoriza que o acesso se dê independente de prévia decisão judicial, não necessitando de qualquer suporte probatório caracterizador do *fumus commissi delicti*. Aliás, justamente por não representar invasão da privacidade, é que tal medida é cabível não só no caso de persecução penal de organizações criminosas, mas em todo e qualquer delito.

O art. 16 da Lei 12.850/2013 estabelece que:

“As empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registro de viagens.”

Diferentemente do dispositivo anterior, o art. 16 não trata de simples acesso a dados cadastrais de usuários do sistema financeiro e de serviços de telefonia e internet, mas de dados relativos à utilização do serviço em si, no caso, do serviço de transporte: as reservas e registros de viagem.

da própria convivência, possam vir a afetar) direitos de terceiros (exclusividade da convivência). Pelo sentido inexoravelmente comunicacional da convivência, a vida privada compõe, porém, um conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem constrangimento. São dados que, embora privativos – como nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial etc. –, condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura. Por isso, a inviolabilidade da privacidade pela proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido. Assim, a inviolabilidade de informações referentes à vida privada só tem pertinência para aquelas situações associadas aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos que convivem. Dito de outro modo, os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relações de convivência privadas: a proteção é para elas, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação etc.) não são protegidos. Mas cadastros que envolvam relações de convivência privadas (por exemplo, nas relações de clientela, desde quando é cliente, se a relação foi interrompida, as razões pelas quais isto ocorreu, quais os interesses peculiares do cliente, sua capacidade de satisfazer aqueles interesses etc.) estão sob proteção. Afinal, o risco à integridade moral do sujeito, objeto do direito à privacidade, não está no nome, mas na exploração do nome; não está nos elementos de identificação que condicionam as relações privadas, mas na apropriação dessas relações por terceiros a quem elas não dizem respeito. Pensar de outro modo seria tornar impossível, no limite, o acesso ao registro de comércio, ao registro de empregados, ao registro de navio etc., em nome de uma absurda proteção da privacidade”.

Em se tratando de empresas de transportes públicos, não há que se cogitar de violação ao direito a privacidade. Quem se utiliza de transporte de metrô, ônibus ou mesmo de um avião de empresa comercial, não está praticando um ato no âmbito restrito da sua vida privada. O transporte público é de livre acesso a todos e quem opta por utilizá-lo não poderá esperar qualquer forma de reserva ou sigilo. Além disso, quem se vale de um serviço de transporte público, tem uma mínima ou reduzidíssima expectativa de privacidade, enquanto se encontra em tal veículo.

Pelos mesmos motivos já expostos em relação ao acesso dos dados cadastrais previstos no art. 15, não havendo restrição ou invasão da privacidade no acesso aos dados de reservas e registros de viagens de transportes públicos, torna-se desnecessária, para a medida do art. 16, a demonstração de suporte probatório sobre a existência do crime ou indícios de autoria. Por outro lado, também se trata de medida que não será exclusiva da investigação de organização criminosa.

A solução será diversa, porém, no caso de dados de reserva e registros de viagens de empresas de transporte particular (p. ex.: empresas de táxi-aéreo ou de aluguel de veículos particulares). Nestes casos, é razoável considerar que a utilização do transporte pode envolver aspectos de âmbito privado, como por exemplo, visitar uma pessoa ou ir a um determinado local de forma reservada, sem que isso se torne do conhecimento de todos. Assim, por implicar restrição da vida privada ou mesmo da intimidade, o acesso a tais dados deve ser precedido de ordem judicial, sob pena de caracterizar indevida restrição da intimidade, gerando a ilicitude da prova obtida. Além disso, será necessário, para que se trate de medida ostentadora de justa causa, no caso concreto, que se tenham elementos a permitir um juízo de probabilidade da existência do crime e da autoria.

