FERNANDA REGINA VILARES

**AÇÃO CONTROLADA E CRIMINALIDADE ORGANIZADA:
OS CONTROLES NECESSÁRIOS À ATIVIDADE INVESTIGATIVA**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. Maurício Zanoide de Moraes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2014

FERNANDA REGINA VILARES

**AÇÃO CONTROLADA E CRIMINALIDADE ORGANIZADA:
OS CONTROLES NECESSÁRIOS À ATIVIDADE INVESTIGATIVA**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de Doutora em Direito, na área de concentração de Direito Processual Penal, sob orientação do Prof. Associado. Dr. Maurício Zanoide de Moraes.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

V749a Vilares, Fernanda Regina
Ação controlada e criminalidade organizada: os
controles necessários à atividade investigativa / Fernanda
Regina Vilares. -- São Paulo: USP / Faculdade de Direito,
2014.
231 f.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Zanoide de Moraes
Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo,
USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito
Processual, 2014.

1. Processo Penal. 2. Crime organizado. 3. Investigação
criminal. I. Moraes, Maurício Zanoide de. II. Título.

CDU

“Nenhum de meus escritos foi concluído; sempre se interpuseram novos pensamentos, associações de idéias extraordinárias, impossíveis de excluir, com o infinito como limite. Não consigo evitar a aversão que tem o meu pensamento ao ato de acabar”.

(Fernando Pessoa)

AGRADECIMENTOS

Seria ótimo se, ao decidir ingressar num programa de pós-graduação, pudéssemos entrar numa bolha fora do tempo e do espaço e produzir. Mas não é assim que acontece. Nos três anos em que é necessário cumprir créditos e escrever um trabalho, os ciclos da vida não se interrompem. Então percebemos que fazer uma tese vai muito além de se tornar especialista num tema. É uma oportunidade de autoconhecimento que nos permite descobrir nossos próprios limites e necessidades, nossa capacidade de abdicar, adaptação e superação e resulta em um amadurecimento intelectual e emocional.

O trabalho entregue poderá ser aplaudido ou criticado; poderá contribuir para a evolução da ciência do Direito ou ser esquecido depois de alguns anos. No entanto, os efeitos de sua produção sobre o pesquisador serão perenes. A mudança de perspectiva sobre o estudo, a escrita e a vida é um caminho sem volta.

Compreendemos que, na verdade, o que importa é o processo. Durante os anos do curso de pós-graduação conhecemos pessoas – mestres e colegas – com as quais aprendemos e dividimos alegrias e angústias. Ao mesmo tempo, familiares e amigos desdobram-se para compreender e apoiar as etapas da jornada desafiadora. E, então, descobrimos que nunca estamos sozinhos.

Por tudo isso, quero simplesmente agradecer pela oportunidade de ter feito esta tese. Mas quero também agradecer a todos que fizeram parte do processo, às vezes doloroso, às vezes prazeroso, mas acima de tudo, edificante.

Agradeço aos meus pais, Fernando e Rosária, à minha irmã, Cláudia e ao meu cunhado, Victor pelo apoio irrestrito, pela confiança inabalável na minha capacidade de superar essa fase e pela aceitação de todas as minhas exigências e limitações, mesmo quando não conseguiram compreender.

Ao Professor Maurício Zanoide de Moraes, orientador cujo brilhantismo é diretamente proporcional à exigência. Agradeço por servir de inspiração ao caminho acadêmico que trilho há pouco mais de uma década, sendo certo que sua influência sobre mim transcende as páginas desta tese. Acreditando no meu potencial, tenta extrair o meu melhor, ainda que, por vezes, eu fique aquém de suas expectativas.

Agradeço ao Professor Antonio Scarance Fernandes, não apenas por ter participado da minha banca de qualificação e demonstrado sua inquietação perante o tema (o que me obrigou a pensá-lo e repensá-lo), mas por ser um Mestre de inigualável vocação e dedicação. Também ao senhor devo muito de minha vida acadêmica e de meu crescimento como ser humano.

Agradeço à Professora Marta Saad Gimenes pelas ricas discussões na banca de qualificação que mudaram o rumo deste trabalho e pela amizade. Ao Professor Gustavo Badaró, pela convivência nas aulas de pós-graduação, que além de agregar muito conhecimento jurídico e trazer reflexões sobre a tese, sempre foi acompanhada de aprendizados de vida.

Também é preciso agradecer intensamente todas as pessoas que o Doutorado introduziu em minha vida e que proporcionaram mais do que a discussão de ideias. Trouxeram a doçura da amizade aos momentos inóspitos, compartilhando as dificuldades e alegrias do processo. Todos vocês tiveram grande contribuição nesse trabalho, ainda que indiretamente: Andrea Galhardo, Andrey Borges de Mendonça, Antonio Tovo, Conrado Gontijo, Daniel Zaclis, Jorge Paschoal, Nathalia Rocha, Pedro Castro e Ricardo Sidi.

Considerando a novidade do tema e seu viés prático, precisei recorrer a pessoas cujo exercício profissional pudesse agregar conhecimento e reflexões à tese, de maneira a tirá-la de um patamar puramente teórico e trazê-la para um plano pragmático. Agradeço, assim, a Fábio Bechara, Marcelo Cavali, Rodrigo Costa, Rodrigo de Grandis e Rodrigo Sanfurgo.

Ao amigo James, agradeço pelo papel fundamental que vem desenvolvendo na mudança de minha relação com a escrita, seja pelo compartilhamento de suas experiências no exercício dessa arte, seja pelos gestos de carinho com meus textos.

Agradeço, por fim, a todos os amigos que estiveram ao meu lado nos últimos três anos e me apoiaram nesse percurso tortuoso que agora se encerra. Como vocês previam – e eu custava a acreditar – finalmente acabou.

SUMÁRIO

RESUMO	1
ABSTRACT	3
SÍNTESE.....	5
INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – INVESTIGAÇÃO E CRIMINALIDADE ORGANIZADA: <i>TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO E AÇÃO CONTROLADA</i>	10
1.1 INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA	10
1.2 O CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DAS NOVAS TÉCNICAS DE INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA	13
1.3 DAS TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO NA CONVENÇÃO DE PALERMO	16
1.3.1 TÉCNICAS E MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO	16
1.3.2 DEFINIÇÃO, CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO DAS TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO	20
1.3.2.1 ESPÉCIES DE TÉCNICAS	26
1.4 AÇÃO CONTROLADA: NATUREZA, OBJETO, MOMENTO E INSTITUTOS AFINS	33
1.4.1 CONCEITO E NATUREZA.....	33
1.4.2 MOMENTO DE UTILIZAÇÃO	36
1.4.3 OBJETO E FINALIDADE	38
1.4.4 INSTITUTOS AFINS.....	40
CAPÍTULO II – INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: CONTEXTO DA UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CONTROLADA	43
2.1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	43
2.1.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	43
2.1.2 INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA: DEFINIÇÃO E MÉTODO	46
2.1.3 ESPECIFICAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO CONTEXTO E OBJETO	54
2.1.4 METODOLOGIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	60
2.1.4.1. METODOLOGIA DE INVESTIGAÇÃO DE ELIOMAR DA SILVA PEREIRA APLICADA AO AMBIENTE CRIMINAL	61
2.1.4.2 A METODOLOGIA DE INVESTIGAÇÃO DE DUTRA APLICADA AO AMBIENTE CRIMINAL: A IMPORTÂNCIA DOS MODELOS-PONTE	63

2.1.4.3 CONCLUSÕES SOBRE A METODOLOGIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM AS EXIGÊNCIAS DO PROCESSO PENAL.....	66
2.2 CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DA FASE INICIAL DA PERSECUÇÃO PENAL.....	71
2.2.1 CARACTERÍSTICAS	71
2.2.2 FUNÇÕES	74
2.3 INTELIGÊNCIA CRIMINAL.....	77
2.3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE INTELIGÊNCIA E INTELIGÊNCIA CRIMINAL	78
2.3.2 PROCEDIMENTO DO TRABALHO DE INTELIGÊNCIA CRIMINAL: DADO, INFORMAÇÃO E CONHECIMENTO.....	83
2.3.3 INTELIGÊNCIA X INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	90
CAPÍTULO III – DOS REFLEXOS DA POSIÇÃO JURÍDICA DO IMPUTADO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: ENFOQUE NA AÇÃO <i>CONTROLADA</i>	96
3.1 RELEITURA DA AMBIÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL	98
3.1.1 SUPERAÇÃO DA VERDADE ABSOLUTA	99
3.1.2 <i>VERITAS</i> E VEROSSIMILHANÇA: APROXIMAÇÃO E DIALÉTICA	105
3.2 DA POSIÇÃO JURÍDICA DO IMPUTADO.....	113
3.2.1 CONCEITO E CONSEQUÊNCIAS	113
3.2.2 IMPUTAÇÃO	119
3.3 O SIGILO INVESTIGATIVO.....	123
3.4 AS CONCEPÇÕES DE TEMPO E A DURAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO	131
3.5 EFICIÊNCIA X GARANTISMO: A PROPORCIONALIDADE PAUTANDO A INVESTIGAÇÃO SIGILOSA NA CRIMINALIDADE ORGANIZADA.....	136
CAPÍTULO IV – AÇÃO <i>CONTROLADA</i> : UMA ANÁLISE LEGAL E UMA PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO.....	145
4.1 TRATAMENTO LEGAL DA AÇÃO <i>CONTROLADA</i>	145
4.1.1 PRESSUPOSTO: NOTÍCIA DE REITERAÇÃO CRIMINOSA	148
4.1.2 MEIO DE EXECUÇÃO: “RETARDAR INTERVENÇÃO POLICIAL OU ADMINISTRATIVA” POR MEIO DO MONITORAMENTO DA AÇÃO CRIMINOSA ..	150
4.1.2.1 DEVER DE AGIR POLICIAL OU ADMINISTRATIVO	153
4.1.2.2 MONITORAMENTO DA AÇÃO CRIMINOSA	157
4.1.2.3 CONCLUSÃO PARCIAL	163
4.1.3 FINALIDADE: SUPORTE MÍNIMO PROBATÓRIO.....	164

4.1.3.1 (cont.) PROBABILIDADE, STANDARDS PROBATÓRIOS OU MODELOS DE CONSTATAÇÃO	169
4.1.3.2 (cont.) CONCLUSÕES PARCIAIS	175
4.1.4 REQUISITOS LEGAIS	177
4.1.4.1 AÇÃO PRATICADA POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA OU A ELA VINCULADA	177
4.1.4.2 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL	190
4.1.5 CONDIÇÃO DE LEGALIDADE: AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA	190
4.2 DETURPAÇÃO DO INSTITUTO NA PRÁTICA	192
4.3 TRATAMENTO IDEAL: SUGESTÃO DE PROCEDIMENTO	197
4.3.1 PLANO ESTRATÉGICO	198
4.3.2 DURAÇÃO	202
4.3.3 MECANISMO DE CONTROLE: RELATÓRIOS PERIÓDICOS	205
CONCLUSÃO	209
BIBLIOGRAFIA	214

RESUMO

VILARES, Fernanda Regina. *Ação controlada e criminalidade organizada: os controles necessários à atividade investigativa*. 2014. 221 f. Tese (Doutorado em Direito)—Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

A presente tese tem como objeto central a *ação controlada*. Instrumento tipicamente brasileiro de combate à criminalidade organizada, o instituto carecia de um estudo profundo e sistematizado. Ocorre que a falta de compreensão de sua natureza levou a um uso deturpado do método, dando azo ao cometimento de muitas ilegalidades sob a justificativa de se combaterem organizações criminosas. Assim, diante da necessidade de compreender o papel exercido pela *ação controlada* no país, foi feita uma análise do contexto internacional da investigação da criminalidade organizada, de modo a entender, organizar e classificar as técnicas especiais de investigação previstas nos tratados internacionais. Por meio dessa empreitada, conclui-se que a *ação controlada* não compartilha da natureza jurídica dessas técnicas, revelando-se um método de investigação sigiloso que pode abarcá-las, já que elas exercerão a função de extrair dados das fontes de prova.

Diante da natureza de método de investigação da *ação controlada*, revelou-se essencial um estudo sobre a metodologia científica e, após, sua aplicação no âmbito da investigação criminal. Dessa forma, foi proposta uma metodologia com vistas a aumentar a eficiência da investigação da criminalidade organizada, a qual está atrelada ao desenvolvimento da inteligência criminal. Além disso, foram estabelecidas algumas premissas que serão retomadas para o posterior estabelecimento dos controles necessários à utilização desse método investigativo.

Antes de analisar o artigo de lei que estabelece as condições para a utilização da *ação controlada*, optou-se por explorar alguns temas relativos aos direitos e garantias fundamentais do imputado no âmbito da investigação criminal. Iniciou-se pela breve descrição da nova concepção da verdade processual como verossimilhança. Após, foram

tecidas algumas considerações sobre o conceito de imputado e os direitos que lhe cabem. Ainda, considerando a essência da *ação controlada* como método que depende da clandestinidade de sua realização para a obtenção de bons resultados, tratou-se do sigilo na investigação e, na sequência, foram feitas algumas considerações em relação à limitação de sua duração, tendo em vista que esse sigilo representa uma restrição ao direito de defesa do imputado. Tratou-se, então, do pseudo-conflito entre eficiência e garantismo no âmbito da investigação da criminalidade organizada.

Finalmente, foi feita uma análise do artigo 8º da Lei n. 12.850/13, que atualmente regulamenta a *ação controlada*, em cotejo com todas as premissas estabelecidas no trabalho, a fim de propor um sistema de controles necessário à investigação sigilosa. Em suma, propõe-se a limitação de sua duração por um critério qualitativo, qual seja o alcance da sua finalidade de obter um suporte mínimo probatório para a propositura de uma denúncia. O controle da legalidade da extensão da *ação controlada* no tempo deve ser feito por um magistrado que, inicialmente, defere a utilização desse método de investigação por meio da análise de um plano estratégico e, depois, avalia seus resultados por meio da análise de relatórios periódicos elaborados pelo Ministério Público e pela autoridade policial.

PALAVRAS-CHAVE: Ação controlada; metodologia de investigação; criminalidade organizada; operação policial; investigação sigilosa

ABSTRACT

VILARES, Fernanda Regina. *Covert police activity and organized crime: the necessary controls towards investigation*. 2014. 221p. Thesis (Doctorate in Law)—Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2014.

This thesis targets *covert police activity*. This typical Brazilian instrument in the fight against organized crime lacked a deep and systematic study. Misunderstandings of its nature have led to a distorted use of the method, giving rise to many illegal activities being justified on the grounds of combating criminal organizations. In order to clarify the role played by *covert police activity* in Brazil, we carried out an analysis of the international context of organized crime investigation so as to understand, organize and classify the *special investigation techniques* adopted by international treaties. With this study we concluded that *covert police activity* does not share the legal nature of those techniques, rather it turns out to be a secret investigation method which can embrace them, since those techniques have the purpose of extracting data from sources of evidence.

Due to the nature of *covert police activity* as a method, an analysis of the scientific methodology, and hence its application within the criminal investigation, turned out essential. Thus, we proposed a method in order to enhance the efficiency of organized crime investigation, which is linked to the development of criminal intelligence. In addition, we established some assumptions which will be resumed for the subsequent establishment of the necessary controls for the use of that investigation methodology.

Before analyzing the article of Law which sets forth the conditions to the use of *covert police activity*, we decided to explore some issues related to the rights and guarantees of the defendant under criminal investigation. The research was initiated by a brief description of the new concept of procedural truth as verisimilitude. Next, we made a number of remarks on the concept of defendant and their rights. Besides, considering the essence of *covert police activity* as a method whose success depends on the confidentiality of its implementation, we discussed the concept of the secrecy of the investigation and,

next, considered the limitation of its duration, given that it is a restriction on the defendant's right of defense. Then, we discussed the pseudo-conflict between efficiency and garantism regarding the investigation of organized crime.

Finally, we analyzed Article 8 of Law n. 12.850/13, which currently regulates *the covert police activity*, in view of all the assumptions established in the research, in order to propose a system of necessary controls to the covert investigation. In short, we propose the limitation of its duration by a qualitative criterion, namely the fulfillment of its purpose of obtaining probable cause for filing a complaint. The control of the legality of *covert police activity*'s extension in time must be carried out by a magistrate, who initially authorizes the use of such investigation methodology after the analysis of a strategic plan and, subsequently, evaluates its results through the analysis of periodic reports prepared by prosecutors and police authority.

KEYWORDS: covert police activity; investigation methodology; organized crime; police operation; secret investigation

SINTESI

VILARES, Fernanda Regina. *Azione controllata e criminalità organizzata: i controlli necessari all'attività investigativa*. 2014. 221 f. Tesi (Dottorato in Diritto)—Facoltà di Diritto, Università di Sao Paulo, Sao Paulo, 2014.

La seguente tesi ha come obiettivo centrale *l'azione controllata*. Strumento tipicamente brasiliano per combattere la criminalità organizzata, l'istituto è carente di uno studio approfondito e sistematizzato. Occorre che, la mancanza di comprensione della sua natura ha portato ad un uso deturpato del metodo, consentendo molte illegalità, con la giustificazione di combattere le organizzazioni criminali. Così, davanti alla necessità di capire la funzione esercitata dall'*azione controllata* nel Paese, è stata effettuata un'analisi del contesto internazionale dell'investigazione della criminalità organizzata, nel modo di capire, organizzare e classificare le *tecniche speciali di investigazione* previste nei trattati internazionali. Attraverso questo lavoro, si conclude che *l'azione controllata* non condivide la natura giuridica di queste tecniche, rivelandosi un metodo di investigazione segreto che può contenerle, visto che eserciteranno la funzione di estrarre dati dalle fonti di prova.

Difronte alla natura del metodo dell'investigazione dell'*azione controllata*, si è rivelato essenziale uno studio sulla metodologia scientifica, e successivamente, la sua applicazione nell'ambito dell'investigazione criminale. In questo modo, è stata proposta una metodologia con l'obiettivo di aumentare l'efficienza dell'investigazione della criminalità organizzata, la quale è collegata allo sviluppo dell'intelligenza criminale. Inoltre, sono state stabilite alcune premesse che saranno riprese per il successivo istituto dei controlli, necessari all'utilizzazione di questo metodo investigativo.

Prima di analizzare l'articolo della legge che stabilisce le condizioni per l'utilizzazione dell'*azione controllata*, si è optato per l'esplorazione di alcuni temi relativi ai diritti e alle garanzie fondamentali dell'imputato nell'ambito dell'investigazione criminale. Si è iniziato con la breve descrizione della nuova concezione della verità

processuale come verosomiglianza. Successivamente, sono state realizzate alcune considerazioni sul concetto dell'imputato e dei diritti che gli sono riconosciuti. In seguito, considerando l'essenza dell'*azione controllata* come metodo che dipende dalla clandestinità della sua realizzazione per l'ottenimento di buoni risultati, si è trattato del segreto nell'investigazione, e in sequenza, sono state eseguite alcune considerazioni in relazione alla limitazione della sua durata, tenendo in vista che questo segreto rappresenta una restrizione al diritto di difesa dell'imputato. Infine, si è trattato dello pseudo-conflitto tra l'efficienza e il garantismo nell'ambito dell'investigazione della criminalità organizzata.

Per concludere, è stata realizzata un'analisi dell'articolo 8° da Lei n. 12.850/13, che attualmente regola l'*azione controllata*, paragonando tutte le premesse stabilite dal lavoro, in modo da proporre un sistema di controlli necessario all'investigazione segreta. Insomma, si propone la limitazione della sua durata con un criterio qualitativo, che sia, l'obiettivo della sua finalità di ottenere un supporto minimo probatorio per la proposta di una denuncia. Il controllo della legalità dell'estensione dell'*azione controllata* nel tempo deve essere effettuato da un magistrato che, inizialmente, deferisce l'utilizzazione di questo metodo di investigazione attraverso l'analisi di un piano strategico e, successivamente, analizza i suoi risultati attraverso l'analisi di rapporti periodici elaborati dal Pubblico Ministero e dall'autorità di polizia.

PAROLE CHIAVE: azione controllata; metodologia di investigazione; criminalità organizzata; operazione di polizia; investigazione segreta

INTRODUÇÃO

A *ação controlada* foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Lei nº 9.034/95, que trouxe a previsão de meios de prevenção e repressão a ações praticadas por organizações criminosas. Em breves linhas, nada mais era do que a flexibilização do dever de efetuar a prisão em flagrante com vistas a aumentar a eficiência da investigação. Curioso observar que, embora a *ação controlada* tenha sido positivada há quase vinte anos, pouco se evoluiu na sua definição e delimitação, seja ela doutrinária ou legal. Como corolário, observa-se uma aplicação prática inadequada e variável do instituto, quer dizer, cada operador do direito possui seu próprio entendimento acerca de sua essência, o que reflete diretamente nas regras que a ela se aplicam.