Por fim, o art. 17 da Lei 12.850/2013 dispõe:

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

O dispositivo não estabelece o direito de acesso direto da autoridade policial e do ministério público, sem prévia autorização judi-

cial. Se assim o fizesse, seria inconstitucional, na medida em que o acesso aos dados relativos às ligações telefônicas nele previsto, como números das linhas de origem e destino da ligação, dia e horário das ligações, embora não impliquem interceptação de comunicações telefônicas, podem envolver aspectos da intimidade e da vida privada do usuário do serviço de telefonia.⁵⁷

O que o art. 17 estabelece é um prazo, no caso, de 5 anos, no qual as concessionárias de telefonia deverão conservar em seus registros e arquivos os “registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais”.

Nesse período os dados deverão ser preservados e ficarão “à disposição” das autoridades policiais e do ministério público. Estar “à disposição” não é o mesmo que “ter acesso, *independentemente de autorização judicial*”, como prevê, por exemplo, o art. 15. Ou seja, os dados estão à disposição, isto é, disponíveis, mas para a eles se ter acesso, será necessária prévia autorização judicial.

A finalidade da regra, portanto, é assegurar um período de manutenção de tais dados, possibilitando que, futuramente, em caso de necessidade de tais elementos, para fins de utilização em investigação ou instrução criminal, possam ser solicitados judicialmente.⁵⁸

5.6 Interceptações telefônicas e telemáticas

Quanto às interceptações telefônicas e telemáticas, a Lei 12.850/2013 não apresenta disciplina específica, limitando-se a prever que as mesmas se darão “nos termos da legislação específica” (art. 3.º, inc. V), ou seja, a Lei 9.296/1996.

57. AVOLIO, *Interceptações telefônica...*, p. 213.

58. No sentido da necessidade de prévia decisão judicial, por implicar restrição do direito à privacidade: GRECO FILHO, *Comentários...*, p. 67; SILVA, *Organizações criminosas...*, p. 108. Questão distinta, mas que tem suscitado controvérsia prática é a possibilidade de a autoridade policial, quando apreende um aparelho de telefone celular, geralmente em decorrência de prisão em flagrante delito, proceder a pesquisa na agenda eletrônica do aparelho apreendido, de elementos de informação do crime, normalmente as últimas ligações realizadas e recebidas, e os seus interlocutores. No sentido de que tal medida pode ser realizada sem ordem judicial: STF, HC 91.867/PA, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.04.2012, v.u.

As interceptações telefônicas não são meios de obtenção de prova exclusivamente aplicáveis as investigações que tenham por objeto organizações criminosas. São admissíveis, amplissimamente, em relação a todos os crimes punidos com reclusão,⁵⁹ entre os quais se inclui, obviamente, a participação em organização criminosa, do art. 2.º da Lei 12.850/2013.

Por outro lado, no caso de crimes praticados pela organização criminosa, os chamados “crimes da organização”, devido a amplitude da regra legal que admite a interceptação telefônica para todo crime punido com reclusão, certamente a grande maioria de tais delitos admitirá a interceptação telefônica, vez que para caracterização da organização criminosa, será necessário que tal associação delinquencial tenha por objetivo obter, vantagem de qualquer natureza, “mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos”.⁶⁰

Para que seja autorizada a interceptação telefônica, a Lei 9.296/1996 exige “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal” (art. 2.º, *caput*, inc. I), punida com reclusão (art. 2.º, *caput*, inc. III). Além disso, fica claro o caráter subsidiário da medida, que somente pode ser decretada quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis.⁶¹ Quanto ao grau de suporte probatório exigido, é necessário que os elementos informativos da investigação permitam um juízo de *probabilidade de autoria* delitiva e também de *probabilidade da existência da infração penal*, isto é, da materialidade delitiva.⁶² Evidente que não se exige um juízo de

59. Na legislação brasileira não há um rol ou catálogo de crimes que admitem interceptação telefônica. Utilizando uma criticável técnica de definição negativa, o art. 2.º da Lei 9.296/1996, prevê que: “Art. 2.º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.”

60. Lei 12.850/2013, art. 1.º, § 1.º. Pouquíssimos crimes previstos no Código Penal têm pena máxima superior a quatro anos, mas são punidos com detenção.

61. Lei 9.296/1996, art. 2.º, inc. II.

62. Nesse sentido: Antonio Scarance FERNANDES, “Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei”, *Boletim IBCCrim*, n. 45, p. 15; Luiz Flávio GOMES; Raúl CERVINI, *Interceptação telefônica, Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: RT, 1997, p. 180.

certeza.⁶³ Porém, quer quanto à autoria, quer no que diz respeito à materialidade, não basta mera suspeita ou simples possibilidade de autoria, sendo insuficientes fatos duvidosos ou meras conjecturas.⁶⁴

5.7 Afastamento do sigilo bancário e fiscal

A Lei 12.850/2013 traz regras próprias para o “afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal” apenas fazendo referência que tal se dará “nos termos da legislação específica” (art. 3.º, inc. VI).

Nesse caso, parece relevante principiar a análise normativa específica, pela própria Constituição. Os sigilos bancário e fiscal não são assegurados, expressamente, no texto constitucional. Todavia, é relativamente tranquila a conclusão de que o sigilo bancário está abrangido na tutela da vida privada prevista no art. 5.º, *caput*, inc. X, da Constituição.⁶⁵

Diferentemente da proteção da inviolabilidade das comunicações telefônicas (CR, art. 5.º, *caput*, inciso XII) e do domicílio (CR, art. 5.º, *caput*, inciso XI), em que há expressa previsão de reserva de jurisdição, no caso da tutela da vida privada e da intimidade, não há determinação de que sua restrição terá que se dar apenas por ordem judicial. Todavia, há certo consenso, na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que o afastamento do sigilo bancário somente poderá se dar mediante ordem judicial fundamentada, de acordo com as particularidades do caso concreto.⁶⁶

Passando para o plano infraconstitucional, quanto ao sigilo bancário, a Lei Complementar 105/2001 estabelece o dever das instituições financeiras preservarem o sigilo bancário, que poderá ser

63. Ada Pellegrini GRINOVER (“O regime brasileiro das interceptações telefônicas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 3, jun. 2012, p. 117) afirma que exige-se “*fumus boni iuris*, ou seja, a plausibilidade do direito invocado”.

64. GOMES; CERVINI, *Interceptação telefônica...*, p. 182.

65. O inciso X do *caput* do art. 5.º assegura que: “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.”

66. O STJ decidiu que: “O sigilo bancário e o sigilo fiscal estão incluídos no direito à privacidade, tutelado constitucionalmente (art. 5.º, X e XII, da CF), de modo que a violação exige suficiente fundamentação por parte do Judiciário a respeito da existência dos motivos que justifiquem a sua ocorrência” (STJ, RHC 39.896/PE, 6ª Turma, rel. Min. Sebastião Reis Jr., j. 22.10.2013, v.u.).

afastado, por ordem judicial, durante o inquérito ou processo penal, em relação a qualquer crime, quando a medida for “necessária para apuração” de sua ocorrência.⁶⁷ Há, pois, reserva de jurisdição.

Quanto ao âmbito de aplicação, a quebra do sigilo bancário é cabível, em tese, na apuração de todo e “qualquer ilícito”, subentendendo tratar-se de ilícito criminal, o que abrange, indistintamente, crimes ou contravenções penais.⁶⁸ O rol de crimes do art. 1.º, § 4.º, não é um catálogo de crimes, mas apenas um rol meramente exemplificativo, tanto que traz a ressalva “especialmente”.⁶⁹

No mais, inexistente requisito legal definido específico, havendo apenas a amplíssima previsão de que o afastamento do sigilo será cabível quando “necessário para a apuração de qualquer ilícito”.⁷⁰ Tem-se entendido que o requisito da necessidade, tal como o subcritério da proporcionalidade, enquanto meio menos gravoso, dá à quebra de sigilo bancário o caráter de subsidiariedade, no sentido de

67. “Art. 1.º As instituições financeiras *conservarão sigilo* em suas operações ativas e passivas e serviços prestados (...) § 4.º 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 sequestro; 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.”