É verdade que recentemente foi promulgada nova lei dispendo sobre organizações criminosas que revogou o diploma legal anteriormente mencionado. Todavia, a Lei nº 12.850/2013 fez módicos acréscimos à regulamentação da *ação controlada*, de modo que sua utilização imprópria deve continuar a acontecer ou até aumentar diante da novidade legislativa que traz a ilusória sensação de regramento do emprego do instituto. Nessa conjuntura, afigura-se indispensável promover um estudo científico sobre o tema, com vistas a esclarecer pontos centrais sobre a natureza da *ação controlada* e o arcabouço legal que a respalda, proporcionando aos operadores do direito e aos investigados um cenário seguro de atuação. Ressalte-se, todavia, que o cenário ideal para a utilização da *ação controlada* depende de alterações legislativas futuras, mas, enquanto essas não forem feitas, cabe ao Poder Judiciário estabelecer algumas balizas para seu emprego.

É certo que a *ação controlada* insere-se no contexto da investigação da criminalidade organizada, de modo que seu completo entendimento depende de uma compreensão pormenorizada da atividade investigativa e do fenômeno da criminalidade organizada. No entanto, não podemos nos deixar levar pela sedução desses temas. Isso porque sua demasiada amplitude e fascínio podem nos fazer enveredar por caminhos distantes do objetivo central deste estudo e torná-lo prolixo.

Assim, para um bom tratamento do tema em estudo, deixamos de lado a ambição de estabelecer uma ordem perfeitamente lógica entre itens e capítulos. Estando impossibilitada a tradicional abordagem científica que parte do geral e abstrato para chegar ao especial e concreto, optamos por iniciar a apresentação com algumas considerações sobre o centro da tese para, posteriormente, desenvolver aspectos que auxiliem sua compreensão e possibilitem delimitar o âmbito de sua aplicação, bem como definir os critérios necessários para sua utilização.¹

Nesse ponto, é de crucial importância esclarecer que os temas laterais, necessários ao desenvolvimento da tese, mas que não dizem respeito diretamente ao seu cerne, serão tratados apenas e tão somente na medida em que forem cogentes à conclusão do trabalho. Com isso quer-se dizer, por exemplo, que a teoria da investigação e da criminalidade organizada não será exaurida, mas apresentada apenas na exata medida do que for necessário para subsidiar nosso estudo sobre *ação controlada* e seus controles.² Além disso, em diversas oportunidades haverá uma introdução a determinado tema sem esgotá-lo, uma vez que será retomado em item ou capítulo posterior, após a apresentação de algum elemento essencial para o seu melhor desenvolvimento.

Optou-se por iniciar o estudo com a análise da evolução da investigação da criminalidade organizada, culminando com as técnicas especiais de investigação previstas nos tratados internacionais, sobretudo a Convenção de Palermo de 2000. A proposta é sistematizar seu estudo e compará-las com a *ação controlada*, de maneira a compreender melhor a natureza do nosso objeto de estudo. Posteriormente, será feito um breve estudo acerca da metodologia da investigação criminal, cujo objetivo é embasar as propostas de regulamentação da *ação controlada*. Porém, antes de atingir o capítulo final, em que se

¹ O estabelecimento do índice deste trabalho e da consequente ordem de análise dos temas não foi tarefa fácil. Os assuntos mantêm uma relação de retroalimentação, um enriquecimento recíproco. Por exemplo: a definição de criminalidade organizada é essencial para introduzir o assunto dos mecanismos utilizados para sua investigação, ao mesmo tempo em que deve ser aprofundada apenas quando se pretender discorrer sobre as exigências legais para o emprego da *ação controlada*. Sendo assim, os assuntos vão sendo abordados na medida em que se mostrem necessários, ainda que seu esgotamento venha a ocorrer apenas em item ou capítulo posterior.

² Falar em controles da *ação controlada* pode parecer tautológico. Todavia, não foi encontrado outro vocábulo que tivesse o condão de transmitir a ideia necessária.

pretende analisar detalhadamente o dispositivo legal regulador do instituto sobre o qual nos debruçamos e propor as adequadas formas de controle de seu uso na atividade investigativa, serão analisados alguns reflexos da posição jurídica do imputado na fase inicial da persecução penal, dando especial destaque às questões que emergem no bojo de uma *ação controlada*, nomeadamente, a busca do accertamento fático, o sigilo investigativo e sua duração.

CAPÍTULO I – INVESTIGAÇÃO E CRIMINALIDADE ORGANIZADA: TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO E AÇÃO CONTROLADA

1.1 INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

A criminalidade organizada³ representa um grande desafio para os estudiosos do Direito como um todo e, especialmente, para aqueles que se dedicam ao Processo Penal. As estruturas estatais de investigação são inadequadas para combater as sofisticadas estruturas e métodos utilizados pelas organizações criminosas. A dificuldade existe, em grande parte, uma vez que as preocupações centrais da organização criminosa é justamente atuar de forma a ocultar vestígios de sua atuação. Além disso, a participação nas organizações também costuma ser secreta.⁴ Acrescente-se ao *modus operandi* dessas

³ A noção doutrinária de criminalidade organizada será mais bem estabelecida no Capítulo IV, quando falarmos das exigências legais para aplicação da *ação controlada*. Todavia, dado o caráter dinâmico deste trabalho, é interessante, desde já, apresentar algumas considerações preliminares, anotando que é mais acertado indicar as características da organização criminosa em cujo bojo são planejados e executados os atos ilícitos do que tentar definir uma categoria de criminalidade. Por tal razão, a Lei n. 12.850/13 é definida no §1º de seu artigo 1º, *in verbis*: “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 superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.” Desse conceito, extraem-se diversas características que já vinham sendo apontadas pela doutrina como ínsitas ao fenômeno, tais como o grande número de membros, a forma estrutural, a persistência de suas atividades e a finalidade de obter alguma vantagem. Entretanto, outras tantas podem ser mencionadas, o que será feito oportunamente.

⁴ Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes afirma: “É essencial para a sobrevivência da organização criminosa que ela impeça a descoberta dos crimes que pratica e dos membros que a compõem, principalmente dos seus líderes. Por isso, ela atua de modo a evitar o encontro de fontes de prova de seus crimes: faz com que desapareçam os instrumentos utilizados para cometê-los e com que prevaleça a lei do silêncio entre os seus componentes; intimida testemunhas; rastreia por meio de tecnologias avançadas os locais onde se reúnem os seus membros para evitar interceptações ambientais; usa telefones e celulares de modo a dificultar a interceptação, preferindo conversar por meio de dialetos ou línguas menos conhecidas.” Ver O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 70, jan-fev/2008, p. 245. Também Vladimir Aras: “[...] tais delitos de criminalidade difusa deixam poucos vestígios e são executados com a percepção de que é fundamental não deixar elementos rastreáveis.” Ver Técnicas especiais de investigação. In: CARLI, Carla de. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 404.

associações o fato de que nem sempre os danos aos bens jurídicos são tangíveis, tampouco seus autores são facilmente identificáveis, embaraçando tanto a obtenção de elementos de materialidade quanto de autoria.

Ainda, os efeitos da globalização agravam o cenário⁵, pois a relativização das fronteiras pela rede mundial de computadores e pelo fácil acesso aos meios de transporte torna cada vez mais difícil o alcance do patamar mínimo de elementos informativos prescrito pelo artigo 41 do Código de Processo Penal. Esse *standard* é exigido para iniciar o processo de forma legítima contra aqueles que efetivamente dominam o *iter criminis* e usufruem o produto da atividade ilícita, mesmo quando escondidos por trás de uma cadeia de atos disseminados pelo mundo, difícil de ser captada e entendida. Com frequência, é preciso recorrer à cooperação jurídica internacional para possibilitar a persecução dos membros das organizações criminosas e, principalmente, de seus líderes.⁶

A criminalidade clássica, caracterizada por eventos pontuais e delimitados, era bem combatida com técnicas simples de investigação,⁷ auxiliadas pelo método indutivo. Atualmente, as dificuldades são tamanhas que já se iniciam no momento da definição do local do crime, uma vez que a atividade é permanente e desenvolve-se concomitantemente em diferentes lugares do mundo. As autoridades incumbidas da atividade investigativa, bem como aquelas envolvidas em atividades de inteligência, devem valer-se da

⁵ Aqui, interessante observar que a atuação das organizações criminosas não ocorre no âmbito internacional, uma vez que o termo se refere a uma interação entre Estados-nação. O termo mais adequado para caracterizar o que se pretende é ‘transnacionalidade’, pois inclui, também, relações entre indivíduos e grupos de diferentes nacionalidades que estabelecem laços de cooperação em busca do lucro. Ver LINARES HAMANN, Jorge Enrique. Redes criminales transnacionales: principal amenaza para la seguridad internacional en la posguerra fría. *Revista Criminalidad*, v. 50, n. 1, 2008, p. 375.

⁶ Blanco Cordero já afirmou que “*Las Naciones Unidas reconocen que el incremento de la sofisticación y globalización del crimen organizado convierten a la cooperación internacional en un elemento crucial para combatir este fenómeno.*” Ver Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio, in VV. AA.: *Criminalidad organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999, p. 23.

⁷ Nereu Giacomolli fala em “[...] investigação ‘à moda rambo’ (pela força, com armamento pesado, tanques nas ruas, balões dirigíveis, v.g.), atrelada aos vestustos paradigmas investigatórios (informantes, testemunhas, acareações, reconhecimentos, álbuns de fotografias corroídos pelo tempo, etc.)”. Ver *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 9.

metodologia de investigação para tentar conhecer e entender o mecanismo de funcionamento das organizações e até mesmo antever o perigo que podem causar à sociedade, aparelhando-se para tentar evitar maiores danos. É a expressão da sociedade de risco no processo penal.⁸

Nessa conjuntura, tornou-se imperiosa a criação de meios mais eficazes de investigação.⁹ Observa-se, assim, no mundo todo um movimento no sentido de introduzir novas técnicas investigativas nos tratados internacionais e nos ordenamentos jurídicos internos, buscando um incremento de eficiência. Muitas dessas técnicas consistem em meios de obtenção de prova e representam significativas invasões na esfera de direitos fundamentais dos investigados, configurando meios extraordinários de investigação.

No Brasil, a *ação controlada* foi criada no contexto de aumentar a eficiência da investigação das atividades orquestradas pelas organizações criminosas pela Lei n.º 9.034/95, que autorizou o agente policial a deixar de efetuar a prisão em flagrante nos casos em que tal postura possibilite a obtenção de elementos informativos de maior qualidade e em maior quantidade, desde que a ação delituosa permaneça sob vigilância. Contudo, passadas quase duas décadas, o instituto ainda não foi alvo de profundos estudos

⁸ Sobre o conceito de sociedade de risco, Silva Sánchez afirma que desde a enorme difusão da obra de Ulrich Beck, é lugar comum dizer que a sociedade pós-industrial é uma sociedade de risco. Explica o autor que, ao lado dos avanços tecnológicos e do desenvolvimento que permitiu incrementar o bem-estar individual, surgiram, também, consequências negativas criadas pelas decisões tomadas por aqueles que coordenam a aplicação das novas técnicas da indústria, da biologia, das comunicações etc. “*El progreso técnico da lugar, en el ámbito de la delincuencia dolosa tradicional (la cometida con dolo directo de primer grado), a la adopción de nuevas técnicas como instrumento que le permite producir resultados especialmente lesivos [...]. En esta medida, es innegable por lo demás la vinculación del progreso técnico y el desarrollo de las formas de criminalidad organizada, que operan a nivel internacional, y constituyen claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos (y los Estados).*” Ver *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3a ed. ampl. Madrid: Edisofer S. L., 2011, p. 14-15.

⁹ Nesse sentido, Manuel Monteiro Guedes Valente afirma que o “[...] crime organizado é um fenómeno criminógeno, cujas estruturas operativas policiais e judiciárias e cujo ordenamento jurídico processual penal vigente num determinado tempo e espaço se manifestam incapazes de prevenir. A prevenção das atividades criminosas desenvolvidas pelo crime organizado é uma consequência da inadaptação e inadequação dos instrumentos – jurídicos e operativos – para fazer face a estruturas criminosas humanas e materiais supranacionais. Os efeitos negativos dessas atividades escapam ao olhar humano e à transparência lícita da vida quotidiana e diluem-se suavemente por entre as estruturas organizativas privadas e públicas legais.” Ver *A investigação do crime organizado – buscas domiciliárias nocturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações*. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). *Criminalidade organizada e criminalidade em massa: interferências e ingerências mútuas*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 159-160.

científicos. Na mesma toada, não há uma sistematização das *técnicas especiais de investigação* previstas nos tratados internacionais, de modo que qualquer mecanismo que apresente uma especialidade em comparação com os instrumentos de investigação da criminalidade comum é incluído nesse rol. Destarte, com frequência a *ação controlada* é relacionada como uma delas, o que não condiz com a verdadeira natureza jurídica dos institutos, como será explorado neste capítulo.

Embora o tema dos instrumentos de combate à criminalidade organizada esteja constantemente sob a luz dos holofotes da doutrina, seu tratamento é insuficiente e desorganizado. Por tal razão, é necessário levar a cabo um esforço de redesignação de conceitos com a ambição de propor uma nova visão do assunto. Essa empreitada permitirá compreender o contexto em que está inserida a *ação controlada*, identificando semelhanças e diferenças com relação aos demais institutos, permitindo compreendê-la não apenas por sua essência, mas também pelo que não é. Para iniciar essa tarefa, é importante fazer um breve retrospecto histórico dos tratados internacionais sobre o assunto.

1.2 O CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DAS NOVAS TÉCNICAS DE INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Desde o início do século XX, sobretudo após a criação da Sociedade das Nações, em 1919, é possível observar algumas iniciativas com o escopo de combater o crime organizado transnacional.¹⁰ Porém, os debates sobre a cooperação internacional no combate à criminalidade organizada só foram intensificados a partir de 1975, no 5º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, culminando na Conferência Mundial Interministerial sobre o Crime Organizado Transnacional, ocorrida no ano de 1994, em Nápoles.¹¹ Ainda, em 1988 foi

¹⁰ LINARES HAMANN, Jorge Enrique. Evolución de los instrumentos internacionales en la lucha contra el crimen organizado. *Revista Criminalidad*, v. 48, 2006, p. 92.

¹¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. Principales instrumentos internacionales..., p. 24.

concluída a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena, que traz a previsão expressa da entrega vigiada.

A partir de 1998, as Nações Unidas instituíram um Comitê especial para elaborar uma convenção de combate ao crime organizado, resultando na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, cujo texto foi adotado em 15 de novembro de 2000 na cidade de Nova Iorque. Apesar disso, considerando que a Convenção foi aberta à assinatura de 12 a 15 de dezembro de 2000 na cidade de Palermo, na Itália, acabou ficando mais conhecida como Convenção de Palermo.¹² A partir desse tratado, diversos outros foram firmados com o intuito de combater a criminalidade organizada, alguns em âmbito regional, sobretudo por meio da previsão de meios excepcionais de investigação. O exemplo mais citado é a Convenção de Mérida, de 2003, relativa ao combate à corrupção.¹³ Outro exemplo é a Convenção sobre Lavagem de Dinheiro e Combate ao Financiamento do Terrorismo, também conhecida como Convenção de Varsóvia de 2005.¹⁴

É comum que esses textos convencionais tragam a expressão *técnicas especiais de investigação* para se referir a mecanismos que, em geral, ainda não estão previstos nos ordenamentos jurídicos internos e podem auxiliar no aumento da eficiência no que tange à obtenção de elementos informativos para subsidiar a persecução da criminalidade

¹² Causou estranheza o fato de se encontrar, indistintamente, menção à Convenção de Palermo ou à Convenção de Nova Iorque. Esse advento levou à pesquisa das reais razões das diferentes denominações encontradas, razão pela qual se mostra relevante consignar que se trata do mesmo instrumento, caracterizado pelo local de sua adoção ou pelo local em que foi aberto à assinatura. Cf. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson, 2005, p. 84; MACHADO, André Augusto Mendes e LOPES, Mariângela Tomé. Meios de investigação no combate ao crime organizado. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio et. al (coord.) *Estudos de Processo Penal*. São Paulo: Scortecci, 2011, p. 88. A Convenção de Palermo foi promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 5.015 de 12 de março de 2004.

¹³ RASCOVSKI, Luiz. *Entrega vigiada: meio investigativo de combate ao crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98.

¹⁴ ARAS, Vladimir. *Técnicas especiais de investigação...*, p. 407. Considerando que as *técnicas especiais de investigação* têm importância lateral neste estudo, isto é, são abordadas apenas pela necessidade de se fazer uma sistematização que permita uma melhor compreensão da *ação controlada*, não será levada a cabo a tarefa de esgotar a pesquisa e apresentação dos instrumentos internacionais que as mencionam.

organizada. Da mesma forma que o Direito Penal de emergência é utilizado com o fim de combater os crimes graves e complexos, a criação de meios de obtenção de prova com o escopo de investigar a criminalidade complexa dá ensejo a um processo penal de emergência, do qual essas técnicas fazem parte.¹⁵

Note-se que o texto utilizado nas diversas convenções costuma ser reproduzido de forma padronizada, sem alterações. Nele é prevista a possibilidade de emprego da entrega vigiada e outras *técnicas especiais de investigação*, tais como a vigilância e as operações de infiltração.¹⁶

É difícil propor um conceito para essa categoria de *técnicas especiais de investigação*, pois ela abarca as mais diversas espécies de instrumentos de combate ao crime organizado. Todavia, essa conceituação é necessária. Assim, como ponto de partida, cabe refletir sobre a adequação da expressão ‘técnica’, bem como o enquadramento de todos os meios de investigação nessa categoria. Por fim, há que se analisar cada uma dessas ferramentas que os textos convencionais disponibilizam aos Estados, de maneira a compará-las com a *ação controlada*, o que, em última instância, nos permitirá ter um melhor conhecimento de nosso objeto de estudo. Esse é o intuito dos próximos itens.

¹⁵ Nesse sentido, Vladimir Aras afirma que “As TEI são empregadas usualmente na investigação do terrorismo e de crimes graves praticados por organizações criminosas, cuja persecução é regida pelo subconjunto de leis do processo penal de emergência.” Ibid., p. 404. Sobre o processo penal de emergência, Fauzi Hassan Choukr ensina que a emergência do sistema repressivo não possui barreiras temporais ou espaciais para a derrogação de direitos fundamentais, transformando medidas que deveriam ser excepcionais em algo inerente à normalidade, uma vez que as regras criadas sob sua influência integram a legislação ordinária e possuem vigência ampla e irrestrita. Nas palavras do autor, “[...] a legislação emergencial dotada de amplo incremento do poder de polícia, exasperação das formas de prisão anteriores à condenação - prisões ditas ‘processuais’ ou ‘cautelares’ na linguagem brasileira -, agravamento das penas pela imputação em abstrato do crime e uma larga tolerância à produção da prova até mesmo por meios ilícitos, se projeta no cotidiano cultural do processo penal.” Ver Processo Penal “De Emergência”: Avaliação nos 20 Anos de Vigência da Constituição de 1988. In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (Coord.). *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 211-212.

¹⁶ O inciso I do artigo 20 da Convenção de Palermo, introduzida em nosso ordenamento por meio do Decreto 5.015/2004, tem a seguinte redação: “1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.”

1.3 DAS TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO NA CONVENÇÃO DE PALERMO

Considerando o *status* de tratado precursor no tema da investigação do crime organizado, a Convenção de Palermo será utilizada como nossa base para a análise das *técnicas especiais de investigação*. Dessa maneira, as considerações que aqui serão feitas são a ela aplicáveis e, eventualmente, poderão ser estendidas a outros textos convencionais ou legais que utilizarem a mesma nomenclatura ou, ainda que não o façam, os conceitos que serão propostos poderão ser utilizados como parâmetro para seu exame, com atenção às peculiaridades existentes e às necessárias adaptações.

Para bem compreendermos o contexto dos meios extraordinários de investigação destinados ao combate ao crime organizado, parece relevante a tentativa de definição do que sejam essas *técnicas especiais de investigação*, tarefa que será iniciada pela diferenciação entre técnicas e métodos.

Ficará claro ao longo da explanação que a compreensão da essência das técnicas é importante para este item do trabalho, que trata desses instrumentos especiais de combate ao crime organizado previstos nos tratados internacionais, notadamente, na Convenção de Palermo. De outro lado, o entendimento sobre o que são métodos será imprescindível para o desenvolvimento dos pontos posteriores, incluindo a natureza da própria *ação controlada*.

1.3.1 TÉCNICAS E MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO

A investigação criminal é um processo de pesquisa que se aproxima da ideia de investigação científica em sentido amplo. Ambas possuem um objetivo comum, qual seja

captar a realidade para atingir a verdade, sendo que esta terá um significado particular a depender da disciplina científica à qual a investigação estiver atrelada.¹⁷ Assim, antes de adentrar no campo específico da investigação criminal, é importante entender alguns pilares da investigação científica em sentido amplo para serem estabelecidos alguns conceitos importantes.

Ao se dar a devida atenção ao caminho percorrido para atingir a verdade, depara-se com o universo da Lógica e, conseqüentemente, da Metodologia. Aquela, comumente conhecida como a ‘ciência do pensamento’, divide-se em i) Lógica Formal, que estuda a estrutura formal do raciocínio, abstraindo o conteúdo da formulação dos juízos; e ii) Lógica Material, que, segundo Alaôr Caffé Alves, identifica-se com a Metodologia. Esta estuda o método, que interliga a forma de obtenção de conhecimento com o conteúdo, de maneira que sempre possui ligação com o objeto da ciência.¹⁸ Por tal motivo, cada segmento do conhecimento possui um método próprio de alcance da verdade.

No mesmo sentido, Miguel Reale afirma que o sentido amplo de método adequa-se ao estudo da Gnoseologia, isto é, a ciência que indaga das posições cognoscitivas do espírito perante as diversas espécies de objeto. O método é, portanto, o conjunto de procedimentos utilizados para atingir determinado fim, que pode variar de acordo com a

¹⁷ O ato de investigar relaciona-se à necessidade de se encontrar a solução para um problema. Conforme veremos no Capítulo II, a investigação criminal, como qualquer outra, é uma pesquisa, uma atividade dirigida ao fim de encontrar algo. No entanto, diferencia-se das demais por conta da particularidade de seu objeto e do contexto em que se realiza. Aqui, novamente, há um ponto da tese em que se revela a dificuldade de ordenar os temas, uma vez que a definição de investigação poderia anteceder a de técnica e a de método. Todavia, pareceu mais adequado iniciar o estudo pelos instrumentos internacionais destinados ao combate à criminalidade organizada e, após, tratar da investigação e seus reflexos na utilização da *ação controlada*. Para bem definir as técnicas e sua natureza, esse item teve que ser adiantado.

¹⁸ Nas palavras do autor, “A Metodologia estuda o método, o qual, para ser caracterizado, considera não só a forma, mas também o conteúdo de conhecimento de determinada ciência. Nesse sentido, o método mais generaliza os resultados e caminhos percorridos por determinada ciência do que os formaliza. A formalização vai além da generalização. Esta, a generalização, supõe sempre um certo conteúdo, e o seu *resultado não* foge das determinações mais gerais orientadoras dos trabalhos de certa ciência. Por isso, o método está sempre ligado, de alguma forma, ao objeto, ao conteúdo da respectiva ciência.” Ver ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica, Pensamento Formal e Argumentação: Elementos para o Discurso Jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 82.

ciência a que for aplicado, mas que sempre gravita em torno da ideia de captar a realidade por meio de um processo racional que resulte na obtenção de informações.¹⁹

Emerge como corolário dessa definição que o procedimento para o alcance de determinada finalidade deve obedecer à determinada ordem. Além disso, devem ser utilizados os instrumentos adequados.²⁰ É aqui que despontam as técnicas.

Segundo Gérard Durozoi e André Roussel, o conceito de técnica na filosofia moderna “[...] evoca antes um conjunto de procedimentos deduzidos de um conhecimento científico e que permite operar suas aplicações”.²¹ Nota-se o destaque feito à aptidão de concretizar os procedimentos de um conhecimento científico. Seria, destarte, o instrumento mediante o qual o método atinge sua finalidade.

De forma mais simplificada e objetiva, *técnicas* referem-se aos procedimentos práticos por meio dos quais são obtidos, registrados e classificados os dados de uma pesquisa. As *técnicas*, portanto, precisam ser adequadas à coleta dos dados necessários à investigação que está sendo realizada, de forma que a atividade investigativa seja realizada da melhor maneira possível.²² Fica claro que os métodos envolvem um conjunto de atos e técnicas, isto é, consistem na junção dos processos empregados em uma investigação.²³

Considerando o aparente estranhamento do tema ao nosso objeto de estudo, convém transcrever o esclarecedor trecho de Odília Fachin, em que compara método e técnica e bem delimita suas diferenças:

¹⁹ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 130.

²⁰ ALVES, Alaôr Caffé. Op. cit., p. 82.

²¹ DUROZOI, Gérard e ROUSSEL, ANDRÉ. *Dicionário de Filosofia*. 2. ed. Campinas: Papirus, 1996, p. 460.

²² FACHIN, Odília. *Fundamentos de Metodologia*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31.

²³ Aplicando essa conclusão ao âmbito da investigação criminal, pode-se afirmar que o método é o plano composto pelas etapas imaginadas como necessárias para comprovar determinada hipótese que surgiu como forma de solucionar uma “situação indeterminada”. Cf. DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. Pragmática da investigação: modelos intencionais na investigação policial. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 1, n. 1, jan/jun 2010, p. 139. Adiante, ao tratarmos da metodologia da investigação criminal, exploraremos a ideia de método como a ordem de atos que visa atingir à verdade processualmente possível, descrevendo as etapas que o investigador deve percorrer desde a constatação da situação problema até seu esclarecimento. Ver item 2.1.4.

O método é um plano de ação, formado pelo conjunto de etapas ordenadamente dispostas, destinadas a realizar e a antecipar uma atividade na busca de uma realidade; já a técnica está ligada ao modo de realizar a atividade, fazendo-a transcorrer de forma mais hábil, mais perfeita. O método está relacionado à estratégia, e a técnica, à tática. Para melhor entender a distinção entre método e técnica, devemos levar em conta que o método refere-se ao atendimento de um objetivo, enquanto que a técnica operacionaliza o método.²⁴

Diante das considerações tecidas até este ponto, é possível concluir que, para o bom emprego de um método, diversas técnicas deverão ser utilizadas. Existe, portanto, uma relação de conteúdo e continente entre eles. Enquanto o método serve ao objetivo da investigação, ditando os passos que devem ser seguidos para uma pesquisa bem feita, a técnica coloca em prática a estratégia abstratamente traçada. Nem seria necessário dizer que melhor será o resultado da investigação quanto mais detalhados forem esses passos e quanto mais eles tiverem sido definidos com base em conhecimento prévio de como atingir o objetivo colimado.²⁵

Estabelecidas as molduras, cumpre, agora, analisarmos as figuras criadas nos tratados relativos à criminalidade organizada, de modo a identificar sua real natureza e perquirir sua relação com a *ação controlada*.

²⁴ FACHIN, Odília. *Fundamentos de Metodologia...*, p. 31.

²⁵ Sobre a vocação do método para traçar um plano detalhado de busca de determinados dados, não podemos deixar de mencionar trecho da célebre obra de Descartes, *Discurso do Método*: “[...] o método que ensina a seguir a verdadeira ordem e a enumerar exatamente todas as circunstâncias daquilo que se procura contém tudo quanto dá certeza às regras da aritmética [...]”. DESCARTES, René. *O Discurso do Método*, p. 7. Disponível em: <http://www.fae.edu/pdf/biblioteca/O%20Discurso%20do%20metodo.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2014. Um de nossos objetivos neste trabalho será justamente propor a utilização da *ação controlada* com inspiração metodológica, de modo que os melhores resultados sejam produzidos com as menores interferências possíveis nos direitos fundamentais.

1.3.2 DEFINIÇÃO, CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO DAS TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO

A Convenção de Palermo de 2000 trouxe, em seu artigo 20,²⁶ a previsão de *técnicas especiais de investigação* para o combate à criminalidade organizada. As técnicas já existiam antes da elaboração desse texto convencional, logo, não foi sua celebração responsável pela criação de tais instrumentos.²⁷ Tanto é assim que a lei brasileira prevendo meios de combate ao crime organizado foi publicada em 1995,²⁸ antes, portanto, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Mas o grande mérito do referido tratado foi, pela primeira vez, tentar sistematizar e universalizar os meios de investigação direcionados à criminalidade organizada.

Diante dessa iniciativa e, considerando as dúvidas que pairaram sobre as ferramentas criadas, a doutrina foi obrigada a se aventurar no caminho pouco trilhado das *técnicas especiais de investigação*, ainda que de forma tímida e superficial.²⁹ Assim, embora não tenha sido o primeiro documento a tratar da categoria, considerando a tentativa de sistematização desses meios, o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional será utilizado como base deste estudo. No entanto, ele não define tais técnicas, limitando-se a indicar algumas de suas espécies. Nesse sentido, Hans Nilsson afirma que a mera enumeração de algumas técnicas, como foi feito na Convenção, é um recurso conhecido como ‘definição funcional’, comum nos casos em que não há consenso acerca do significado de uma expressão. De qualquer maneira, o autor entende ser possível a apresentação de uma ‘definição genérica’ nos seguintes termos: “[...] *techniques for gathering information systematically in such a way as not to allow the*

²⁶ Ver nota 16.

²⁷ A entrega vigiada, por exemplo, foi prevista originariamente no Convênio de Schengen em 1985. Cf. RASCOVSKI, Luiz. *Entrega vigiada: meio investigativo...*, p. 86.

²⁸ Trata-se da Lei n.º 9034/95, primeiro diploma legal a prever a figura da *ação controlada*.

²⁹ Neste ponto cabe consignar a dificuldade da pesquisa em encontrar qualquer material que tenha sistematizado adequadamente as *técnicas especiais de investigação*. Ou os autores não consideraram o tema relevante a ponto de merecer atenção, ou preferiram não aprofundar considerações sobre o mesmo, tendo em vista a dificuldade encontrada.

*target person to know of them, applied by law enforcement officials for the purpose of detecting and investigating crimes and suspects”.*³⁰

É possível analisar essa definição e, dela, extrair algumas conclusões acerca da natureza das *técnicas especiais de investigação*, notadamente, características comuns e requisitos de utilização. Na primeira classe estão a clandestinidade, a não-taxatividade, a vigilância e a dissimulação, esta última presente em apenas algumas *técnicas especiais de investigação*. Já na segunda, encontram-se a aplicação no âmbito da criminalidade organizada e o que à finalidade, o aprimoramento da coleta de elementos de prova.

Pois bem. Da ideia de que o investigado não pode ter conhecimento da submissão a uma *técnica especial de investigação*, extraímos que a clandestinidade é uma característica essencial e diferenciadora desse gênero de técnicas.³¹ Nesse sentido, e exatamente por terem lugar, na maior parte das vezes, no âmbito da fase inicial da persecução penal, as

³⁰ “[...] técnicas de coleta sistemática de informação aplicadas por agentes legais com o objetivo de detectar e investigar crimes e suspeitos, de modo a impedir que o alvo da investigação delas tenha conhecimento” (tradução nossa). NILSSON, Hans G. Special investigation techniques and developments in mutual legal assistance: the crossroads between police cooperation and judicial cooperation. Work product of the 125th International Training Course Visiting: Experts’ Papers. *Resource Material Series*, n. 65, p. 41. Disponível em: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No65/No65_07VE_Nilsson2.pdf. Acesso em: 14 dez. 2014. Optamos pela apresentação desse conceito que dá o devido destaque ao elemento diferenciador da clandestinidade. Falha, no entanto, ao deixar de restringir a utilização das técnicas especiais à investigação de crimes graves ou praticados por organizações criminosas, como faz Vladimir Aras: “Técnicas especiais de investigação (TEI) são as ferramentas sigilosas postas à disposição da Polícia, dos órgãos de inteligência e do Ministério Público para a apuração e a persecução de crimes graves, que exijam o emprego de estratégias investigativas distintas das tradicionais, que se baseiam normalmente em prova documental ou testemunhal.” Ver *Técnicas especiais de investigação...*, p. 405. Na linha do último autor, Danilo Andreato, autor de monografia sobre o tema, define-as da seguinte maneira: “[...] meios de prova ou de obtenção de prova utilizados quando da inviabilidade de obtê-los por intermédio dos instrumentos investigativos convencionais”. Ver *Técnicas Especiais de Investigação: premissas teóricas e limites constitucionais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 53. Note-se que esse conceito tenta definir pela exclusão, ou seja, seriam técnicas especiais todas aquelas que foram utilizadas quando as técnicas tradicionais mostraram-se insuficientes. Considerando que não foi revelada qualquer característica essencial à categoria, não se trata de uma definição satisfatória. Além disso, as técnicas ficam restritas aos meios de prova ou de obtenção delas, o que não nos parece adequado, também. Isso porque existe a possibilidade de haver figuras que, apesar de não serem meios de obtenção de prova, possam ser mecanismos que auxiliem a captura de dados necessários, como o programa de proteção de testemunhas. Danilo Andreato reconhece a celeuma, propondo a solução de classificá-la como TEI imprópria. *Ibid.*, p. 53.

³¹ ARAS, Vladimir. *Op. cit.*, p. 404. O autor fala em sigilo das *técnicas especiais de investigação*. ‘Clandestino’ e ‘sigiloso’ são sinônimos. Todavia, nos parece que o termo ‘clandestino’ é mais adequado para transmitir a ideia de atividade investigativa oculta, uma vez que o termo ‘sigilo’ é comumente utilizado para se referir aos direitos do investigado.

técnicas especiais de investigação, a exemplo dos meios de obtenção de prova,³² utilizam-se do fator surpresa para a descoberta de informações sem o conhecimento dos suspeitos.³³

Para descobrir quais são as demais características, é necessário voltar-se à redação da Convenção de Palermo, notadamente ao seguinte trecho do artigo 20: “[...] as entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração [...]”.³⁴

Em primeiro lugar, a leitura revela que o rol das técnicas em estudo não é exaustivo, mas meramente exemplificativo, podendo-se utilizar outras técnicas ou meios especiais de investigação que ali não estejam previstos, o que fica claro por meio da construção iniciada pela conjunção ‘como’, além da utilização da expressão ‘outras formas de vigilância’.³⁵

³² De acordo com Antonio Magalhães Gomes Filho, no clássico texto sobre a terminologia da prova, “Os meios de prova referem-se a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando à introdução e à fixação de dados probatórios no processo. Os meios de pesquisa ou investigação dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela Lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo).” Ver Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHEL, Flávio Luiz e ZANOIDE DE MORAES, Maurício. (coord.) *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 309. Em complemento, Francisco Marcolino de Jesus argumenta que “[...] os meios de obtenção de prova servem para obter aquelas coisas ou declarações que por sua vez, servirão para demonstrar a realidade de um facto; trata-se da atividade de recolha dos meios de prova, sejam pessoais ou reais.” Ver *Os meios de obtenção da prova em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 139. Paolo Tonini destaca o elemento surpresa ao afirmar que “[...] os meios de investigação da prova baseiam-se no fator ‘surpresa’ e, portanto, não prevêm a comunicação ao defensor do investigado quando são realizados na fase de investigação. Ver *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 242-243. No tópico anterior, ficou claro que as técnicas são os meios pelos quais os dados são obtidos. Fazendo um paralelo com a teoria geral da prova no processo penal, podemos concluir que as técnicas são, em geral, meios de obtenção de prova, pois são o instrumento pelo qual a fonte de prova é explorada a ponto de revelar elementos que podem ser levados ao processo por intermédio dos meios de prova.

³³ “Um traço marcante das TEI é a sua aptidão para a coleta de informações, indícios ou provas de um crime sem o conhecimento do suspeito, investigado ou réu, de modo a propiciar aos órgãos estatais o fator surpresa. As TEI permite que os órgãos de persecução anulem a ‘vantagem competitiva’ das ações do crime organizado e de entes terroristas, para os quais a clandestinidade e o segredo são fundamentais.” ARAS, Vladimir. Op. cit., p. 405.

³⁴ O texto do artigo em análise encontra-se integralmente transcrito na nota 16.

³⁵ Não existe qualquer menção à *ação controlada* na Convenção de Palermo. É certo que, pela redação do tratado, nada impediria seu enquadramento como mais uma técnica especial de investigação. No entanto, não

Independentemente de estarmos diante de uma cláusula aberta, que admite inúmeras formas de investigação, há que se admitir que a grande vedete do gênero estudado seja a entrega vigiada. É ela que encabeça o rol do artigo 20 da Convenção de Palermo, sendo que as demais possibilidades são referidas como ‘outras técnicas especiais de investigação’. Ao seu lado, são destacadas, nominalmente, a vigilância (em qualquer modalidade) e as operações de infiltração.

Essa redação explicita, ainda, a repetição constante da ideia de vigilância, seja como adjetivo da entrega vigiada, seja como substantivo na vigilância eletrônica ou em outras formas de vigilância. Além disso, a operação de infiltração, embora não se restrinja a uma postura observadora do agente infiltrado, exige constante atenção deste às práticas do grupo criminoso. Portanto, a vigilância também pode ser erigida a uma característica comum a todas as *técnicas especiais de investigação*.

Antes de tratar da última característica, a dissimulação, é pertinente tecer algumas considerações sobre o requisito e a finalidade, porquanto comuns a todas as espécies de técnicas. O primeiro deles é a exigência de que as *técnicas especiais de investigação* sejam utilizadas apenas no que tange à investigação da criminalidade organizada, extraída da sua previsão na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Somente a criminalidade de alta complexidade justifica a utilização de técnicas sigilosas que ensejam invasões das esferas de direitos fundamentais dos indivíduos mais contundentes do que as comuns.³⁶ Portanto, devem ser restritas aos crimes graves com relação aos quais as técnicas de investigação tradicionais não possibilitam a obtenção de

entendemos que o instituto central deste estudo integre essa categoria. É verdade que pode ser enquadrada nas ‘outras formas de vigilância’, mas isso não lhe confere natureza de técnica. Entendemos que a *ação controlada* consiste em um método investigativo. Assim, preferimos utilizar a expressão ‘meios especiais de investigação’ para incluí-la, porque o termo ‘técnica’ é demasiadamente restritivo e não abrange a ideia de *ação controlada* ou operações de infiltração.

³⁶ O sigilo da investigação é um traço característico da utilização da *ação controlada*. Como veremos, é comum que o inquérito policial seja instaurado de forma sigilosa e assim permaneça durante meses até que se considere adequado o momento para a perpetração de medidas como busca e apreensão e prisões. A Polícia Federal tem por hábito denominar esse tipo de situação ‘Operação’ e a crítica que se faz é, justamente, pelo uso desmedido desse tipo de artifício, tanto por se alongar no tempo mais do que o necessário, quanto por ser utilizado para investigar crimes cuja gravidade não justifica tamanha restrição a direitos individuais.

elementos de prova suficientes ao seu esclarecimento.³⁷ Quanto à finalidade, cumpre esclarecer que a utilização das técnicas só se legitima na medida em que permite alcançar o escopo de obtenção de um conjunto de elementos informativos de maior qualidade, com o condão de esclarecer os vazios constatados em uma investigação de elevado nível de dificuldade.³⁸

Por fim, retornamos à última característica enumerada: a dissimulação. Algumas *técnicas especiais de investigação* levam o investigado a crer em uma realidade diversa daquela que realmente existe, de maneira a fornecer os elementos necessários ao esclarecimento dos fatos.³⁹ Neste ponto, é interessante recorrer às considerações de Gary Marx, que, com base na constatação ou não das características de clandestinidade e dissimulação, classifica os tipos de trabalho policiais em quatro categorias: patrulha uniformizada (patente e franca); manipulação por agente policial com a identidade conhecida (patente e dissimulada); vigilância passiva (secreta e franca); e operação encoberta⁴⁰ (secreta e dissimulada).⁴¹ Tal classificação, por óbvio, pode ser transposta às técnicas de investigação, que não deixam de ser trabalhos policiais. As duas primeiras, por serem ostensivas, não se enquadram no objeto deste item (já que a clandestinidade foi constatada como característica comum a todas as *técnicas especiais de investigação*), restando, apenas, a vigilância passiva e a operação encoberta. Analisando-as, salta aos

³⁷ O conceito proposto por Vladimir Aras, transcrito na nota 15, destaca a necessidade de serem investigados crimes graves pelas *técnicas especiais de investigação*. Ver *Técnicas especiais de investigação...*, p. 405.

³⁸ *Ibid.*, p. 406.

³⁹ *Ibid.*, p. 406.

⁴⁰ Operação encoberta é a livre tradução de *undercover operation*. Não se trata de sinônimo de operação de infiltração, que é a expressão utilizada na legislação brasileira, no Decreto 5.015/2004, que introduziu a Convenção de Palermo em nosso ordenamento. Trata-se do gênero do qual a infiltração é espécie, o que se coaduna com o posicionamento de Gary Marx, que expõe a existência de dois tipos de agentes encobertos: aqueles que se infiltram na organização criminoso e atuam como membros dela, efetivamente chamados de agentes infiltrados, e aqueles que se fingem de vítimas, chamados apenas de agentes encobertos. A atuação de agentes que provocam a realização de crimes é muito comum no direito norte-americano e se expressa nas chamadas *sting operations*, que trataremos pormenorizadamente adiante. Cf. *Undercover: police surveillance in America*. Oakland: University of California Press, 1988, p. 7 e HAY, Bruce. *Sting Operations, Undercover Agents, and Entrapment. Discussion Paper*, n. 441, 10/2003, Harvard Law School, p. 2. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=469960. Acesso em: 14 dez. 2014.

⁴¹ MARX, Gary T. *Op. cit.*, p. 12. Para Vladimir Aras, havendo dissimulação ou clandestinidade, haverá técnica especial de investigação, o que significa que apenas a patrulha uniformizada não se enquadra no seu conceito. Cf. *Op. cit.*, p. 406.

olhos seu elemento diferenciador: é a dissimulação que está indiscutivelmente presente na última. O sigilo, entretanto, – ou a clandestinidade, como preferimos falar – está presente em ambas as situações.