68. José Paulo Baltazar Júnior José Paulo BALTAZAR JR., *Sigilo bancário e privacidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, P. 126.

69. Juliana Garcia BELLOQUE, *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*, São Paulo: RT, 2003, p. 94. Diversa é a situação do direito português, em que a Lei 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, prevê, no art. 1.º, um rol taxativo de crimes.

70. De forma semelhante, em Portugal, a Lei 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, prevê, no art. 2.º, 1, o afastamento do sigilo fiscal “se houver razões para crer que as respetivas informações têm *interesse para a descoberta da verdade*”. Já para o sigilo bancário, seu afastamento ocorrerá “quando tiver *grande interesse para a descoberta da verdade*” (art. 4.º, 2). A diferença de redação deixa claro que, no plano do interesse, há uma exigência maior para o afastamento do sigilo bancário, quando comparado com o sigilo fiscal. Nesse sentido: Trabalho conjunto efetuado por magistrados do Ministério Público que prestam serviço no DIAP Distrital de Coimbra, Segredo Bancário e Sigilo Fiscal, no domínio da Lei 5/2002, de 11-1, na publicação do Centro de Estudos Judiciários, *Medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 71.

que somente será cabível quando não for possível produzir a prova por meio menos gravoso.⁷¹

Por outro lado, quanto ao suporte probatório exigido em relação ao crime investigado e a autoria delitiva, em doutrina, tem se exigido que haja “indícios de existência do crime e de sua autoria, por parte da pessoa que terá seu sigilo quebrado”.⁷² Embora não se exija uma certeza delitiva – que muitas vezes será comprovada com os dados bancários depois do levantamento do sigilo –⁷³ é necessário que haja fatos que permitam a formulação de um *juízo de probabilidade* tanto da existência da infração penal, quanto da autoria ou participação de quem se pretende a quebra do sigilo.⁷⁴

A jurisprudência tem seguido esse entendimento, não admitindo o afastamento do sigilo se não houver uma “base empírica idônea... vinculada a fatos concretos e específicos referentes à pessoa investigada”, identificando tal exigência com uma “causa provável”⁷⁵ ou com a “justa causa”. Há, porém, divergências quanto ao grau de suporte probatório exigido, uma corrente mais exigente, que se vale de expressões como “fortes ou *veementes indícios* do crime, em tese, ou de sua autoria”, ou “material probatório robusto a evidenciar o cometimento de infrações penais”;⁷⁶ outros, de forma mais branda,

71. BELLOQUE, *Sigilo bancário...*, p. 108.

72. Nesse sentido: BALTAZAR JR., *Sigilo bancário...*, p. 112; BELLOQUE, *Sigilo bancário...*, p. 100.

73. Como afirma BELLOQUE (*Sigilo bancário...*, p. 110), “não há que se exigir elementos de prova da materialidade da infração penal para a decretação da quebra”. Mais exigente, Miguel REALE JR. (“A inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário estabelecido pelas Leis Complementares 104/2001 e 105/2001”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 39, jul.-set. 2002, p. 259), considera que “a existência de indícios reveladores da probabilidade da ocorrência de infração tributária poderia justificar que a autoridade judicial determinasse, motivadamente, a quebra do sigilo, se tal se revelasse como essencial à comprovação do fato ilícito”. E, noutro passo, especificamente sobre o grau de suporte probatório, assevera: “Só se justifica a limitação de direitos fundamentais diante de uma investigação de fato a respeito do qual se tenham indícios veementes de haver ocorrido, sob o crivo do Poder Judiciário” (*op. e loc. cit.*)

74. Segundo BALTAZAR JR. (*Sigilo bancário...*, p. 119), “é razoável exigir que sejam determinados os nomes dos titulares das contas e seu envolvimento com os fatos, bem como o período abrangido pela quebra, mas não os números das contas em si”.