Ante o exposto, parece fora de dúvida que todas as técnicas enumeradas no artigo 20 da Convenção de Palermo possuem, efetivamente, natureza de técnicas de investigação. No entanto, nosso objeto de estudo, embora se aproxime de todas essas figuras, sobretudo porque foi criado no contexto da necessidade de combater a criminalidade complexa com mecanismos mais elaborados e eficazes de investigação, não pode ser incluído no rol de *técnicas especiais de investigação*. Isso porque, além de não ser expressamente prevista na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, sua natureza não permite classificá-la como tal. Embora a *ação controlada* envolva as características, a finalidade e o requisito das *técnicas especiais de investigação*, ela possui uma relação de continente e conteúdo com elas. É o todo que as abarca, pois consiste num método de investigação, de uma estratégia que pode abarcar todas as técnicas aqui mencionadas concomitantemente, pois é um método que se utiliza dessas técnicas para obter os dados necessários à investigação. Portanto, embora tenha sido inspirada na entrega vigiada, a *ação controlada* acabou ganhando feições próprias com a evolução prática e doutrinária.⁴²

De qualquer maneira, é importante analisar as *técnicas especiais de investigação* com especial atenção, pois sua boa compreensão possibilita o alcance de uma definição de *ação controlada*, entendendo-se o que possuem em comum ou não. Portanto, antes de tratar da natureza da *ação controlada* como método, passamos a examinar as espécies de técnicas especiais, que dividiremos em técnicas de mera vigilância e técnicas com dissimulação.

⁴² O tema será mais bem explicado no item 1.4.4 infra.

1.3.2.1 ESPÉCIES DE TÉCNICAS

Se não é tarefa fácil definir *técnicas especiais de investigação*, o que dizer sobre a tentativa de sistematizar suas espécies? Talvez essa empreitada seja de pouca utilidade para os fins deste trabalho. Todavia, sendo conveniente uma breve explicação sobre cada uma das ferramentas previstas na Convenção de Palermo, não parece fora de propósito aglutiná-las em grupos com características comuns, facilitando sua identificação.

Cabe lembrar, todavia, que estamos tratando apenas das técnicas previstas no artigo 20 do tratado em análise, que não é taxativo. Alguns autores, como Danilo Andreato e Vladimir Aras,⁴³ entendem que mecanismos como a *proteção de testemunhas*⁴⁴ e *colaboração premiada*⁴⁵ devem ser incluídos no rol das *técnicas especiais de investigação*, mesmo não se enquadrando no conceito proposto, nem tendo sido previstos na Convenção de Palermo como espécies da categoria ora analisada.

Contudo, parece que esses instrumentos, além de não serem meios de obtenção de prova, sequer são técnicas de investigação em sua essência. Isso porque a efetiva técnica envolvida em ambos os casos é a prova testemunhal, por meio da qual são revelados os elementos de prova, isto é, os dados necessários à solução das situações indeterminadas identificadas na investigação. Portanto, consistem em características especiais conferidas à prova testemunhal, meio de prova comum com traços de confissão, no caso da colaboração premiada. Não apresentam as características da clandestinidade e dissimulação, fatores que diferenciam as técnicas especiais em apreço. Adicione-se a isso o fato de não estarem previstas no nosso dispositivo base, o artigo 20 da Convenção de Palermo. Sendo assim, não serão levadas em consideração as ‘técnicas especiais de investigação impróprias’,⁴⁶ classificando tão somente aquelas enumeradas no texto ora analisado. Portanto, com base

⁴³ Cf. ANDREATO, Danilo. *Técnicas Especiais de Investigação...*, p. 53 e ARAS, Vladimir. *Técnicas especiais de investigação...*, p. 417.

⁴⁴ As medidas de proteção à testemunha estão previstas no artigo 8º da Lei n. 9.807/1999.

⁴⁵ A colaboração premiada foi regulamentada pelos artigos 4º a 6º da Lei n. 12.850/13.

⁴⁶ ANDREATO, Danilo. Op. cit., p. 53.

nas características expostas acima, sobretudo com inspiração na classificação proposta por Gary T. Marx, sugere-se a divisão das técnicas de investigação em dois grandes grupos, de acordo com o mecanismo por elas utilizado para extrair o dado almejado da fonte de prova: técnicas de mera vigilância ou técnicas dissimuladas.

É patente a ousadia da empreitada, mas, desde já, vale pontuar não ser a intenção promover uma classificação definitiva. É necessário fazer uma primeira tentativa, organizando os institutos, a fim de aumentar nossa compreensão sobre eles e estimular outros estudiosos a se debruçarem sobre o tema e evoluírem o raciocínio.

1.3.2.1.1 MERA VIGILÂNCIA

São classificadas como técnicas de mera vigilância aquelas que não se utilizam de qualquer intervenção dos agentes no *iter criminis* para alcançar o escopo definido. Como exemplos, podemos citar a *vigilância passiva*, a *entrega vigiada* e a *entrega controlada*, sendo que as duas últimas podem ser consideradas sinônimas.

Classicamente, o meio de vigiar o cometimento de crimes ou o comportamento dos suspeitos é a campana.⁴⁷ A princípio, não serviria para captar o momento do cometimento do delito, mas para coletar indícios após a instauração da investigação. Todavia, diante da evolução tecnológica, bem como da alteração da natureza da criminalidade, a forma mais

⁴⁷ “A campana destina-se a produzir conhecimento sobre os contatos pessoais e profissionais de um suspeito e os locais por ele frequentados, que podem revelar bens e documentos ocultos e vítimas de ilícitos.” ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação..., p. 421. Marcelo Mendroni exemplifica os mecanismos utilizados para uma investigação de campana: “[...] binóculos, equipamentos eletrônicos, como filmadoras, aparelhos de escuta ou máquinas fotográficas”. Ver *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 108.

utilizada de vigilância tornou-se a eletrônica. Existem tantas câmeras espalhadas pelos espaços públicos que, muitas vezes, é possível registrar, em tempo real, o flagrante delito.⁴⁸

Vladimir Aras enumera diversos meios tecnológicos que podem ser utilizados para coletar informações acerca de um crime por meio do registro dos atos das pessoas no mundo físico: câmeras de vídeo (com ou sem áudio), máquinas fotográficas, circuitos de TV instalados em locais públicos ou de circulação de pessoas, sistemas de posicionamento por satélite e acompanhamento de sinais de telefonia celular. Existem, ainda, instrumentos que permitem a identificação de condutas perpetradas no mundo virtual, tais como a quebra de IP, e outros que possibilitam o acompanhamento em tempo real de movimentação financeira ou conversas em redes sociais.⁴⁹ Em comum, os mecanismos de vigilância passiva instalados após a deflagração de uma investigação⁵⁰ e com o escopo de apurar fatos específicos apresentam as características de clandestinidade sem dissimulação, com atitude absolutamente inativa do agente policial ou do equipamento eletrônico por ele utilizado. Aqui, a chave da técnica é a observação da conduta do agente.

Em nossa legislação, é constatada a presença dessa espécie de técnica especial de investigação no inciso II do artigo 3º da Lei n. 12.850/13, ao prever a possibilidade de ser utilizada como meio de obtenção de prova a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. Além disso, o art. 3º, V da Lei n. 12.850/13, e a Lei n. 9.296/96 preveem a interceptação das comunicações, que também consiste em uma técnica de vigilância e monitoramento.

Outra técnica que não envolve a dissimulação é a entrega vigiada. Nesse caso, apesar de não haver uma ação do agente no sentido de estimular qualquer comportamento

⁴⁸ No caso das câmeras de segurança espalhadas pelas ruas, ou até mesmo das câmeras destinadas a controlar o tráfego que, eventualmente, registram a prática de crimes, não se observa a característica da clandestinidade. No entanto, por óbvio, elas não são destinadas à investigação de um fato específico envolvendo a criminalidade organizada. São instaladas com um propósito diverso e num momento anterior à prática do crime, captando-o despropositadamente.

⁴⁹ ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação..., p. 421-422. Esses mecanismos envolvem a problemática da expectativa de privacidade dos envolvidos e ensejam inúmeras discussões sobre sua legitimidade. O tema será analisado mais detalhadamente no item 4.1.2.

⁵⁰ É claro que o equipamento de vigilância só servirá para o esclarecimento de fatos já investigados quando houver a permanência da delituosidade, como ocorre no âmbito de uma organização criminosa.

ou levar o investigado a erro, não temos uma inércia absoluta do investigador como na vigilância passiva. Como prova de sua importância dentro da Convenção de Palermo, destacamos o fato de ser a única técnica especial de investigação que vem definida no artigo 2. Na alínea “i”, consta que entrega vigiada é:

[...] a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática.

Parece claro, por exemplo, que acompanhar o itinerário de determinada pessoa que leva consigo um carregamento de entorpecentes para identificar quem são os compradores dessa carga é um ato isolado com o escopo bem definido de se obter determinada informação útil para a investigação como um todo. Nesse sentido, não há dúvidas de que a entrega vigiada se classifica como técnica.

Note-se que a técnica é especialmente destinada ao monitoramento da atividade delituosa para identificar outros participantes da organização criminosa investigada, bem como seu *modus operandi*.⁵¹ Nesse ponto, aproxima-se muito da *ação controlada*. Todavia, Luiz Rascovski, em monografia sobre o tema, alerta para a existência de diversas características que afastam os institutos, dando especial destaque para o fato de que, com a *ação controlada*, pretende-se monitorar qualquer ação praticada por uma organização criminosa, enquanto a entrega vigiada serve para supervisionar remessas de mercadorias ou pessoas.⁵²

A Convenção de Palermo conferiu contornos mais genéricos à entrega vigiada, pois não determinou qual objeto deveria ser vigiado. Ao contrário, a Convenção de Viena havia

⁵¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais...*, p. 279.

⁵² RASCOVSKI, Luiz. *Entrega vigiada: meio investigativo...*, p. 83. Essa diferenciação será retomada no item 1.4.4 infra.

restringido seu uso ao tráfico de entorpecentes.⁵³ É importante observar, ainda, que, na nossa legislação, não existe a previsão expressa da entrega vigiada. O máximo que se pode afirmar é que, por termos internalizado o texto da Convenção de Palermo por meio do Decreto n.º 5.015/2004, a figura da entrega vigiada está prevista no ordenamento brasileiro, embora não esteja regulamentada.⁵⁴ Assim, essas breves considerações são encerradas com o conceito proposto Por Luiz Rascovski, segundo o qual a entrega vigiada é:

[...] técnica de investigação 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 de elevada gravidade, bem como prestar auxílio a autoridades estrangeiras nesses mesmos fins.⁵⁵

⁵³ A Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas foi internalizada ao ordenamento nacional por meio do Decreto 154/1991. A alínea '1' do artigo 1º define entrega vigiada: "1) Por "entrega vigiada" se entenda a técnica de deixar que remessas ilícitas ou suspeitas de entorpecentes, substâncias psicotrópicas, substâncias que figuram no Quadro I e no Quadro II anexos nesta Convenção, ou substâncias que tenham substituído as anteriormente mencionadas, saiam do território de um ou mais países, que o atravessem ou que nele ingressem, com o conhecimento e sob a supervisão de suas autoridades competentes, com o fim de identificar as pessoas envolvidas em praticar delitos especificados no parágrafo 1 do Artigo 2 desta Convenção." O parágrafo 1 do artigo 2º, por sua vez, preceitua que: "1 - O propósito desta Convenção é promover a cooperação entre as Partes a fim de que se possa fazer frente, com maior eficiência, aos diversos aspectos do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas que tenham dimensão internacional".

⁵⁴ Nesse sentido, Luiz Rascovski afirma que tanto a figura da Lei de Crime Organizado (Lei n. 9.034/95), quanto às previstas nas leis de drogas, tanto a antiga (Lei n. 10.409/2002), como a atual (Lei n. 11.343/2006), é a *ação controlada* e não a entrega vigiada. *Entrega vigiada: meio investigativo...*, p. 107. Observe-se que, ao elaborar o Projeto Miro Teixeira que originou a Lei n.º 9.034/95, o legislador inspirou-se na entrega vigiada, mas querendo lhe dar contornos mais amplos, acabou criando instrumento que ganhou feições próprias, a *ação controlada*. Cf. SCARANCA FERNANDES, Antonio. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo..., p. 241. O novo diploma legal destinado a regulamentar os instrumentos utilizados na investigação da criminalidade organizada, a Lei n. 12.850/13, também deixou de prever a entrega vigiada, restringindo-se à *ação controlada*.

⁵⁵ RASCOVSKI, Luiz. Op. cit., p. 109-110.

1.3.2.1.2 COM DISSIMULAÇÃO

No que tange às técnicas que envolvem algum tipo de engodo com o escopo de obter os dados almejados, podemos extrair do artigo em exame as *operações encobertas* ou *operações de infiltração*, a depender da versão do tratado. Percebe-se que em português⁵⁶ e francês⁵⁷ as *operações de infiltração* são indicadas como uma das espécies das *técnicas especiais de investigação*. Todavia, em inglês⁵⁸ e espanhol⁵⁹ o termo utilizado, em tradução literal, indica *operações encobertas*. A partir daí, surge a indagação acerca da existência de diferenças entre os institutos e, em caso positivo, quais seriam elas.⁶⁰

Considerando que não há um rol exaustivo, a inconsistência das traduções leva a um falso problema, uma vez que, previstas ou não, quaisquer operações diversas daquelas positivadas no tratado poderão ser regulamentadas na legislação nacional. De qualquer maneira, porque elaboramos um trabalho científico que tem compromisso com a precisão

⁵⁶ A redação em português está na nota 16 acima

⁵⁷ Em francês: *Article 20. Techniques d'enquête spéciales* 1. *Si les principes fondamentaux de son système juridique national le permettent, chaque État Partie, compte tenu de ses possibilités et conformément aux conditions prescrites dans son droit interne, prend les mesures nécessaires pour permettre le recours approprié aux livraisons surveillées et, lorsqu'il le juge approprié, le recours à d'autres techniques d'enquête spéciales, telles que la surveillance électronique ou d'autres formes de surveillance et les opérations d'infiltration, par ses autorités compétentes sur son territoire en vue de combattre efficacement la criminalité organisée.* Disponível em: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/>. Acesso em: 14 dez. 2014.

⁵⁸ *Article 20. Special investigative techniques* 1. *If permitted by the basic principles of its domestic legal system, each State Party shall, within its possibilities and under the conditions prescribed by its domestic law, take the necessary measures to allow for the appropriate use of controlled delivery and, where it deems appropriate, for the use of other special investigative techniques, such as electronic or other forms of surveillance and undercover operations, by its competent authorities in its territory for the purpose of effectively combating organized crime.* Disponível em: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/>. Acesso: em 14 dez. 2014.

⁵⁹ *Artículo 20. Técnicas especiales de investigación* 1. *Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.* Disponível em: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/>. Acesso: em 14 dez. 2014.

⁶⁰ Problema similar existe no que tange à entrega vigiada, visto que em todos os idiomas ela é assim tratada, mas em inglês denomina-se 'entrega controlada'. Todavia, como já consignado no item anterior, não existe razão para entender tratar-se de instituto diverso, de modo que as expressões são consideradas sinônimas.

de conceitos, é indispensável ressaltar que *operações encobertas* são mais abrangentes do que as *operações de infiltração*. Aliás, estas são espécies daquelas.

Com efeito, nas *operações encobertas*, ao contrário da atividade investigativa comum, a atuação policial ocorre antes do cometimento do delito ou durante o mesmo e, em geral, utiliza-se de mecanismos de dissimulação e atua clandestinamente, características presentes nas *técnicas especiais de investigação* como um todo. É uma forma de se obter informações que não estão disponíveis de outra maneira, e, frequentemente, ensejam a invasão da privacidade dos investigados. No entanto, a dissimulação da operação não será necessariamente a existência de um agente infiltrado na organização criminosa. Também é comum a atuação do agente encoberto como vítima ou alguém que promove algum tipo de negociação com seus membros.⁶¹ Essas últimas situações são bastante comuns em um instrumento de investigação norte-americano chamado *sting operation*. Bruce Hay esclarece que esse meio de investigação ocorre quando as autoridades criam ou facilitam a situação para o cometimento do delito, possibilitando a flagrância. Trata-se, efetivamente, de um estímulo à atividade ilícita, visando à punição daqueles que se mostrarem predispostos a aderir à criminalidade. Pode ser perpetrada de duas maneiras, como já mencionado: o agente policial atuando como um criminoso, que poderia ser um vendedor ou comprador de mercadorias ilícitas, ou o agente fazendo-se passar por vítima do suposto delito.⁶²

Existem, todavia, operações encobertas que se utilizarão da inserção de agentes policiais no âmbito das organizações criminosas, quando haverá o fenômeno da infiltração policial. Pois bem, a infiltração tem como objeto central a utilização de uma pessoa que, fingindo pertencer à dada organização criminosa, utiliza-se das mais diversas formas de obtenção de informações com o escopo de angariar provas interessantes aos órgãos de persecução.⁶³ Dessa breve explanação extrai-se que, por meio da atuação do agente

⁶¹ MARX, Gary T. *Undercover: police surveillance...*, p. 7.

⁶² HAY, Bruce. *Sting Operations, Undercover Agents...*, p. 4. No direito brasileiro a legalidade dessas operações seria contestada, haja vista a repulsa ao flagrante preparado.

⁶³ PEREIRA, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 325-326.

infiltrado, são obtidos dados e informações necessárias à investigação, o que se coaduna com a definição de técnica exposta no item 1.3.1 supra. Assim, fácil concluir que, embora se trate de um meio complexo dependente consideravelmente da dissimulação e que envolve riscos inestimáveis ao agente, em sua essência é uma técnica que pode ser classificada como especial, pois é restrita à investigação da criminalidade organizada, envolve a ideia de vigilância, é clandestina e dissimulada.

1.4 AÇÃO CONTROLADA: NATUREZA, OBJETO, MOMENTO E INSTITUTOS AFINS

1.4.1 CONCEITO E NATUREZA

A *ação controlada* consiste no retardamento da atuação estatal com relação à prática delituosa cometida por membros de organização criminosa sob a condição de mantê-la (a prática criminosa) sob vigilância policial com o escopo de efetivar a atuação policial no momento mais oportuno no que tange à obtenção de informações para subsidiar a investigação criminal. Há uma flexibilidade diante da flagrância delitiva para tentar aumentar a eficiência da investigação.⁶⁴

⁶⁴ A ideia de *ação controlada* como flagrante postergado ou diferido advém da interpretação dada aos textos legais que a positivaram. Com efeito, a Lei n. 9034/95 trazia a definição de *ação controlada* no inciso II do seu artigo 2º: “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[...]”. Agora, a definição vigente é a do art. 8º da Lei n. 12.850/2013, que revogou a lei anterior: “Consiste a ação controlada 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”. Observe-se, todavia, que o legislador nunca foi expresso no que tange à prisão em flagrante, de modo que as expressões “interdição policial” e “intervenção policial ou administrativa” podem ter uma abrangência maior, incluindo outras medidas que visem fazer cessar a conduta criminosa. O tema será retomado no item 4.1.2.

Interessante observar que o termo ‘ação’ da expressão *ação controlada* refere-se aos atos delituosos, aos crimes relacionados à organização criminosa, de forma que a expressão consagrada para esse método de investigação indica o controle e a vigilância que as autoridades devem manter sobre a prática criminosa para colher o maior número de elementos informativos possível, sem que a situação flagrancial desapareça, ao menos com relação a um dos crimes do conjunto daqueles praticados pela organização. A expressão *ação controlada*, portanto, não se refere ao conjunto de meios de obtenção de prova e técnicas de investigação eleitos pela autoridade policial para solucionar uma ‘situação indeterminada’,⁶⁵ embora esses meios possam ser utilizados para procurar e extrair dados relevantes durante o monitoramento estatal sob o(s) ato(s) delituoso(s).

Na prática, observa-se que a *ação controlada*, no mais das vezes, é usada para abarcar todo e qualquer procedimento de investigação que necessite de sigilo. Assim, um mecanismo que foi criado com o escopo de acompanhar o *iter* criminoso e postergar o flagrante acabou se transformando em uma espécie de inquérito policial sigiloso que vem sendo chamado de ‘operação policial’.

No que tange a sua natureza, é válido recorrer ao escólio de Eduardo Araújo da Silva, para quem a *ação controlada* é uma estratégia de investigação que permite que os policiais façam uma escolha entre efetuar a prisão de integrantes menos influentes de uma organização criminosa e aguardar, monitorando as ações, para, ao final, obter elementos informativos que auxiliem a persecução de todos os seus membros, notadamente os superiores hierárquicos.⁶⁶

⁶⁵ A expressão ‘situação indeterminada’ é utilizada pelos estudiosos da metodologia da investigação para designar o objeto da investigação, quer dizer, o problema que deve ser resolvido por meio dessa atividade. Cf. item 2.1.2 e PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 41-45.

⁶⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado. Procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 91-92. Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato também se referem à *ação controlada* como “forma de estratégia policial”. Ver *Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145.

A ideia de estratégia envolve o planejamento, o conjunto de atos e recursos destinados à consecução de determinado objetivo.⁶⁷ Considerando a necessidade de elaborar um plano com procedimentos definidos envolvida numa estratégia, parece que a noção aplica-se muito bem à *ação controlada*, que demanda não apenas a vigilância da conduta criminosa, mas também um objetivo a ser atingido e a definição dos meios para sua consecução.

No item 1.3.1 foi transcrito trecho da obra de Odília Fachin no qual está expressamente consignado que o método é um ‘plano de ação’.⁶⁸ Nota-se, portanto, que método e estratégia possuem afinidade de conceitos, isto é, ambos abrangem as noções de plano, tática e astúcia.⁶⁹ Parece, todavia, que a estratégia tem uma conotação mais ligada à esperteza, ao brilhantismo ou mesmo a um juízo de conveniência e oportunidade, para utilizar uma expressão jurídica. Nesse sentido, a estratégia poderia ser definida como um método dotado de sagacidade por parte daquele que o utiliza.

Corrobora-se, portanto, a tese de que a *ação controlada* consiste em um método e não em uma técnica, porquanto pressupõe um planejamento e envolve a utilização de diversos meios de obtenção de prova para possibilitar a consecução de seu objetivo.⁷⁰ Pode-se ir além, ainda, pois ao exigir a astúcia e a sagacidade do investigador para o alcance de sua finalidade da melhor maneira possível, a *ação controlada* pode ser classificada como estratégia. Por consequência, a expressão *técnica especial de investigação*, utilizada pelos tratados internacionais, não define adequadamente a natureza jurídica da *ação controlada*, porquanto as técnicas são apenas instrumentos para obterem-se dados.

⁶⁷ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal...*, p. 323.

⁶⁸ FACHIN, Odília. *Fundamentos de Metodologia...*, p. 31.

⁶⁹ AZEVEDO, Francisco Ferreira dos Santos. *Dicionário analógico da língua portuguesa: ideias afins/thesaurus*. 2. ed. atual. e rev. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

⁷⁰ Eliomar da Silva Pereira, em sentido contrário, é expresso em alocar a *ação controlada* na categoria de técnicas de investigação: “Técnicas destinadas ao crime organizado. Embora igualmente reguladas legalmente, são técnicas previstas expressamente para investigação de crimes praticados por quadrilha ou organizações criminosas. Encontram-se nessa espécie a ação controlada, a captação ambiental e o agente infiltrado [...]”. Ver *Teoria da investigação criminal...*, p. 221.

Não se pode olvidar que, para uma eficiente atuação estratégica, é necessário o desenvolvimento de um conhecimento mais amplo sobre as vestes da criminalidade, bem como os meios que possibilitarão a obtenção dos dados almejados. Por tal razão, é imprescindível o desenvolvimento da inteligência criminal como forma de subsidiar uma investigação criminal. Em outras palavras, o investigador deve ter conhecimento do tipo de criminalidade em enfoque, bem como dos instrumentos que, costumeiramente, são aplicados para solucionar as questões que surgem em seu âmbito, para que faça o melhor uso possível das técnicas de investigação.⁷¹ E a fôrma que concentrará toda essa atividade será a *ação controlada*, que demanda uma intensa atividade de planejamento.

Antes de passar ao Capítulo II, responsável pelo entendimento do ambiente no qual a *ação controlada* se desenvolve – a investigação –, é interessante destrinchar o instituto para sistematizar o conhecimento sobre ele.

1.4.2 MOMENTO DE UTILIZAÇÃO

É sabido que toda atividade estatal direcionada à apuração e à punição de um crime é chamada de persecução criminal,⁷² que engloba desde os primeiros atos de instauração da investigação a partir da notícia do crime até o trânsito em julgado da decisão prolatada no

⁷¹ Tanto a inteligência criminal quanto a metodologia de investigação serão objeto do Capítulo II, itens 2.3.3 e 2.1.4, respectivamente.

⁷² Denilson Feitoza Pacheco expõe que “A persecução criminal, *persecutio criminis*, persecução penal, perseguição penal ou perseguição criminal é um procedimento persecutório, consistente no conjunto de atos e meios utilizados pelo investigador, no procedimento preliminar administrativo (investigação criminal), e pelo acusador, no procedimento principal judicial (processo penal), para demonstrar a existência da infração penal e sua autoria e, no procedimento principal, também para obter a sentença penal condenatória transitada em julgado (ou a sentença penal absolutória imprópria com imposição de medida de segurança, transitada em julgado.” Ver *Direito processual penal: teoria, crítica e prática*. 5. ed., rev., ampl. e atual. com as Leis 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), 11.343/2006 (Lei Antidrogas), 11.417/2006 (Súmula Vinculante), 11.435/2006, 11.449/2006 e 11.464/2007 e a ADI 3112-STF. Niterói: Impetus, 2008, p. 47.

processo penal. Mas para os fins deste trabalho, interessa-nos, especialmente, sua fase inicial,⁷³ durante a qual são praticados, sobretudo, os atos de investigação.

Com relação ao que está positivado no ordenamento jurídico, temos que o artigo 3º, inciso III, da Lei n.º 12.850/13,⁷⁴ insere a *ação controlada* no rol dos meios de obtenção de prova em um Capítulo denominado ‘Da investigação e dos meios de obtenção de prova’. Embora o referido artigo permita a utilização dos meios ali previstos ‘em qualquer fase da persecução penal’ e, conforme já afirmado, apesar de sua natureza jurídica não ser propriamente a de um meio de obtenção de prova, entendemos que, ao inseri-lo nesse rol, o legislador faz transparecer o entendimento de que, assim como um meio de obtenção de prova,⁷⁵ a *ação controlada* deverá ser utilizada na fase inicial da persecução penal.

É verdade que o *caput* do artigo 3º preceitua expressamente que os instrumentos ali previstos podem ser usados em qualquer fase da persecução penal, sem efetuar ressalva. Todavia, algumas de suas características indicam afinidade com a fase inicial. Em primeiro lugar, a *ação controlada* é um método de investigação simultâneo à flagrância delitiva, logo, anterior à deflagração da ação penal.

⁷³ Alguns autores referem-se a esse momento da persecução penal como fase preliminar ou instrução preliminar. Cf. LOPES Jr., Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97. Todavia, nem sempre o processo advirá como consequência necessária da fase de investigação, donde se extrai a característica da autonomia dessa fase (Ibid.). Sendo assim, preferimos falar em fase inicial da persecução penal, pois o adjetivo inicial indica apenas aquilo que inicia ou começa algo, não exigindo qualquer relação com outro objeto. A qualificação da fase, assim, harmoniza-se com a característica da autonomia.

⁷⁴ Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

- I - colaboração premiada;
- II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;
- III - ação controlada;
- IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;
- V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;
- VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;
- VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;
- VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

⁷⁵ Ver nota 32 acima.

Outrossim, a *ação controlada* revela-se como um método de investigação sigiloso, pois a eficácia da não atuação com o escopo de coletar maior quantidade de elementos informativos em face do maior número possível e necessário dos membros da organização criminosa depende da ignorância dos observados acerca da vigilância a que estão submetidos. O sigilo da investigação só é admitido na fase inicial da persecução e, mesmo assim, de forma excepcional.⁷⁶ Esse instituto, portanto, não é compatível com a fase processual, na qual os acusados já estão definidos e quando são assegurados a ampla defesa e o contraditório.

Essa breve introdução nos permite afirmar que a *ação controlada* sempre será utilizada como um instrumento da investigação criminal, uma estratégia para maximizar seus resultados, de maneira que se revela importante a análise dessa atividade para que possamos melhor estabelecer seus objetivos e limites, o que será levado a cabo no Capítulo II.

1.4.3 OBJETO E FINALIDADE

O real escopo do ato investigativo é descobrir fontes e elementos de prova que possam ser utilizados para a produção probatória em juízo ou para demonstrar sua desnecessidade,⁷⁷ oferecendo dados e elementos informativos aptos a solucionarem o

⁷⁶ Detalhes no item 3.3.

⁷⁷ Nesse sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho apresenta o direito à investigação como uma parte do direito à prova, mediante o qual seriam descobertas provas. Ver *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 86. Observe-se que, embora o autor utilize o termo genérico ‘prova’, é claro o sentido que lhe pretendeu conferir, afirmando em trecho posterior que a investigação defensiva relaciona-se com a descoberta de fontes. De forma bastante clara e no sentido de que a investigação almeja pesquisar e descobrir fontes de prova: “O Ministério Público e os advogados podem colher declarações de possíveis testemunhas, enquanto exercem seu direito à prova, em sua subespécie direito à investigação, com o objetivo de obter informações e fontes de prova para que, posteriormente, por meio de prova própria – o testemunho – sejam introduzidas no processo, respeitando o contraditório, a imediação e a oralidade.” Ver BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade de substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHEL, Flávio Luiz e ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 351. Também Célio Jacinto dos

problema⁷⁸ posto, ou, em outras palavras, a confirmarem ou refutarem a hipótese aventada sobre os fatos levados a conhecimento da autoridade policial. Essa tarefa é executada por meio de uma pesquisa sistemática e da utilização de instrumentos técnicos de indagação, formando o juízo de probabilidade necessário ao recebimento da denúncia ou atestando a desnecessidade de deflagrar a persecução.

Na *ação controlada*, essa empreitada é executada por meio da vigilância da prática criminosa, que se apresenta como o objeto do instituto. A finalidade, contudo, é a obtenção da melhor e da maior quantidade de dados e elementos de prova, ainda que para isso seja necessário realizar um juízo de valor acerca do melhor momento para a efetivação do dever de atuação do agente estatal, afastando a imperiosidade de sua realização quando se está diante de um flagrante delito. Assim, a forma por meio da qual a *ação controlada* atinge seu objetivo é o método. Esse procedimento tem em vista, sempre, a observação da prática delituosa de uma organização criminosa com a finalidade de permitir a coleta de elementos de prova com a máxima eficácia, utilizando-se de diversas técnicas investigativas.⁷⁹ Seu fim último é fornecer subsídios para a formação da opinião do membro do Ministério Público, o que se dá em momento anterior à elaboração da denúncia ou ao arquivamento da investigação e, portanto, antes da deflagração do processo penal. O estudo da *ação controlada* será aprofundado no Capítulo IV, no qual serão expostas as exigências legais para sua utilização, seus limites e controles. Por ora, será feita apenas uma breve comparação com algumas técnicas de investigação para tornar mais clara sua natureza e definição, compreendendo-a, também, pelo que não é.

Santos indica que o objetivo da investigação é obter fonte de prova, *in verbis*: “Há que se assinalar que na investigação criminal [...] o investigador pode usar de todos expedientes para acessar a fonte de prova ou apoderar-se do conhecimento sobre elementos objetivos (físicos) ou subjetivos (psíquicos) de uma ação criminosa, desde que não haja norma proibitiva e não ofenda regras e princípios orientadores da matéria”. Ver *Investigação Criminal e Inteligência: qual a relação?* *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 2, n. 1, jan/jun 2011, p. 118.

⁷⁸ É importante esclarecer que a palavra ‘problema’ neste estudo tem uma acepção especial relacionada a uma das etapas da investigação, o que será bem desenvolvido no item 2.1.2.

⁷⁹ É importante repisar o conceito legal de *ação controlada*, positivado no artigo 8º da Lei nº 12.850/13: “Art. 8º Consiste a ação controlada 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”.

1.4.4 INSTITUTOS AFINS

Do estudo do direito comparado não extraímos a existência de nenhuma figura idêntica à *ação controlada*, pelo que se pode afirmar ser um instituto brasileiro. Tudo indica que o legislador inspirou-se nas ideias de entrega vigiada, mas decidiu ampliar seu âmbito de aplicação, que era restrito ao acompanhamento de remessas ilícitas. Assim, a possibilidade de retardar a prisão em flagrante, imposta pelo ordenamento jurídico como dever aos agentes policiais no caso de constatação da ocorrência de um delito, foi estendida para além dos casos de entrega de drogas ou de outros materiais e substâncias proibidas.

Existem, sim, características que a aproximam de cada uma das figuras estudadas no item 1.3.2 (vigilância passiva, entrega vigiada ou controlada e operações encobertas, incluindo o agente infiltrado). A mais evidente delas é o fato de ter sido criada por meio da Lei n.º 9034/95, no contexto da premência de combater a criminalidade complexa com mecanismos mais elaborados e eficazes de investigação inaugurados pela Convenção de Viena em 1988.⁸⁰ Outra, bastante relevante, é a finalidade de aprimorar a coleta de elementos de prova, acompanhada pela característica da clandestinidade. Por fim, a vigilância também é ínsita à *ação controlada*, porquanto essa estratégia investigativa pressupõe a observação constante da prática delituosa com o escopo de, ao mesmo tempo em que se colhem elementos de prova, não se perde a situação de flagrância.

Apesar dessas semelhanças, a *ação controlada* não pode ser catalogada como *técnica especial de investigação* nos termos do item 1.3.2, onde foram definidas como técnicas para obtenção de informação perpetradas sem o conhecimento do alvo da investigação com o objetivo de esclarecer situações indeterminadas relativas aos crimes e

⁸⁰ Esse tratado foi inserido no ordenamento brasileiro por meio do Decreto n.º 154/91.

seus supostos autores.⁸¹ Isso porque consiste em um método de investigação, numa estratégia que pode abarcar todas as técnicas mencionadas concomitantemente, de maneira que, embora tenha sido inspirada na entrega vigiada, acabou ganhando feições próprias com a evolução prática e doutrinária.⁸² Além disso, não é expressamente prevista na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.⁸³ Veja-se caso a caso os traços que trazem a lume essa diferença entre técnica e método, além de outras peculiaridades.

A *ação controlada*, tendo a vigilância como ação necessária em seu bojo, muito se aproximaria de uma mera vigilância passiva. Todavia, uma série de ações invasivas pode ser perpetrada durante sua existência com o escopo de coletar dados, afastando-se da inércia do agente ínsita à vigilância passiva. O mesmo pode ser dito no que tange à *entrega vigiada*, que se limita a acompanhar o itinerário da entrega de uma mercadoria ilícita como forma de captar informações relativas ao delito investigado. Ao contrário, a *ação controlada* carrega uma ideia de monitoramento mais ampla, envolvendo todo um conjunto de atos. Nesse caso, ainda há o âmbito restrito de aplicação da entrega vigiada, limitada à observação de circulação de mercadorias ilícitas, enquanto a *ação controlada* não possui qualquer limitação sobre o tipo de prática delituosa ao qual se aplica, salvo a particularidade de ter relação com uma organização criminosa.

⁸¹ NILSSON, Hans G. *Special investigation...*, p. 40-41.

⁸² Nesse ponto, discordamos de Vladimir Aras, que inclui a *ação controlada* no rol de TEIs (o mesmo se diga sobre as equipes de investigação). Transcrevemos o trecho em que emite sua opinião, pois consideramos relevante a observação feita acerca da relação entre a dificuldade de conceituação das técnicas e a definição das espécies que compõem o gênero: “Se há dificuldade de encontrar um conceito unívoco para as TEI, isso se deve à falta de consenso quanto às espécies que compõem esse gênero. É fora de dúvida que nesse rol podem ser incluídas as medidas de interceptação postal, ambiental, telefônica e telemática; a colaboração criminal premiada; a infiltração policial; as operações encobertas; a ação controlada e a entrega vigiada; a vigilância eletrônica; a exploração de local; o uso de testemunhas secretas; e as equipes conjuntas de investigação (*join investigative teams*).” Ver *Técnicas especiais de investigação...*, p. 407. No mesmo sentido, ANDREATO, Danilo. *Técnicas Especiais de Investigação...*, p. 53. Por outro lado, Nereu Giacomolli utiliza, em seu livro sobre a fase preliminar do processo penal, a expressão “métodos de investigação”, ou “novas metodologias de investigação”. Ocorre que ele utiliza essa terminologia não apenas no que tange ao flagrante postergado, mas também a todas as demais técnicas de investigação, como a interceptação telefônica. Ver *A fase preliminar do processo penal...*, p. 14-15. Sendo assim, na nossa pesquisa, não encontramos nenhum autor que tenha feito a classificação aqui apresentada.

⁸³ É verdade que o rol de técnicas não é taxativo, de modo que esse fato pode ser considerado apenas como um indício do aqui afirmado, só tendo valor na medida em que é confirmado por outros indicadores.

As operações encobertas e as infiltrações, por sua vez, têm a dissimulação como diferencial, o que não se exige no âmbito de uma *ação controlada*. Todavia, nada impede a inclusão de uma operação dissimulada no âmbito de uma *ação controlada* como uma das formas de se obterem os dados almejados e necessários, pois são técnicas que, como quaisquer outras, podem ser praticadas no âmbito da *ação controlada* para auxiliar a consecução de sua finalidade.⁸⁴

Essas observações trazem à baila a amplitude da *ação controlada*, instituto que abarca as *técnicas especiais de investigação*, mas com elas não se confunde. Isso posto, é preciso ter um profundo conhecimento de como se desenvolve uma investigação, bem como dos limites constitucionais que devem ser observados na sua consecução. Ainda que a persecução refira-se à criminalidade de alta complexidade, a posição jurídica do imputado deve ser respeitada, pois, como disse Danilo Andreato, “[...] essa tarefa não deve ser realizada a qualquer custo, muito menos com desrespeito a valiosas conquistas da humanidade, as quais no mais das vezes obtidas ao custo de banhos de sangue e vidas abreviadas”.⁸⁵

Diante dessa premência, abordaremos os temas acima mencionados nos Capítulos II e III para, no Capítulo IV, destrincharmos o conteúdo da *ação controlada*, seu pressuposto, meio de execução, finalidade, requisitos e condição de legalidade e, então, confrontando todo o material produzido, chegar às definições sobre os limites e controles que devem ser estabelecidos para a boa utilização prática do instituto.

⁸⁴ A curiosa posição de Marcelo Mendroni entende que a *ação controlada* depende da existência de uma infiltração de agentes, sem a qual não seria possível monitorar a prática criminosa. Ver *Crime organizado: aspectos gerais...*, p. 106. Além de ser entendimento isolado na doutrina, é importante observar que se essa fosse a intenção do legislador, os institutos não teriam sido criados por meio de incisos apartados na Lei n. 9.034/05, tampouco teriam sido dedicados artigos totalmente diversos na Lei n. 12.850/2013.

⁸⁵ ANDREATO, Danilo. *Técnicas Especiais de Investigação...*, p. 65.

CAPÍTULO II – INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: CONTEXTO DA UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CONTROLADA

No capítulo anterior, restou assentado que a *ação controlada* é um método de investigação típico da fase inicial da persecução penal, na qual são levados a cabo os atos investigativos. Assim, para uma completa compreensão do instituto é importante realizar uma análise profunda da atividade de investigação, para que o conhecimento acerca desse objeto seja utilizado para uma melhor definição dos limites e controles do objeto central do estudo nos capítulos posteriores. Neste capítulo, o cerne será a investigação criminal, seu objeto, metodologia, características da fase inicial da persecução penal, na qual se desenvolve, e sua relação com a inteligência criminal.

2.1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

2.1.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Se efetuarmos uma pesquisa em um catálogo de uma biblioteca jurídica qualquer no Brasil, veremos que poucos são os livros nacionais dedicados exclusivamente ao tema da investigação. Se a busca pretender encontrar obras que construam uma teoria geral da investigação de forma sistematizada, ela provavelmente será infrutífera.⁸⁶ Nesse contexto,

⁸⁶ O mesmo não se observa na doutrina estrangeira, sobretudo na portuguesa, que se destacou em nossa pesquisa. Manoel Monteiro Guedes Valente tem inúmeras obras e artigos jurídicos dedicados à Teoria do Direito Policial dando ênfase, portanto, à investigação perpetrada pela polícia e zelando pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais. Para o autor, “[...] a ciência policial é essencial para a realização do ser humano por dotar a Polícia de um padrão de actuação científico racional epistémico centrado em um equilíbrio construtivo. Este equilíbrio alcança-se se a ciência policial desenvolver o seu estudo dentro dos elementos da construtividade jurídica – legitimidade, validade, vigência e efectividade – e dos elementos

considerando que o objetivo desta tese é propor a adequada regulamentação legal para um instrumento utilizado na investigação do crime organizado, revela-se indispensável o estabelecimento das premissas, dos limites e dos fins da investigação, pois, como bem pontuou José Braz, “[...] não basta saber Direito para se ser investigador criminal, ainda que não se possa ser investigador criminal sem se saber Direito”.⁸⁷ Isso porque a tarefa de investigar ultrapassa os limites do mundo jurídico e depende da utilização de métodos adequados e raciocínio lógico, universais à produção de conhecimento em qualquer área.⁸⁸

De outro lado, Eliomar da Silva Pereira afirma que, sem olvidar a importância das novas técnicas de investigação e da inteligência policial, é certo que a dinâmica, a organicidade e a transnacionalidade do crime exigem a construção de um metac conhecimento que possibilite uma visão do conjunto e de suas relações, de forma a “[...] subsidiar ações e estratégias eficazes de investigação e orientar a obtenção de provas mais condizentes com as particularidades de certos tipos penais, tendo ainda em conta o respeito a certas limitações intransponíveis de garantias legais”. Para isso, é indispensável dar à investigação criminal científica o devido enfoque metodológico.⁸⁹

filosóficos, históricos e políticos – concepção cultural do povo, concepção dogmática do ser humano e concepção dogmática de sistema de Estado. É, neste sentido, que defendemos a inserção da ciência policial, capaz de responder à imprevisibilidade e à incerteza dos nossos dias e à diminuição da teoria do *paneón* edificada sob os pilares da periculosidade e da segurança, no mundo científico que impõe aos cientistas um pensar célere sem diminuição ou lesão do núcleo central dos direitos e liberdades fundamentais do ser humano.” Ver *Ciência Policial: contributos reflexivos epistémicos*. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 1, n. 2, jul/dez 2010, p. 85.