75. STF, MS 23.868/DF, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2000, v.u.

76. STJ, AgRg na CR 2069/BE, Corte Especial, rel. Min. Barros Monteiro, j. 16.05.2007, v.u.

consideram que basta “fundadas razões”, ou “fundados elementos de suspeita que se apoiem em indícios idôneos, reveladores da possível autoria de prática delituosa”,⁷⁷ ou “elementos de prova *mínimos* de autoria de delito”,⁷⁸ ou, apenas, “*indícios* da prática de ato delituoso”.⁷⁹

Mais concretamente, tem-se aceito, como suporte suficiente para a quebra, que a aparente incompatibilidade entre a movimentação bancária de vultosos recursos de pessoa com declaração de rendimentos na modalidade isenta, caracteriza “indícios suficientes de cometimento de ilícito penal à ordem tributária”.⁸⁰ Também se admitiu a medida “fundamentada no fato de haver nos autos indícios de suposto enriquecimento ilícito dos agentes públicos”.⁸¹ Noutro caso, o sigilo foi afastado por haver “indícios de improbidade administrativa impõe-se a quebra dos dados bancários do Administrador Público”.⁸²

De outro lado, com relação ao sigilo fiscal, o Código Tributário Nacional, prevê que é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública, de informações fiscais dos contribuintes, excetuando-se os casos de “requisição de autoridade judiciária no interesse da justi-

77. STF, AgRg Inq. 897-5/DF, Pleno, rel. Min. Francisco Resek, j. 23.11.1994, m.v. De forma semelhante, noutro julgado, exigiu-se: “A legitimidade da medida excepcional deve apoiar-se em fato concreto e causa provável, e não em meras conjecturas e generalidades insuficientes para ensejar a ruptura da intimidade das pessoas (art. 5.º, X, CF)” (STF, MS 23.879/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 16.11.2001, p. 8). De forma semelhante, no STJ, considerou-se cabível em havendo a “demonstração de provável existência dos crimes de sonegação fiscal, quadrilha, lavagem de dinheiro, falsidade ideológica e apropriação indébita, (...) bem como em indícios concretos de que o paciente deles participou ante a sua destacada posição na organização criminosa” (STJ, HC 115.366/RJ, 6ª Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 23.03.2014, v.u.).

78. STF, QO-Pet 577/DF, Pleno, rel. Min. Carlos Veloso, j. 25.03.1992, m.v., RTJ 148/372. De forma semelhante, o STJ, exigiu: “elementos de prova quanto à autoria delituosa” (RMS 10.475/MT, 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22.02.2000, v.u.).

79. STJ, AgRg no Inq. 205, Corte Especial.

80. TRF 2ª Região, HC 2001.02.010337404/ES, rel. Des. Sérgio Schwaitzer, j. 06.02.2002, m.v. No mesmo sentido: TRF 2ª Região, HC 2002.02.010059226/ES, 6ª Turma, rel. Des. Frederico Gueiros, j. 21.05.2002, v.u.

81. STJ, RMS 38.060/SP, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24.09.2013, v.u.

82. STJ, RMS 15.771/SP, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, j. 27.05.2003, v.u.

ça”.⁸³ Ou seja, basta decisão judicial, sendo a medida cabível para todo e qualquer crime, desde ocorra um muito amplo e genérico “interesse da justiça”.

6. O problema da coordenação entre os meios de obtenção de prova de aplicação subsidiária

Por fim, resta analisar a situação de “colisão de subsidiariedades”, ou seja, como deve se portar o julgador, por exemplo, num caso em que, em tese, sejam cabíveis dois meios de obtenção de prova, ambos dotados de caráter de subsidiariedade. Isto é, se em relação a ambos (p. ex.: a interceptação telefônica e infiltração de agentes policiais) a utilização somente poderá acontecer se não houver outros meios menos gravosos.

Em relação a três meios de obtenção de prova, fica claro nos textos legais o caráter subsidiário, no sentido de que somente no caso de necessidade da medida invasiva, não podendo o elemento de prova ser obtido por outro meio, é que se deferirá a ordem judicial. São eles: infiltração de agentes policiais,⁸⁴ interceptação telefônica e telemática⁸⁵ e afastamento do sigilo bancário.⁸⁶ Destas, o único meio de obtenção de prova que somente poderá ser utilizado em persecução penal por organização criminosa é a infiltração de agentes policiais.

Ao que parece, a interceptação telefônica e telemática é mais invasiva que o afastamento do sigilo bancário. Isso porque, além de conversas do investigado, também serão atingidas terceiras pessoas que com ele se relacionem. Ao mais, ao interceptar um telefone, a gama de manifestações do pensamento passíveis de serem atingidas é incalculável. Além disso, é evidente o potencial de que uma interceptação telefônica ou telemática implique restrição não só da vida

83. CTN: “Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”. § 1.º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça.”

84. Lei 12.850/2013, art. 10, § 2.º, segunda parte.

85. Lei 9.296/1996, art. 2.º, *caput*, inciso II.

86. Lei Complementar 105/2001, art. 1.º, § 4.º.

privada, mas também da intimidade do investigado ou outras pessoas. Já no caso do sigilo bancário, a restrição é apenas de aspectos da vida privada. Assim, se o juiz estiver diante da possibilidade de decretar a quebra do sigilo bancário ou a interceptação telefônica, dever, primeiro, valer-se daquela e, somente depois de obtido os dados bancários, se ainda houver necessidade, será cabível a interceptação telefônica.

Por outro lado, entre uma interceptação telefônica e a infiltração de agente policial, esta deve ser, efetivamente, a *ultima ratio*. Primeiro, porque o próprio legislador reservou-lhe um campo mais restrito de aplicação: somente em casos de organizações criminosas, enquanto que a interceptação telefônica e telemática cabe – indevidamente – em todo e qualquer crime punido com reclusão.

Depois, porque a infiltração de agentes policiais causa graves riscos, inclusive de morte, ao próprio agente. E esse potencial de dano não se verifica na interceptação telefônica. Por último, mas não menos relevante, porque um agente infiltrado poderá ter franqueado – em virtude do erro – até mesmo o acesso ao domicílio do investigado, o que certamente exporá aspectos de sua privacidade e de seus familiares, que são desnecessários para a investigação. Em suma, entre interceptação telefônica e infiltração de agente policial, primeiro deve ser utilizada aquela, para somente em último caso, lançar-se mão do *undercover agent*.

Conclusão

A Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, representa um significativo avanço do ordenamento jurídico brasileiro no combate à criminalidade organizada, do ponto de vista da disciplina dos meios de obtenção de prova.

É inegável o predomínio do enfoque investigatório, com base em meios de obtenção de provas, que operam invasiva e secretamente, gerando um grande risco de desvirtuamento do processo penal.⁸⁷ Essa

87. Como observa HASSEMER (*Processo penal e direitos fundamentais...*, p. 21): “as reformas do processo penal concentraram-se nas últimas décadas somente na fase de investigação, isto é, naquela parte do processo em que se tratam de instrumentos de controlo. Refiro-me, por exemplo à observação policial, à busca através de cruzamento de

hipertrofia pré-processual no combate à criminalidade organizada tem feito com que a posterior fase processual da persecução penal, em que deve se dar a produção das provas pelas partes, em contraditório, perante o juiz terceiro e imparcial, se transforme em uma etapa de escasso significado heurístico, em que há mera ratificação ou chancela de tudo o que foi produzido inquisitorialmente durante a investigação.