⁸⁷ BRAZ, José. *Investigação Criminal: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 11. Por tal razão, no decorrer da elaboração deste trabalho conversamos com alguns profissionais atuantes na área policial, notadamente, delegados de polícia e Assessor da Secretaria de Segurança Pública, de maneira a tornar a tese mais prática e útil à solução dos problemas constatados pela pesquisa.

⁸⁸ Ver item 1.3.1 sobre definição de método.

⁸⁹ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 29-30. No mesmo sentido, Denilson Feitoza Pacheco afirma que “A segurança pública teria resultados muito mais efetivos se os atores jurídicos envolvidos de uma forma ou de outra com a investigação criminal, como policiais e promotores de Justiça, substituíssem parte considerável de suas cargas horárias destinadas à dogmática jurídica por disciplinas como metodologia de pesquisa para ciências humanas ou sociais, métodos quantitativos para ciências humanas, métodos de pesquisa para ‘Justiça Criminal e Criminologia’ e atividades de inteligência (análise, contra-inteligência e operações de inteligência).” Ver *Direito processual penal: teoria, crítica e prática*. 5. ed., rev. ampl. e atual. com as Leis 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), 11.343/2006 (Lei Antidrogas), 11.417/2006 (Súmula Vinculante), 11.435/2006, 11.449/2006 e 11.464/2007 e a ADI 3112-STF. Niterói: Impetus, 2008, p. 161.

A metodologia preconizada pelo autor tem direta relação com o objeto central do nosso estudo: a *ação controlada*.⁹⁰ Isso porque ela exige organização dos agentes policiais, coordenação da atividade e definição de objetivos a serem alcançados com a formulação de uma estratégia eficiente. Nesse sentido, é preciosa a visão de Eliomar da Silva Pereira, que define a investigação como pesquisa administrada estrategicamente “[...] capaz de dizer o caminho da investigação, devido ao domínio que tem das finalidades da investigação e ao controle que deve ter de seus limites”. O investigador, antes de solucionar o problema, deve entendê-lo e aventar hipóteses a serem testadas. Para tanto, é essencial haver organização e metodologia pré-definidas.⁹¹

Não se pode olvidar, entretanto, que toda essa atividade será levada a cabo em meio ao constante conflito existente entre a maior eficiência exigida na investigação da criminalidade organizada e os direitos e garantias individuais previstos na Constituição, de maneira que também devemos apresentar uma solução para esse problema se quisermos propor limites para a utilização da *ação controlada*.⁹²

Por fim, o método de investigação que será exposto deve ter o condão de auxiliar a tarefa de definir previamente e com clareza quais os *standards* necessários para a deflagração de uma ação penal, de modo a se ter a compreensão do material que se pretende obter por meio da *ação controlada* e, conseqüentemente, estabelecer seu devido procedimento. Em outras palavras, a tentativa de sistematizar o estudo da investigação criminal tem o objetivo de embasar a elaboração das perguntas que deverão ser respondidas no *iter* persecutório, determinar a forma de obtenção dos dados que serão

⁹⁰ A *ação controlada* já foi classificada como método no item 1.4.1 do Capítulo anterior, tendo em vista que pressupõe um planejamento e envolve a utilização de diversos meios de investigação para possibilitar a consecução de seu objetivo. Justamente por ter essa característica, o estudo da metodologia de investigação é tão importante para sua adequada utilização. Esse tema foi iniciado no item 1.3.1 e será aprofundado no item 2.1.4.

⁹¹ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal...*, p. 30-31. Quando estamos no âmbito da criminalidade organizada, a complexidade eleva-se significativamente, exigindo maior concentração e definição de objetivos para, quando utilizada a *ação controlada*, não se caia em nenhum dos dois extremos: encerrá-la antes da obtenção de elementos informativos suficientes para arquivar o inquérito ou promover a denúncia ou prorrogá-la indefinidamente sem efetuar a devida prisão e persecução dos suspeitos em busca de um *standard* probatório inatingível.

⁹² Ver item 3.5.

trabalhados para formar o conhecimento necessário às suas respostas e estabelecer o parâmetro para que sejam consideradas satisfatórias para a eventual propositura da ação penal ou o possível arquivamento da investigação pela comprovação da inexistência do fato ou de sua ilicitude ou, ainda, por falta de elementos suficientes.

Ocorre que não é possível ter uma compreensão global da investigação criminal sem antes entender a essência de uma investigação de forma genérica, ou seja, sem recorrer aos conceitos de investigação e metodologia científica aplicáveis a qualquer área do saber. Assim, cumpre tecer mais algumas considerações sobre a investigação científica e seu método, haja vista a tarefa iniciada no item 1.3.1 do Capítulo I, para, depois, analisarmos o que torna a investigação criminal especial, o contexto em que se realiza e o método a ela aplicado.

2.1.2 INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA: DEFINIÇÃO E MÉTODO

O ato de investigar relaciona-se com a necessidade de se encontrar a solução para um problema, entendido como ponto sobre o qual é necessário o esclarecimento por meio da atividade investigativa. Essa é admitida como atividade de natureza zetética, que se opõe à dogmática, uma vez que procura e perquire, e não estabelece uma certeza indiscutível.⁹³ Nesse tema, foi dada ênfase ao estudo de dois autores: Eliomar da Silva Pereira e Luiz Henrique de Araujo Dutra,⁹⁴ que propõem diferentes padrões de investigação. É certo que ambos trazem considerações relevantes num espectro muito mais amplo do que é necessário abordar aqui. Assim, considerando a área de concentração deste

⁹³ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal...*, p. 39-47. O trecho a seguir sintetiza a natureza do ato de investigar: “Em síntese, é com base nessa concepção cética e antecedente e moderada que podemos falar na investigação como atividade zetética, tendo em vista uma atitude metódica que se resguarda dos vícios da presunção cognitiva e combate a razão ingênua”. Ibid., p. 47.

⁹⁴ É importante observar que Eliomar da Silva Pereira tem formação jurídica e estudou a investigação criminal com o escopo de propor uma teoria metodológica. Para tanto, utilizou-se dos ensinamentos de alguns filósofos, dentre os quais Luiz Henrique de Araujo Dutra, catedrático de Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina, cujos trabalhos foram utilizados como base deste Capítulo.

estudo, será extraído apenas o que realmente pode trazer alguma inovação à utilização da *ação controlada*.

Com base no pensamento de J. Dewey,⁹⁵ Eliomar Pereira da Silva propõe um padrão de investigação que possui cinco elementos: existência de uma situação indeterminada; instituição de um problema; determinação da solução de um problema; raciocínio; e caráter operacional dos fatos-significados.⁹⁶

Em brevíssimas palavras, para que se possa falar em investigação é necessário haver uma situação incerta quanto ao resultado, que enseja a realização de uma indagação e a consequente busca para sua resposta, possibilitando a unificação da situação. Assim, sendo a ‘situação indeterminada’ objeto da investigação, ela deve ser problematizada, isto é, deve-se instituir adequadamente o problema a ser resolvido. Cumpre enfatizar que um problema bem colocado é essencial para o bom deslinde da questão, pois é ele que determina os dados que serão selecionados, as hipóteses que serão consideradas relevantes e, por conseguinte, quais sugestões serão acatadas.⁹⁷ Nesse sentido, esclarecedor o trecho a seguir:

A delimitação adequada do problema real da investigação implica em ganho de tempo substancial, na medida em que se descartam elementos que, ou já estão presentes nos dados disponíveis, ou são irrelevantes para a conclusão final da investigação, no que há de essencial.⁹⁸

⁹⁵ Segundo o autor, J. Dewey adota o instrumentalismo pragmático, diferenciando-se do pragmatismo metafísico, que reduz verdade à utilidade. Assim, não pretende definir a verdade, mas um procedimento para determinar o significado das proposições. Enfatizando os procedimentos para obter conhecimento, J. Dewey aproxima-se da metodologia científica contemporânea e, por isso, é adotado como paradigma da lógica pelo autor estudado. Ver *Teoria da investigação criminal...*, p. 40. Luiz Henrique de Araújo Dutra apresenta os momentos da investigação de J. Dewey com outros termos, *in verbis*: “(1) a existência de uma situação indeterminada, (2) a constituição de um problema, (3) a determinação da solução para tal problema (hipótese), (4) a consideração das implicações e consequências da hipótese levantada, e (5) a corroboração da hipótese (por meio da experimentação e observação).” Ver *Pragmática da investigação: modelos intencionais na investigação policial. Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 1, n. 1, jan/jun 2010, p. 139.

⁹⁶ PEREIRA, Eliomar da Silva. Op. cit., p. 41-45.

⁹⁷ Ibid., p. 41-43.

⁹⁸ Ibid., p. 43, nota 19.

Posto o problema, deve ser determinada sua solução, que nada mais é do que uma hipótese formulada a partir das condições fáticas extraídas daquilo que foi observado, o que é feito por meio do raciocínio, consistente na operação que atribui significação aos dados constituintes do problema investigado. Dessa maneira, na medida em que são dotados de significados, os fatos são expressos por meio de proposições ou símbolos, adquirindo um caráter operacional na descoberta da solução, apresentando-se como o momento de verificação das hipóteses.⁹⁹ Esse caminho proposto pelo autor para solucionar o problema pode ser entendido como um método¹⁰⁰ dividido da seguinte maneira: métodos de investigação em sentido estrito, utilizados para encontrar ou descobrir uma solução; e métodos de verificação, que controlam, em momento posterior, a aceitabilidade da solução.

101

Luiz Henrique de Araujo Dutra adota outro padrão de investigação científica que, embora seja semelhante ao já descrito, apresenta mais etapas e introduz a ideia de modelos, que será pormenorizada a seguir.¹⁰² Aproxima-se do que já foi exposto na medida em que visualiza a investigação como um processo desencadeado por um fato.¹⁰³ Para compreender essa ideia, é necessário enumerar as sete etapas que devem ser percorridas durante o procedimento investigativo. São elas: i) a constatação de uma situação (problema) que não é abarcada pelo modelo tradicional;¹⁰⁴ ii) a elaboração de um novo modelo que englobe uma situação idealizada próxima daquela primeira; iii) o teste da consistência do novo modelo com a teoria de base; iv) a elaboração de situações de

⁹⁹ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal...*, p. 44-45.

¹⁰⁰ Sobre o conceito de método, ver item 1.3.1.

¹⁰¹ PEREIRA, Eliomar da Silva. Op. cit., p. 146. A divisão em etapas, inspirada em R. Carnap, é precisa e corresponde à classificação que apresentaremos adiante dos atos praticados no bojo da fase inicial da persecução penal em atos de investigação, hipótese e construção da diligência) e atos de instrução (verificação).

¹⁰² No texto estudado o autor explica que seu pensamento evoluiu no decorrer dos anos, tendo defendido, em 2001, que o padrão de investigação era composto apenas por quatro etapas, a saber: o problema; a hipótese; a base de dados; e o acordo. DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. *Pragmática da investigação...*, p. 137-138.

¹⁰³ Ibid., p. 139.

¹⁰⁴ Essa é a situação que denomina “violação de expectativa”, pois não se encontra uma solução pronta para o problema no modelo previamente criado.

observação e experimentação que permitam comparar o novo modelo com a situação real (modelo-ponte); v) a construção de contextos ou a busca de situações que possam fornecer informações relevantes de acordo com o modelo-ponte; vi) a consolidação dos dados obtidos na observação e experimentação; e vii) a incorporação do novo modelo à teoria.¹⁰⁵

É certo que, numa primeira leitura, a compreensão desse procedimento apresenta grandes entraves. Todavia, o próprio autor esclarece que essas etapas são a evolução de uma primeira proposta de divisão da investigação por ele feita, que se resumia à colocação do problema (que emerge da violação de uma expectativa), à elaboração de uma hipótese, à descoberta de uma base de dados que sustente a hipótese e à constatação de acordo entre a hipótese e a base de dados.¹⁰⁶ Se prestarmos atenção e compararmos o que aqui está posto com o texto do parágrafo anterior, notaremos que a nova divisão, com alguma sofisticação de linguagem, apenas dissecou a etapa da formulação da hipótese e criou um mecanismo que possibilitou entender como a base de dados deve ser confrontada com a hipótese para concluir se estão em acordo ou não. A esse mecanismo ele deu o nome de modelo-ponte.¹⁰⁷

¹⁰⁵ DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. *Pragmática da investigação...*, p. 139-140. Transcrevemos aqui, integralmente, a descrição das etapas do padrão de investigação proposto pelo autor:

“(A) A partir de um modelo dado, recebido da tradição, o investigador constata uma situação real que, em tese, deveria ser contemplada pelo modelo, mas que não é, dadas certas observações aceitas na comunidade científica.

(B) O investigador elabora um novo modelo, para ter uma situação idealizada que possa se aproximar mais daquela situação real acima mencionada, e não contemplada pelo modelo recebido da tradição.

(C) O investigador testa a consistência do novo modelo com a teoria de base, à qual pertence também o primeiro modelo, que falhou na comparação com uma situação real. A este modelo devem poder se aplicar diretamente determinadas leis já aceitas e validadas pela teoria.

(D) Para poder comparar o novo modelo com a situação real na qual esse processo se iniciou, o investigador elabora situações de observação e experimentação, que são modelos mistos, ou modelos-ponte, que devem poder coordenar elementos do modelo abstrato com determinados elementos da situação real.

(E) A partir de um modelo-ponte, o investigador constrói experimentalmente contextos reais, nos quais determinadas observações são possíveis, ou procura encontrar situações já dadas que, segundo o modelo-ponte, podem fornecer informação relevante.

(F) O investigador consolida os dados obtidos na observação e experimentação, e os compara com o modelo abstrato.

(G) O novo modelo é incorporado à teoria, às vezes por meio de revisões teóricas, mais ou menos radicais.”

¹⁰⁶ DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. *Op. cit.*, p. 137-138. Adriano Mendes Barbosa destaca a relevância da reunião de dados para ratificar ou retificar premissas e hipóteses, preenchendo os vazios. O autor dedica-se ao tema e diferencia várias formas de reunião e tratamento dos dados, o que explicaremos com mais vagar no item relativo à atividade de inteligência. Ver *A atividade de inteligência de Segurança Pública. Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 2. n. 1, jan/jun 2011, p. 22.

¹⁰⁷ A grande utilidade do modelo-ponte é aumentar a eficiência da investigação no sentido de evitar a formulação de hipóteses e a manutenção de linhas de investigação que não tenham qualquer correspondência

O grande diferencial de seu pensamento, portanto, é a utilização do papel dos modelos na investigação. E, para uma melhor compreensão do que se pretende extrair dessa teoria, é necessário fazer uma breve digressão sobre os modelos científicos.

Modelos são recursos de pesquisa utilizados para conhecer o desconhecido por meio da organização dos objetos observados de acordo com as propriedades que apresentam. As características comuns entre as coisas são identificadas e, mediante uma abstração, são criados os modelos, que acabam servindo como classes de padrões de investigação a partir de então. Por meio deles, é estabelecido um parâmetro de como as coisas geralmente são ou acontecem em determinados segmentos ou condições, facilitando a atividade de organizar o mundo para melhor entendê-lo.¹⁰⁸

Existem diversos tipos de modelos, mas aqui interessa o chamado modelo-réplica ou modelo representativo das similaridades daquilo que é observado, quer dizer, aquele que revela as características comuns encontradas nos objetos de investigação. Apresentam duas dimensões: a nomológica e a analógica. A dimensão nomológica é mais abstrata e tem a ver com a organização das leis que presidem os fenômenos, algo comum no que se refere às ciências exatas. Já a dimensão analógica refere-se às semelhanças relevantes entre os objetos, às suas características particulares. Assim, será possível classificar um fenômeno por meio da comparação com o ‘tipo’ que um modelo confere tendo em vista as peculiaridades que apresenta. Essa última é a mais importante na pragmática da investigação, pois permite comparar a situação modelo abstrata com o ocorrido na realidade e, a partir disso, possibilita a tomada de conclusões e atuações por parte do investigador.¹⁰⁹

com a realidade. Nesse ponto, muito ilustrativa a afirmação que Guaracy Mingardi atribui a Sherlock Holmes em seu texto: “[...] levantar hipóteses sem ter os dados necessários é atrapalhar o raciocínio.” Ver O trabalho da Inteligência no Controle do Crime Organizado. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 21, n. 61, 2007, p. 66. Os modelos-ponte serão objeto do item 2.1.4.2 adiante, onde serão mais bem explorados.

¹⁰⁸ Cf. DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. A ciência e o conhecimento humano como construção de modelos. *Philosophos*, v. 11, n. 2, p. 247-286, ago/dez 2006, p. 257-258 e 266-267; DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. Os Modelos e a Pragmática da Investigação. *Scientiae Studia*, São Paulo, v. 3, n. 2, 2005, p. 2.

¹⁰⁹ DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. A ciência e o conhecimento humano..., p. 269 e 280.

Em linhas gerais, o investigador analisa uma situação e verifica se é possível enquadrá-la num modelo pré-existente. Caso a situação não seja contemplada pelo modelo, elabora um novo modelo que possa englobá-la e o testa confrontando-a com a teoria que embasou a criação do primeiro modelo, este incompleto. Para efetivar tal comparação, o investigador elabora situações de experimentação, denominadas modelos-ponte, fazendo a ligação entre o abstrato e o concreto. A partir daí, passa a obter informações relevantes por meio das observações, consolida os dados e os compara com o modelo abstrato que, se aprovado, é incorporado à teoria. Em suma, o esquema “[...] se inicia com a violação de uma expectativa, e termina com o entendimento de que aquilo que era inesperado deve ser esperado em determinadas condições”.¹¹⁰

É importante ressaltar que a distinção entre os dois tipos de modelos reside apenas no grau de abstração. Assim, em diferentes contextos o grau de proximidade dos modelos-ponte para com, de um lado, os modelos teóricos e, de outro, os dados empíricos, é relativo. Os modelos-ponte são mistos, ou seja, fazem a ligação da teoria com a realidade, de modo que podem ter maior ou menor grau de abstração em relação aos dados empíricos.

Para tentar exemplificar o procedimento de criação e utilização dos modelos de representação em sua dimensão analógica, é útil pensar nas ciências biológicas, precisamente na divisão dos seres vivos. Conhecemos as classes dos peixes e dos mamíferos. Ao se identificar uma baleia, ser que possui barbatanas e vive em meio aquático, existe a tendência de incluí-la na classe dos peixes, pois, de acordo com o modelo conhecido, existiriam características comuns entre eles. Todavia, algumas características afastam essa espécie-tipo do modelo dos peixes, como a forma de reprodução. Assim, é necessário compará-la com as características do modelo dos mamíferos, e, concluindo-se por sua pertinência a esse, atualizá-lo de maneira a abarcar mais essa espécie. Todavia, poder-se-ia imaginar uma situação em que não fossem constatadas semelhanças suficientes

¹¹⁰ DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. *Pragmática da investigação...*, p. 140.

para alargar um modelo, sendo necessária a criação de uma terceira classe de seres com características peculiares que os diferenciam dos peixes e dos mamíferos.¹¹¹

Outros exemplos podem ser pensados. A física quântica surgiu justamente da observação de que a física clássica, que se aplica aos fenômenos relativos a tudo que é maior do que um átomo, não era suficiente para entender o que ocorria com as partículas menores do que ele. Assim, todo um processo de criação de teorias e experimentações foi levado a cabo com o escopo de elaborar um novo modelo que satisfizesse as novas necessidades, chegando a uma teoria que foi objeto de dúvidas durante décadas, pois ela parece ser ‘esquisita’. Contudo, muitos cientistas imaginaram experimentos que poderiam ligar a teoria com a realidade (modelos-ponte) e, aos poucos, foram confirmando sua existência. Um exemplo disso é o famoso experimento mental chamado de ‘gato de Schrödinger’.¹¹²

É possível, ainda, pensar em outra situação ilustrativa, agora percorrendo todas as sete etapas propostas por Dutra. Embora Einstein tenha sido um dos precursores da física quântica, existiam inconsistências entre esta e a teoria da relatividade.¹¹³ Diante dessa ‘situação-problema’ (i) o físico Juan Maldacena criou, em 1997, o modelo do Universo holográfico, (ii) no qual a gravidade surgiria de cordas vibratórias infinitamente finas em um mundo de dez dimensões. Neste, o mundo ‘real’ seria uma das dimensões e não teria gravidade, e o resto, apenas um holograma. O novo modelo proposto, em um primeiro momento, é testado com a teoria de base da física (iii). Posteriormente, são pensados experimentos com base no novo modelo que, aplicados à realidade, podem vir a confirmar sua coerência, os modelos-ponte. No caso da teoria do Universo como holograma, algumas

¹¹¹ O exemplo foi inspirado na observação do autor, quando afirma que o homem “[...] vê certa similaridade entre baleias e peixes, uma similaridade irrelevante para a teoria biológica atual [...]”. Ver DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. *A ciência e o conhecimento humano...*, p. 271.

¹¹² Disponível em: <http://www.astropt.org/2013/08/05/o-que-e-essa-tal-fisica-quantica/>. Acesso em: 14 dez. 2014. Sobre a experiência de ‘o gato de Schrödinger’, afirmou-se que “[...] ilustrava o relativismo quântico com a ideia de que um gato fechado dentro de uma caixa está tanto vivo quanto morto, enquanto não abrimos a caixa e termos certeza de qual é o verdadeiro estado do gato”.