Antecipação da intervenção penal para a fase de investigação é fruto das “sociedades de risco”, para usar a expressão cunhada por Ulrich Beck. A população como um todo se sente ameaçada por graves riscos, de escala global, e com efeitos incontornáveis: crises financeiras em escala mundial, como a ocorrida nos anos de 2008 e 2009, consumindo poupanças de toda uma vida e gerando desempregos em massa; contaminações ambientais por produtos geneticamente modificados; desastres nucleares contaminando pessoas e alimentos, como em Fukushima, no ano de 2011; contaminações e mortes de milhares de pessoas por epidemias provadas por vírus, com no caso da Febre Hemorrágica Ebola, que atingiu vários países da África, neste ano; ataques terroristas que podem ser desencadeados a qualquer momento e em qualquer lugar, como ocorreu com as torres gêmeas, nos EUA, no fatídico 11 de setembro de 2001, chegando ao extremo com ataques de grupos ultrarradicais como o Estado Islâmico em 2014. Nesse campo se inclui, é claro, o medo do crime organizado.

O risco, como explica Bauman, é um perigo (ou medo) previsível, com o qual é possível conviver.⁸⁸ Existem os medos *personais*, que ameaçam o corpo e as propriedades; os medos da *durabilidade da ordem social*, que implicam perigo para a segurança do sustento (renda, emprego, previdência); e, o medo quanto à *posição do ser no mundo*, isto é, o perigo de degradação ou exclusão social (hierarquia social e identidade de classe, gênero, religiosa etc.)

dados pessoais, às escutas telefônicas, às escutas secretas em habitações, às informações de serviços secretos para a polícia, aos agentes infiltrados, que são modernos instrumentos de investigação no processo penal alemão nos últimos anos”.

88. Zygmunt BAUMAN, *Medo líquido*, trad. Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 18.

O Estado, falhando nas missões de prover bem estar social, gerando os medos de segunda e terceira ordem, volta-se para prover segurança individual, com repressão penal, isto é, mais e mais incremento da repressão penal.⁸⁹ Há, pois, uma inegável relação entre sociedade de risco e maior necessidade de controle.⁹⁰

Depois de lançar mão de diversas estratégias de direito penal, numa antecipação da intervenção penal material, como por exemplo, com a ampla utilização de crimes de perigo abstrato,⁹¹ expansão dos crimes omissivos, ou mesmo os crimes de participação em associações criminosas,⁹² como nova estratégia de “contenção do risco” ou ao menos para gerar na sociedade o efeito sedante de que os riscos estão sendo controlado, agora o legislado se vale de medidas para antecipar da investigação na persecução penal.

Esse cenário se projeta no processo penal da criminalidade organizada e a antecipação se faz mais presente do que nunca na aplicação dos excepcionais meios de obtenção de prova. Como observa Canotilho, o discurso “anti-garantístico” insinua que a “Constituição dos direitos” e o “direito penal da liberdade” devem ser lidos ao contrário, criando campos minados de “inimizades e de prevenção”.⁹³ Todavia como adverte Ferrajoli, “a razão jurídica do Estado de direito não conhece amigos nem inimigos, mas só inocentes e culpados”.⁹⁴

89. BAUMAN, *Medo líquido*..., p. 10-11.

90. Winfried HASSEMER, *Verdad e búsqueda de la verdad en el proceso penal*. La medida de la constitución, trad. de Tania Ixchel Atilano Camacho, México D.E.: Editorial Ubijus, 2009, p. 12-13.

91. Como explica Winfried HASSEMER (“Viejo y nuevo derecho penal”, *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 24). “Es fácil entender por qué el legislador utiliza esta vía. Los delitos de peligro abstracto amplían enormemente el ámbito de aplicación del derecho penal, al prescindir del perjuicio, se prescinde también de demostrar la causalidad. Basta solo con probar la realización de la acción inculpada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que solo ha sido el motivo por el que el legislador la ha inculpada”.

92. Andrea SERENTI, *Causalità e responsabilità penale: dai rischi d'impresa ai crimini Internazionale*, Torino: Giappichelli Ed., 2008, p. 25.

93. José Joaquim Gomes CANOTILHO, “Terrorismo e direitos fundamentais”, in: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.), *Criminalidade organizada e criminalidade de massa. Interferências e ingerências mútuas*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 21.

94. Luigi FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma: Laterza, 1998, p. 321.

Evidente que, sob um regime de devido processo legal, para que alguém ser declarado culpado, afastando-se a presunção de inocência, é necessária a demonstração, mediante provas válidas, que permitam, além de qualquer dúvida razoável, concluir pela sua culpa lato sensu. Mas, se para o convencimento necessário para a condenação, forem necessários meios de obtenção de prova, que coloquem em risco a dignidade humana, por serem invasivos da vida privada ou mesmo da privacidade, é necessário que haja justa causa para intervenção estatal, identificadas com a presença de elementos de informação que permitam um juízo de probabilidade sobre a existência de uma organização criminosa e a participação do investigado em tal grupo ilegal.

Se assim não for, vãs serão as garantias fundamentais do indivíduo e o Estado de Direito será pouco mais que uma quimera.

Bibliografia

- AMBOS, Kai. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, in: GÓMES COLOMER, Juan Luis (coord.). *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.
- BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.
- BALTAZAR JR., José Paulo. *Sigilo bancário e privacidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: RT, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Terrorismo e direitos fundamentais”, in: Valente, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade organizada e criminalidade de massa. Interferências e ingerências mútuas*. Coimbra: Almedina, 2009.
- DIAS, Jorge Figueiredo. “A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 61, mar.-abr. 2008.
- ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío Zafra. *El policía infiltrado: los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1998.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 88, jan.-dez. 1993.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica, Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: RT, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “O regime brasileiro das interceptações telefônicas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 3, jun. 2012.
- HASSEMER, Wilfried. Perspectivas para uma moderna política criminal, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 8, out.-dez. 1994.
- _____. “Processo penal e direitos fundamentais”, in: Palma, Maria Fernanda (Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.
- _____. *Verdad e búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la constitución*, trad. Tania Ixchel Atilano Camacho, México D.E.: Editorial Ubijus, 2009.
- _____. “Viejo y Nuevo Derecho Penal”, *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.
- KNJUNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KOKOTT, Juliane. *The burden of proof in comparative and international human rights law*. London: Kluwer Law International, 1997.
- LOPES NEISTEN, Mariângela. *O agente infiltrado como meio de investigação*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

- LOPES, Mariângela Tomé. “Infiltração de agentes no Brasil e na Espanha: possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 89, mar.-abr. 2011.
- MALAN, Diogo Rudge. “Processo penal do inimigo”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 58, mar.-abr. 2006.
- MARTINS, Leonardo. “Crime organizado, terrorismo e inviolabilidade do domicílio. Sobre o controle de constitucionalidade de novas regras de Direito Processual Penal alemão e sua relevância para a interpretação do art. 5.º, XI, da CR”, *Revista dos Tribunais*, n. 824, jun. 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa. Comentários à Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013*. São Paulo: RT, 2013.
- ONETO, Isabel. *O agente infiltrado. Contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.
- RASCOVSKI, Luiz. *Entrega vigiada: meio investigativo de combate ao crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- REALE JR., Miguel. “A inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário estabelecido pelas Leis Complementares 104/2001 e 105/2001”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 39, jul.-set. 2002.
- ROSSETTO, Patrícia Carraro. “Criminalidade organizada: considerações sobre a Lei 9.034, de 03.05.1005”. *Ciências Penais*, vol. 14, jan.-jun. 2011,
- ROXIN, Claus. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. Buenos Aires: Hamurabi, 2008.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. “Crime organizado”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 42, jan.-mar. 2003.
- SCARANCA FERNANDES, Antonio. “Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei”, *Boletim IBCCrim*, n. 45.
- _____. “O equilíbrio entre eficiência e garantismo no crime organizado”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 70, jan. 2008.
- SERENI, Andrea. *Causalità e responsabilità penale: dai rischi d'impresa ai crimini Internazionale*. Torino: Giappichelli, 2008.

- SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014.
- TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009.