¹¹³ Foi a irritação com alguns experimentos da física quântica que levou Einstein a pronunciar a célebre frase: “Deus não joga dados com o Universo”. Ver: <http://www.astropt.org/2013/08/05/o-que-e-essa-tal-fisica-quantica/>. Acesso em: 14 dez. 2014.

simulações foram idealizadas com base na teoria das cordas (iv). Duas delas foram colocadas em prática por Yoshifumi Hyakutake. Na primeira, foi calculada a energia interna de um buraco negro e, na outra, a energia interna de um cosmo sem gravidade (v). Os dois cálculos concordaram. Como ainda existem dúvidas sobre alguns outros pontos, novos experimentos devem ser pensados e realizados, mas os cientistas já afirmam que essas simulações confirmaram numericamente o modelo proposto (vi). A partir de agora, portanto, o modelo do Universo holográfico e a teoria das cordas foram incorporados à física quântica (vii).¹¹⁴

É certo que a utilização dos modelos é tanto mais fácil quanto maior a possibilidade de abstração, sendo mais adequada às ciências naturais e empíricas. Outra é a realidade no que diz respeito às ciências sociais, que não permitem o mesmo nível de abstração. Todavia, as ferramentas intelectuais utilizadas para organizar o conhecimento podem ser as mesmas, desde que se tenha consciência das limitações ínsitas ao objeto de estudo.¹¹⁵

O tema será retomado com relação às ciências criminais no item 2.1.4. Por ora, basta afirmar que a exposição dos dois padrões de investigação mostrou-se interessante para os fins deste trabalho por destacarem dois pontos essenciais para a realização de uma atividade de pesquisa profícua: a boa formulação do problema e a utilização dos modelos. Entendemos que a elaboração de Dutra é mais didática, além de ser muito útil aos nossos objetivos ao introduzir o conceito dos modelos. Isso porque, sendo a *ação controlada* método de investigação cuja finalidade é a coleta de um material probatório suficiente para a persecução dos líderes das organizações criminosas, ela depende de um bom conhecimento de como os fatos geralmente se dão, o que permitirá a seleção das técnicas investigativas adequadas, que possibilitem a obtenção dos dados almejados com o mínimo de interferência possível nos direitos individuais dos investigados. Isso tem, ainda, grande relação com a inteligência criminal, como explicaremos no item 2.3.3. Mas não podemos deixar de lado o avanço representado pelo destaque do bom entendimento do problema e,

¹¹⁴ Exemplo elaborado com base em texto científico para leigos extraído de: <http://hypescience.com/o-universo-e-na-verdade-um-holograma/>. Acesso em: 14 dez. 2014.

¹¹⁵ DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. A ciência e o conhecimento humano..., p. 276-278.

consequentemente, da formulação das indagações pertinentes, para que seja encontrada uma boa solução ou, em outras palavras, para que seja elaborada uma hipótese útil.

Toda essa explanação teórica acerca do enfoque científico da investigação será utilizada nos itens a seguir para análise da atividade policial no âmbito da persecução penal, analisando-se o contexto em que ocorre e os modelos que utiliza.

2.1.3 ESPECIFICAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO CONTEXTO E OBJETO

A investigação criminal, como qualquer outra, é uma pesquisa, uma atividade dirigida ao fim de encontrar algo. No entanto, diferencia-se das demais por conta da particularidade de seu objeto e do contexto em que se realiza. Dutra afirma que o contexto no qual a investigação se desenvolve caracteriza sua natureza. Isso é essencialmente importante para entendermos a especialidade da investigação criminal.¹¹⁶

Algumas condições objetivas são responsáveis pela caracterização do ambiente em que a atividade investigativa ocorre, tais como vocabulário específico, teorias próprias, classe de modelos, explicações que comparam modelos a situações reais, procedimentos de experimentação, classe de instrumentos ou aparelhos, classe de fatos registrados e literatura científica própria.¹¹⁷

¹¹⁶ DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. *Pragmática da investigação...*, p. 114-143. Segundo o autor, nossa conduta abarca o conjunto de nossos movimentos intencionais. No entanto, a intencionalidade não deve ser compreendida como sinônimo de proposital, mas como um evento voltado a outro, sem o qual não pode ser compreendido. Nesse sentido, a investigação é sempre um evento intencional, pois consiste em um comportamento dirigido para um fim, qual seja encontrar algo. Nem por isso deixa de se relacionar com os fatores ambientais, que vão definir a natureza dos atos investigativos, uma vez que a relação entre certa forma de agir e um determinado contexto social é necessária.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 144-145.

No que concerne ao contexto da investigação criminal, Dutra enumera algumas condições institucionais que seriam responsáveis por sua definição:¹¹⁸ dialeto técnico que permita descrever nos termos da legislação vigente as formas de comportamento ilegal ou criminoso; leis que tipifiquem os comportamentos ilegais, bem como prevejam as sanções correspondentes; legislação aplicável ao investigador; modelos que relacionem os comportamentos ilegais com situações possíveis na sociedade; explicações por meio das quais os modelos possam ser comparados com a realidade; procedimentos de observação que permitam a comparação dos modelos com situações reais; instrumentos de observação autorizados pela legislação; fatos sociais registrados e considerados relevantes para futura comparação com os modelos derivados das teorias disponíveis; e meios formais para a introdução de todos esses elementos na persecução penal, isto é, permitindo não apenas a instrução formal de um processo judicial, mas a instrução do próprio procedimento de investigação.¹¹⁹ Todas essas condições enumeradas indicam, em última análise, a existência de um sistema penal com leis específicas, operadores e instrumentos. Esse sistema só existe porque o crime é uma realidade inerente à sociedade e só pode ser entendido dentro do contexto em que haja uma norma e ela seja transgredida. Afinal, o delito é uma atividade direcionada ao fim de transgredir a norma.¹²⁰

¹¹⁸ DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. *Pragmática da investigação...*, p. 146-147. Observe-se que o autor fala de investigação policial. Conquanto à polícia seja constitucionalmente atribuída a atividade investigativa, entendemos ser mais adequado qualificar a atividade por seu conteúdo e não pelo seu titular, até porque, eventualmente, a investigação com reflexos penais também pode ser levada a cabo por outros órgãos, por exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito. Portanto, adotaremos a expressão ‘investigação criminal’. Nesse mesmo sentido, mas referindo-se à atividade de inteligência e apontando outros órgãos de segurança pública, Guaracy Mingardi afirma que “[...] seguindo a norma acadêmica, o normal é que uma atividade de pesquisa leve o nome do objeto pesquisado, não do pesquisador”. Ver *O trabalho da Inteligência...*, p. 52. Muitas discussões são travadas acerca da possibilidade de outros órgãos, além da polícia, efetuarem a investigação. Em termos técnicos e conceituais, entendemos que a atividade de investigação pode ser meramente intelectual e que todas as partes do processo penal a exercem. Apenas ao juiz é vedado investigar em um sistema acusatório. Não se trata apenas da possibilidade de o Ministério Público proceder à investigação. O projeto de novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009) apresenta um artigo sobre investigação defensiva, o artigo 13 na versão mais atualizada. Nesse caso, teremos a positivação de atos investigatórios cujo objeto será o crime, mas que não serão praticados pela polícia, de maneira que a denominação ‘investigação criminal’ é mais ampla e mais adequada aos fins deste trabalho.

¹¹⁹ DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. *Op. cit.*, p. 146-147.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 147.

É atingida, assim, a particularidade do objeto da investigação: o crime, ou a conduta humana típica e ilícita.¹²¹ Como consequência desse objeto especial, a investigação criminal apresentará, também, particularidades no que concerne ao conceito de verdade e ao método a ela aplicado.¹²²

No que tange à verdade buscada por meio de uma investigação criminal, há que se ter em mente o fato de ser histórica e relativa a proposições que tratam de fatos pretéritos não acessíveis no momento da análise, diferentemente das ciências exatas e experimentais. Já quanto ao método, apesar de não existir nenhuma determinação legal de como a investigação deva ser levada a cabo, existem regras negativas, isto é, proíbe-se a utilização de algumas técnicas para obtenção de dados quando ensejam violação a direitos fundamentais.¹²³ No mais, é tarefa do presente estudo propor algumas etapas a serem seguidas no procedimento investigativo, de modo a criar, também, regras positivas com o escopo de potencializar a eficiência da atividade. Em geral, a atividade investigativa é muito dependente da intuição dos seus agentes. No entanto, seria interessante propor a formulação de regras que a sistematizem e que otimizem seus resultados.

Por ora, este item será restrito ao destaque da particularidade do objeto da investigação. Eliomar Pereira da Silva afirma que o crime é dotado de uma complexidade ontológica e justifica tal asserção com base na teoria da tridimensionalidade do Direito de

¹²¹ O conceito dominante na doutrina que adota a teoria finalista entende o crime ou delito como a conduta humana típica, ilícita e culpável. Esse é o posicionamento de Luiz Regis Prado (Cf. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V. 1: Parte Geral – arts. 1º a 120, 6. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 236), além de ser descrito como o dominante na doutrina por René Ariel Dotti (*Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Brita Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 386). No entanto, o último autor é da opinião que “[...] o delito se aperfeiçoa com a ação típica e ilícita e que a culpabilidade, como juízo de reprovação ‘post factum’, é um elemento da pena”, com a qual concordamos. (Ibid., p. 387). Nesse mesmo sentido, cf. PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal...*, p. 229. O conceito adotado apresentará consequências na condução da investigação, como será explicitado nos próximos parágrafos.

¹²² Ibid., p. 61-64. O autor adaptou as considerações que Ferrajoli faz sobre os limites da verdade processual à construção teórica sobre investigação. Sobre a concepção de verdade em Ferrajoli e outros autores, ver item 3.1.1

¹²³ Nesse sentido, propõe Eliomar Pereira da Silva: “[...] a investigação criminal é a atividade desenvolvida em função de um sistema jurídico-penal que possui finalidade própria, que é a elucidação de fatos e busca da verdade a respeito de um crime (a), e limites normativos intrínsecos e anteriores, condicionantes de qualquer método de investigação pretendido (b), os quais constituem as especificidades mais marcantes dessa categoria de investigação a serem consideradas.” Op. cit., p. 61.

Miguel Reale, uma vez que a norma penal incriminadora, assim como qualquer outra, possui estrutura tridimensional, ou seja, apresenta um fato subjacente, um valor que confere significação a esse fato e uma norma que integra esses elementos um ao outro.¹²⁴ Nesse sentido, o tipo penal é o responsável pela ligação da dimensão fática do crime com a normativa e será tanto mais útil à investigação criminal quanto mais fizer referência a elementos objetivamente observáveis, em consonância com o princípio da legalidade.¹²⁵ Note-se que, de acordo com o conceito de modelo exposto no item anterior, de classes de padrões de investigação, o tipo também seria um modelo que descreveria a ação ou a omissão vedada cuja existência deve ser averiguada na realidade.¹²⁶

A teoria do injusto penal possui um caráter metodológico, tornando possível cumprir uma função operativa ao mediar o fato punível pertencente à realidade e o tipo legal como hipótese normativa. O tipo penal, portanto, é a base fundamental para a boa condução de uma investigação criminal, uma vez que esta só poderá ser considerada concluída no momento em que forem obtidos elementos informativos que correspondam a cada um dos elementos típicos de maneira a possibilitar a deflagração da ação penal¹²⁷ ou, ao contrário, quando ficar assentado que não foi nem será possível colher dados relativos a todos os elementos e, portanto, a persecução penal deve ser encerrada.¹²⁸

Contudo, a teoria do crime não se restringe à tipicidade, mas permite a observação de outros aspectos do delito, nomeadamente, a ilicitude e a culpabilidade. Todavia, conforme esclarece Eliomar da Silva Pereira, à teoria da investigação criminal interessam

¹²⁴ Diz o autor: “Na linha da teoria tridimensional de Miguel Reale, podemos sustentar que o crime não é apenas o fato (conceito ontológico), nem apenas o tipo penal hipoteticamente previsto em lei (crime formal) independente do bem jurídico tutelado e ofendido por uma lesão de fato (crime material). O crime é o conjugado de fato, norma e valor – daí a complexidade ontológica do objeto[...]”. PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal...*, p. 68. Sobre a teoria tridimensional do Direito, cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 64-68.

¹²⁵ PEREIRA, Eliomar da Silva. Op. cit., p. 75.

¹²⁶ Sobre tipos como modelos aos quais os fatos se subsumem, cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal...*, p. 339.

¹²⁷ PEREIRA, Eliomar da Silva. Op. cit., p. 229 e 235.

¹²⁸ Problema muito comum na técnica legislativa moderna diz respeito à criação de tipos imprecisos com menção excessiva a elementos normativos, tornando necessário o recurso a juízos subjetivos e valorativos, o que pode representar uma violação à legalidade e tirar o caráter objetivo que a investigação deve ter. Cf. *Ibid.*, p. 238.

apenas as categorias da tipicidade e antijuridicidade, porquanto a culpabilidade, além de não compor o conceito de injusto penal, relaciona-se com um juízo de reprovabilidade da conduta que deve ser levado a cabo por um magistrado¹²⁹ ou por um membro do Ministério Público, que decide se deve ou não propor a denúncia.¹³⁰

Sendo assim, a averiguação da ilicitude sempre deve acompanhar a investigação acerca dos elementos do tipo. Essa categoria do delito revela o antagonismo entre uma conduta humana e o ordenamento jurídico, de maneira a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado.¹³¹ Isso significa que não basta observar o enquadramento da realidade fática no tipo penal, sendo necessário verificar, também, a inexistência de um ‘tipo permissivo de conduta’, ou causa excludente de ilicitude.¹³² Assim, uma boa investigação deverá ser pautada pela busca de dados relativos aos elementos do tipo penal que se imagina enquadrar no caso,¹³³ bem como pela averiguação da existência de causas excludentes de ilicitude.

O enquadramento dos fatos na especificação típica legal é indispensável para conferir sentido à investigação criminal. Sem isso a atividade investigativa resultaria em uma coleta de dados sem significado no mundo jurídico. Não obstante, esse enfoque dado à teoria do injusto penal no âmbito da investigação é a ferramenta que torna possível a melhor definição do problema, pois da comparação dos elementos do tipo e das causas excludentes de ilicitude com os elementos de prova será extraído o ponto acerca do qual

¹²⁹ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal...*, p. 229-231.

¹³⁰ Isso porque o arquivamento pode ser proposto com base em excludentes de culpabilidade como inexigibilidade de conduta diversa ou coação moral irresistível.

¹³¹ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal...*, p. 427.

¹³² PEREIRA, Eliomar da Silva. *Op. cit.*, p. 233. As causas excludentes de ilicitude genéricas estão previstas no artigo 23 do Código Penal Brasileiro: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.

¹³³ Eliomar da Silva Pereira, com sua experiência prática de investigador, ressalta que há vezes em que não é possível estabelecer previamente o tipo penal que servirá de orientação das atividades. Nesse caso, explica o autor, deve-se recorrer a um esquema alternativo de busca de elementos constitutivos do crime ou complementares à teoria do crime, nomeadamente, os princípios da materialidade da ação (a conduta deve ser externalizada) e o da lesividade do bem jurídico (ônus da demonstração). *Ibid.*, p. 234-235.

reside a dúvida, que pode recair sobre a materialidade do delito, sobre alguma circunstância específica do seu cometimento ou sobre a autoria.¹³⁴

Com efeito, os pontos que carecem de esclarecimento no decurso da investigação podem, também, ser chamados de vazios¹³⁵ e é a constatação de sua existência que deflagra a atividade do investigador e enseja a utilização dos modelos-ponte preconizados por Dutra com o objetivo de averiguar a existência do crime, descobrir os agentes e sua responsabilidade e descobrir e recolher provas de modo a estabelecer um nexó relacional demonstrável entre ato e autor.¹³⁶

Por ora, basta dizer que, a partir de um apropriado delineamento do problema, viabiliza-se uma adequada solução da ‘situação indeterminada’ e da indagação que dela emerge. No caso da investigação criminal, a solução será apresentada por meio de uma hipótese, que poderá se apresentar de duas formas diferentes: uma tese acusatória inicial, resultando na instauração de uma ação penal fundada em um mínimo de elementos probatórios, o que lhe confere legitimidade; ou o arquivamento da persecução penal, no caso de os dados obtidos em função do correto procedimento de perquirição não possibilitarem a propositura da denúncia, por exemplo, se restar comprovado não ter havido o crime supostamente ocorrido, se não for possível identificar seu autor ou, ainda, se os elementos informativos obtidos forem insuficientes.¹³⁷

¹³⁴ “O estudo dos elementos do crime, a partir da análise típica do ilícito, bem como dos elementos probatórios existentes, permite estabelecer qual problema da investigação – se o objetivo é configurar o crime integralmente, se complementar sua configuração parcialmente definida, ou se apenas identificar seu autor, ou mesmo apenas o partícipe de sua autoria já presente.” Ibid., p. 43, nota 19.

¹³⁵ BARBOSA, Adriano Mendes. *A atividade de inteligência...*, p. 20-21. O autor afirma que “[...] os vazios são os questionamentos fulcrais engendrados em face de um fato criminoso sob escrutínio e que carecem de respostas.” Ibid., p. 21. O tema será detalhado quando falarmos de metodologia, no item 2.1.4.

¹³⁶ BRAZ, José. *Investigação Criminal...*, p. 18.

¹³⁷ Os atos de investigação englobam as atividades relativas à pesquisa e à aplicação dos modelos-ponte, até chegar na definição da estratégia para obtenção dos dados e para identificar as fontes de prova que poderão ser exploradas para confirmar as hipóteses aventadas até o momento. Por outro lado, os chamados atos de instrução, por pressuporem a existência de uma proposição já definida, abarcam a atividade de verificação, ou seja, o confronto da hipótese que prevaleceu com a base de dados obtida visando uma estabilização da proposição resultante da fase inicial da persecução penal. Cumpre esclarecer que os atos de instrução são aqueles que materializam o resultado das diligências investigativas, servindo como base à denúncia e a sua

A investigação criminal, portanto, é uma atividade zetética de pesquisa e descoberta de informações relevantes para a solução da causa penal. A definição de quais dados são necessários para tanto é feita com base na dimensão normativa do crime, o tipo penal; e o método utilizado para a reconstrução histórica é limitado pelos direitos e garantias fundamentais dos investigados. No caso da conclusão pela inexistência do ato ilícito e típico, esgota-se aqui. No entanto, concluindo a investigação pela existência de um ato criminoso, o resultado implica, também, a indicação de fontes das quais a atividade instrutória judicial (realizada por intermédio dos devidos meios de prova) poderá extrair elementos de prova.¹³⁸

Agora, diante da intenção de contribuir com a elaboração de um procedimento adequado para a investigação criminal que, ao final, sirva de base para entender e regulamentar a *ação controlada*, devemos estabelecer seus pontos de partida e chegada, bem como os meios que devem ligar uns aos outros. Com esse escopo, trataremos especificamente da metodologia que deve ser empregada na investigação criminal.

2.1.4 METODOLOGIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

O tema do método já foi tratado acima para definir a natureza da *ação controlada* e, portanto, não é inédito neste trabalho.¹³⁹ Neste ponto, basta lembrar que, em sentido mais amplo, método pode ser definido como todos os processos aptos a captar a realidade. Mas, usualmente, a ideia de método está ligada a um desenvolvimento racional guiado por certa

decisão de recebimento. Cf. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

¹³⁸ Definição similar é dada por Eliomar da Silva Pereira: “[...] a investigação criminal, atividade pragmática e zetética por essência, é uma pesquisa, ou conjunto de pesquisas, administrada estrategicamente, que, tendo por base critérios de verdade e métodos limitados juridicamente por direitos e garantias fundamentais, está dirigida a obter provas acerca da existência de um crime, bem como indícios de sua autoria, tendo por fim justificar um processo penal, ou a sua não instauração, se for o caso, tudo instrumentalizado sob uma forma jurídica estabelecida por lei.” Ver *Teoria da investigação criminal...*, p. 86-87.

¹³⁹ Ver itens 1.3.1 e 1.4.1.

ordem capaz de conduzir a um determinado resultado: a verdade.¹⁴⁰ É nessa acepção que pretendemos desenvolver o tema da metodologia da investigação criminal, de maneira a propor um procedimento que se apresente como mais adequado para a solução das situações indeterminadas relativas aos fatos criminosos.

No item 2.1.2, ao tratar da investigação científica, foram apresentados dois padrões propostos, o de Eliomar da Silva Pereira e o de Luiz Henrique de Araujo Dutra. Com semelhanças e diferenças, foi afirmado que enquanto o primeiro contribui com o destaque dado à boa elaboração de um problema, o segundo introduz a ideia de modelos, que contribui significativamente para um bom planejamento da investigação.

Agora, faz-se necessário explorar o aspecto do método, do procedimento adotado para o alcance da verdade em cada um dos padrões propostos no âmbito específico da investigação criminal, para extrair de cada um deles o que mais poderá ajudar a ‘solucionar o problema’.

2.1.4.1. METODOLOGIA DE INVESTIGAÇÃO DE ELIOMAR DA SILVA PEREIRA APLICADA AO AMBIENTE CRIMINAL

O esquema metodológico para uma teoria da investigação criminal proposto por Eliomar da Silva Pereira utiliza-se, como já dito no item 2.1.2, da ideia de divisão do método em três etapas sucessivas: o encontro de uma conclusão; a construção de uma prova que possibilite a verificação daquela conclusão; e a submissão da conclusão à prova para avaliar sua correção. Enquanto as duas primeiras etapas são métodos essencialmente de investigação, a última é de verificação.¹⁴¹

¹⁴⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 130.

¹⁴¹ O autor utiliza um arcabouço teórico muito mais vasto do que o aqui mencionado. A teoria das três etapas de Rudolf Carnap é apenas uma delas. No entanto, considerando a área de pesquisa a qual se vincula este

Ensina o autor que o ponto de partida na investigação criminal consiste em um contexto de descoberta, referente aos acontecimentos do mundo real, em virtude da necessidade de estabelecer o catálogo dos dados fáticos.¹⁴² O segundo passo seria efetuar a conceptualização dos dados obtidos. Para tanto, deve-se recorrer à teoria do crime com ênfase no tipo penal (ver item 3.1.3 supra), pois aos dados deve ser atribuído um significado que corresponda a algum elemento do tipo penal. Além disso, para atender à fase de construção de prova, deve-se indicar um instrumento dentro da teoria das provas que possibilite a verificação da conclusão.¹⁴³ Estamos, ainda, no âmbito dos métodos de investigação. Após, o investigador deve aplicar a lógica para o bom desenvolvimento de seus raciocínios, estabelecendo premissas e tirando conclusões com base no material coletado. Aqui, observamos a aplicação da metodologia da verificação.¹⁴⁴ Essa classificação de métodos de investigação em sentido estrito e métodos de verificação é interessante para esclarecer até que momento existe a busca de dados ou a atividade de perquirição, e a partir de que ponto passa-se a fazer a validação das conclusões extraídas. Todavia, é a teoria dos modelos que traz grande contribuição para o estabelecimento do procedimento adequado para o alcance da melhor reconstrução histórica possível. A ele será dada maior atenção no item a seguir.

trabalho e os fins a que ele se propõe, entendemos que haveria uma perda de foco se detalhássemos a visão sobre metodologia de inúmeros autores. Preferimos, portanto, apenas mencionar a conclusão de Eliomar da Silva Pereira, cuja obra foi utilizada como paradigma neste Capítulo de nosso estudo. Ver *Teoria da investigação criminal...*, p. 146.

¹⁴² Neste momento, ainda não é apropriado falar em metodologia. Pode-se, todavia, falar em tecnologia da investigação para aludir às técnicas que podem ser utilizadas pelo investigador nessa primeira etapa de pesquisa. Sobre o primeiro momento da investigação, diz o autor: “Em síntese, trata-se de estudar e sistematizar a investigação com pesquisa, dando ênfase para a administração estratégica dessa pesquisa, visando a subministrar critérios para tomada de decisões, em virtude das particularidades da investigação criminal.” Ibid., p. 194.

¹⁴³ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal...*, p. 195. O autor aponta a teoria dos direitos fundamentais como limitador das possibilidades de pesquisa, notadamente da escolha dos meios de obtenção de prova. Esse tema será pormenorizado no Capítulo III.

¹⁴⁴ Ibid., p. 195.

2.1.4.2 A METODOLOGIA DE INVESTIGAÇÃO DE DUTRA APLICADA AO AMBIENTE CRIMINAL: A IMPORTÂNCIA DOS MODELOS-PONTE

No item 2.1.2 foi exposta a teoria dos modelos de Dutra, explicando e exemplificando as sete etapas que o autor entende necessárias para que se possa solucionar uma ‘situação indeterminada’ da melhor maneira possível. É importante, neste ponto do trabalho, trazer a metodologia de investigação de Dutra para o contexto da investigação criminal e tentar aplicar a teoria dos modelos na prática. Deve-se lembrar, todavia, que no âmbito das ciências humanas nem todas as etapas são tão claramente divididas quanto no âmbito das ciências empíricas, razão pela qual, neste item, não haverá uma preocupação em explicá-las uma a uma, como feito anteriormente.

Para começar, interessa transcrever o trecho a seguir sobre a elaboração dos modelos:

Como a norma prevê as formas socialmente aceitáveis de comportamento, pressupondo então que o cidadão a siga, o delito é uma violação de expectativa que leva à investigação. Mas a existência de modelos que relacionem certos delitos com determinadas condições sociais, se tais modelos são possíveis, revelaria que o comportamento delituoso é, de fato, esperado – naquelas condições sociais.¹⁴⁵

Nesse sentido, embora o próprio tipo penal tenha a estrutura de modelo, o modelo teórico que será o ponto de partida na investigação criminal depende, ainda, de um estudo de comportamentos dos grupos da sociedade. A relação entre o delito e as condições sociais, portanto, leva à identificação de padrões de comportamento criminoso, o que constituirá nosso modelo teórico inicial para a investigação.

¹⁴⁵ DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. Pragmática da investigação..., p. 147.

O modelo pode ser útil tanto para prever o crime e preveni-lo ou, o que mais nos interessa, para conjecturar a ação que o autor tenha levado a cabo num determinado contexto, de maneira a escolher diligências adequadas para confirmar a hipótese formulada na ou para a investigação. O investigador deve imaginar a situação supostamente ocorrida e indicar quais os meios que lhe trariam as fontes e os elementos de prova necessários para atestá-la. O modelo do comportamento criminoso caracteriza-se, portanto, pela descrição do encadeamento de certas ações, e a investigação criminal utiliza-o na compreensão e descrição da ação delituosa de um indivíduo.¹⁴⁶

O ponto mais importante em todo o processo investigativo dessa teoria é a elaboração dos modelos-ponte, os quais relacionam o padrão abstrato de comportamento com as situações reais. É a partir deles que será possível esperar comportamentos semelhantes da ocorrência de situações semelhantes e, por conseguinte, elaborar estratégias de observação que permitam a obtenção dos dados necessários para confirmar a hipótese que tem o condão de esclarecer a situação indeterminada ou problema.¹⁴⁷ A ideia central é o aprendizado extraído da experiência, pois os modelos-ponte ensinam que de determinadas situações serão extraídos os dados almejados. Utilizando essa metodologia, o investigador poderá criar padrões e procedimentos que objetivem sua atuação e tornem a atividade mais técnica e menos intuitiva.

Se o delito é a violação da expectativa, porquanto representa o atentado ao comportamento prescrito pela norma, quando se tem a notícia de um crime, constata-se a existência de uma ‘situação-problema’. Com as peculiaridades de um evento real, o investigador perceberá que as circunstâncias que lhe foram apresentadas não se enquadram com perfeição no modelo teórico, mas já possibilita a elaboração de algumas hipóteses que serão complementadas por outras a seu critério. No desenrolar da atividade investigativa, portanto, parte-se de uma situação absolutamente abstrata para um marco intermediário, o qual será denominado modelo-ponte. Nesse momento, o investigador terá se utilizado do arcabouço fornecido pelos modelos teóricos para propor a realização de técnicas que serão

¹⁴⁶ DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. *Pragmática da investigação...*, p. 149-150.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 150-151.

capazes de extrair os dados necessários à averiguação da existência dos elementos do tipo, das causas excludentes de ilicitude e culpabilidade. A conclusão solucionará o dilema que ensejou o início da investigação e, além disso, poderá fornecer dados para melhorar o modelo teórico proposto, subsidiando a atividade de inteligência criminal que será explorada adiante.

Como já afirmado no item 2.1.2, os modelos-ponte são mistos, ou seja, fazem a ligação da teoria com a realidade. Na investigação criminal, portanto, terão a função de ligar os conhecimentos teóricos e abstratos sobre como as atividades criminosas costumam ser desenvolvidas com o fato concreto investigado, o que se dará por meio da propositura de experimentos adequados. Assim, os modelos-ponte apresentar-se-ão como meios às diligências entendidas como necessárias pelo investigador.

Isso posto, entra em pauta o delito de tráfico de drogas. Um modelo teórico sobre o assunto é criado com base no tipo previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006¹⁴⁸ e em como, em geral, os verbos nucleares são executados pelos agentes, por exemplo, por meio da utilização de mulas no transporte do fornecedor ao adquirente. A criação desse modelo depende de um estudo multidisciplinar. Considerando que o modelo teórico formulado é genérico e nem sempre corresponde ao comportamento de cada um dos grupos individuais, principalmente porque atuarão em um momento futuro às observações que auxiliaram essa criação, há que se fazer uma adaptação para utilizá-lo em um caso concreto.¹⁴⁹

Assim, os dados empíricos brutos coletados na investigação policial em curso a respeito de determinado grupo de traficantes será condensado em um modelo de dados para serem comparados com o modelo teórico. O instrumento por meio do qual essa

¹⁴⁸ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: [...].

¹⁴⁹ A elaboração desse exemplo contou com a ajuda do Professor Luiz Henrique de Araujo Dutra. Professor de Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina, o autor dedica seus estudos à pragmática da investigação e da construção de modelos de forma abstrata. Assim, ao deparar com o desafio de exemplificar a aplicação de sua teoria na prática da investigação criminal, senti a necessidade de submeter a ele minhas considerações, o que foi feito por meio de uma troca de e-mails em 17 de julho de 2014.

comparação será feita é o modelo-ponte. E se ainda for sentida a necessidade de se obterem mais dados, é o modelo-ponte que permitirá identificar as técnicas aptas a tal desiderato.

O modelo-ponte, portanto, tem a função de traçar um perfil do comportamento conhecido dos traficantes a partir do modelo teórico em comparação com a situação problema que deflagrou a investigação, por exemplo, a descoberta de drogas na mala de um passageiro com destino à Europa. A partir disso, elaboram-se hipóteses do que pode ter ocorrido, por exemplo, a pessoa ser uma mula, e executam-se diligências para tentar descobrir sua relação com um grupo de tráfico já conhecido.

É claro que o exemplo utilizado foi simplista e a importância desse tipo de metodologia aumentará de acordo com a complexidade do crime praticado, bem como da organização criminosa envolvida. Mas a ideia central é vincular o quadro fornecido pela teoria geral do crime a estudos de criminologia e sociologia promovidos pelos órgãos de inteligência criminal para criar modelos teóricos. Ao se deflagrar uma investigação, os modelos deverão ser aplicados para sistematizar e otimizar a atividade investigativa, verificando-se quais diligências serão necessárias para preencher os vazios¹⁵⁰ constatados.

2.1.4.3 CONCLUSÕES SOBRE A METODOLOGIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM AS EXIGÊNCIAS DO PROCESSO PENAL

Fazendo uma combinação entre as duas metodologias apresentadas, pode-se afirmar que até a fase em que são aplicados os modelos-ponte são definidas as estratégias para a obtenção dos dados, e são efetivados os mecanismos que permitem extraí-los das fontes de prova, havendo uma metodologia de investigação em sentido estrito, ou seja, há a criação

¹⁵⁰ O termo ‘vazio’ foi introduzido no item 2.1.3 e é utilizado para se referir aos pontos sobre os quais a investigação é necessária para promover o esclarecimento dos fatos, haja vista a inexistência ou insuficiência de elementos informativos sobre eles.

de hipóteses e busca de elementos informativos que possibilitam sua verificação. Já a fase final do procedimento proposto, que prescreve o confronto da hipótese com a base de dados, consiste em uma metodologia de verificação.

Com efeito, não se pode olvidar que toda a atividade investigativa tem por objetivo avaliar se existem elementos suficientes para a propositura da ação penal. Assim, quando o tipo penal é indicado como o principal parâmetro da investigação em termos materiais, em termos processuais devemos ter em mente a determinação do artigo 41 do Código de Processo Penal,¹⁵¹ que estabelece os requisitos da denúncia, dando especial destaque para a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias e a indicação do(s) suposto(s) autor(es).

Tal dispositivo nada mais faz do que positivar os tradicionais atributos indicados por João Mendes Jr.: *quis, quibus auxiliis, quid, cur, quomodo, ubi e quando*,¹⁵² constantemente repetidos pela jurisprudência pátria.¹⁵³ Nesse mesmo sentido, Adriano Mendes Barbosa indica as questões que devem ser formuladas para que sejam encontrados os vazios mencionados acima, sobre os quais são criadas as hipóteses. Para que analise a existência dos ‘indícios de autoria e prova da materialidade’¹⁵⁴ necessários para o recebimento da denúncia, o investigador deve indagar sobre:

“1) O que aconteceu?

2) Quem foi o autor do fato?

¹⁵¹ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

¹⁵² ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *O Processo Criminal Brasileiro – Vol. II*. 3. ed. aum. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920, p. 195. Tourinho Filho esclarece que a denúncia “[...] deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, apontando o seu autor (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o mal que produziu (quid), os motivos (cur), a maneira como o praticou (quomodo), o lugar (ubi) e o tempo (quando)”. Ver *Manual de processo penal*. 6. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 152.

¹⁵³ Por exemplo, STF HC 86.395/SP.

¹⁵⁴ É certo que a expressão legal não é tecnicamente correta. Não apenas pelo fato de não se poder falar em prova nesse momento da persecução penal, uma vez que prova é produzida em contraditório perante o juiz natural na fase processual, mas também porque a palavra ‘indícios’ é usada de forma inadequada. Melhor seria falar em elementos informativos relativos à autoria e materialidade. No entanto, ela será utilizada com a ressalva aqui feita, uma vez que é de uso corrente.

- 3) Quando tal fato se deu?
- 4) Onde ele aconteceu?
- 5) Por que ele veio à tona?
- 6) Como foi o ato criminoso praticado?
- 7) Com quais instrumentos o seu autor levou a termo a sua perpetração?”¹⁵⁵

Devemos considerar, portanto, que os requisitos genéricos da denúncia devem ser compatibilizados com a descrição material do tipo penal para que sejam bem definidos os pontos que devem ser demonstrados, de maneira a direcionar a investigação.¹⁵⁶

De todo o exposto, notamos que com métodos mais ou menos elaborados, o procedimento adequado para que se realize uma boa investigação criminal consiste na constatação do problema no mundo fático, isto é, na identificação da violação da expectativa, seguida da proposição de uma ou mais hipóteses acerca das normas que possam ter sido violadas,¹⁵⁷ bem como as condições e circunstâncias em que tal violação possa ter ocorrido.

Identificado(s) o(s) tipo(s) penal(is) que interessa(m) ao caso, cabe proceder à formulação adequada das indagações, isto é, constatar quais elementos do tipo já possuem dados fáticos a eles correspondentes e quais ainda demandam pesquisa. O mesmo deve ser feito quanto às demais circunstâncias relativas ao suposto delito, notadamente, as excludentes de ilicitude. Após, devem ser propostas as adequadas diligências e os meios de

¹⁵⁵ BARBOSA, Adriano Mendes. A atividade de inteligência..., p. 20.

¹⁵⁶ Sobre mínimo probatório, ver itens 3.2.2 e 4.1.3.

¹⁵⁷ Sobre a possível pluralidade de hipóteses: “Neste diapasão, diante de um delito podem surgir diversas hipóteses que explicam a sua existência, inclusive para eximir de culpa um determinado suspeito. Quando do estabelecimento das linhas de investigação deve o analista elencar as mais plausíveis que expliquem a existência do fato criminoso. A hipótese há de ser plausível, pois, assim não sendo, há investimento a fundo perdido de recursos preciosos para o Estado, como desperdício de horas de trabalho de mão-de-obra especializada que poderia ser empregada em situações criminosas que realmente necessitam ações investigatórias”. BARBOSA, Adriano Mendes. Op. cit., p. 21.

obtenção de prova pertinentes, que tenham o condão de identificar fontes e obter as informações necessárias para a solução das indagações formuladas. Isso feito, resta confrontar o material probatório obtido com a hipótese formulada por meio de raciocínios, de modo a estabilizar a proposição resultante da investigação.

Utilizando uma metodologia pré-definida, o investigador poderá criar padrões e procedimentos que objetivem sua atuação e tornem a atividade mais técnica e menos intuitiva, o que será útil não apenas para facilitar a atuação do investigador, mas também para possibilitar um maior controle de legalidade.

O estabelecimento de uma metodologia de investigação será útil para torná-la mais eficiente, concentrando esforços nos pontos que efetivamente demandam esclarecimentos e forçando o investigador a pensar em quais técnicas serão adequadas e necessárias para a procura e consequente descoberta dos dados faltantes antes de utilizá-las. Isso porque diligências diversas podem levar ao mesmo resultado, mas se a realização de apenas uma delas pode levar à confirmação da hipótese, haverá um ganho em termos de tempo e recursos gastos.¹⁵⁸ Nesse sentido, o grau de sucesso de uma investigação está diretamente relacionado à capacidade de projeção do investigador, pois o planejamento permite equilibrar meios materiais disponíveis e objetivos pretendidos.¹⁵⁹

Além disso, por meio da aplicação prática da metodologia, torna-se possível elaborar um projeto de pesquisa, de maneira a registrar os passos e objetivos da investigação, permitindo um controle desta, o que é especialmente importante no caso da

¹⁵⁸ O planejamento antecipado evita a realização de diligências sem análise prévia, apenas para cumprir um *check list* elaborado de forma genérica. Como consequência, podem ser evitados não apenas gastos desnecessários ao poder público, mas também intervenções desnecessárias nos direitos fundamentais dos investigados. Isso ganha maior importância se pensarmos que a *ação controlada* implica uma investigação levada a cabo em sigilo, isto é, restringindo direitos do investigado, de maneira que quanto mais rápido o objetivo for atingido, menor será a lesão causada.

¹⁵⁹ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal...*, p. 211. No caso da *ação controlada*, dadas a excepcionalidade do dever de efetuar a prisão em flagrante e a possibilidade de utilizar meios de investigação que interferem na esfera individual dos investigados, o investigador deve apresentar à autoridade judicial seu projeto de pesquisa com a definição do problema, métodos e objetivo.

ação controlada, objeto principal de nosso estudo.¹⁶⁰ Eliomar da Silva Pereira propõe, assim, que o projeto de investigação contenha i) a pré-compreensão do problema; ii) a hipótese legal do crime; iii) a indicação dos dados existentes, bem como dos dados faltantes; iv) as técnicas a serem utilizadas e v) o arbitramento de custos.¹⁶¹

Considerando a natureza de método ou estratégia conferida à *ação controlada*, este ‘projeto de pesquisa’, ou ‘projeto de investigação’, pode ser denominado, também, ‘plano estratégico’ e será muito importante para promover os controles necessários ao procedimento do método de investigação estudado, merecendo tópico específico no Capítulo IV, item 4.3.1.

Estabelecida a essência da atividade de investigação, aquilo que a caracteriza como criminal, bem como a metodologia necessária para o seu desenvolvimento com qualidade e eficiência, é importante examinar a fase inicial da persecução penal com um enfoque mais jurídico. Considerando que é nesse momento que costumam ser praticados os atos investigatórios, é essencial analisar as características e funções dessa fase para extrair os parâmetros e limites legais de seu desenvolvimento que produzirão reflexos na utilização da *ação controlada*.

¹⁶⁰ Eliomar da Silva Pereira indica, ainda, duas funções relevantes do projeto de investigação criminal: “[...] (a) como conjunto de elementos que estabelecem a hipótese de investigação, suas técnicas e estratégia de execução; (b) como memória da investigação, contendo elementos que permitem estabelecer a conexão entre as diversas diligências realizadas, o sentido probatório dos dados reunidos e a indicação implícita do que falta realizar [...]. Quanto à segunda função, de um ponto de vista administrativo, ela nos permite manter a continuidade da investigação, mesmo nos casos em que a autoridade investigante é sucedida ou substituída”. Ver *Teoria da investigação criminal...*, p. 214-215.

¹⁶¹ Ibid., p. 215-216. O autor afirma expressamente que nem todo crime exige um projeto de investigação e nem toda investigação precisaria de um projeto com todos os elementos indicados no texto e estamos de acordo com tal assertiva. No entanto, considerando que estamos às voltas com a investigação da criminalidade organizada, o estabelecimento do projeto sempre será útil e necessário, com o máximo de detalhamento possível para possibilitar o controle judicial.

2.2 CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DA FASE INICIAL DA PERSECUÇÃO PENAL

2.2.1 CARACTERÍSTICAS

A fase inicial da persecução penal, durante a qual é levada a cabo a investigação criminal, é a porta de entrada do processo penal, funcionando como um filtro que evita acusações infundadas.¹⁶² Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner procederam a um estudo profundo sobre investigação preliminar em que apontam dois caracteres determinantes desse momento da persecução penal: a instrumentalidade qualificada e a autonomia.¹⁶³ Ambas merecem atenção neste trabalho, uma vez que proporcionam um melhor entendimento da própria investigação e, conseqüentemente, da *ação controlada*.

De acordo com a ideia de instrumentalidade, a fase inicial da persecução penal não é um meio utilizado unicamente para satisfazer a pretensão acusatória¹⁶⁴, mas um instrumento que serve ao processo tanto para introduzir elementos necessários ao exercício da pretensão, quanto, quando se decide pelo não processo, para evitar custos para o Estado e efeitos nocivos ao sujeito passivo.¹⁶⁵ Na realidade, os autores falam de instrumentalidade qualificada, isto é, uma instrumentalidade de segundo grau, na medida em que a fase inicial é um instrumento a serviço do instrumento para a defesa dos direitos e garantias

¹⁶² Os autores extraem a expressão “porta de entrada” da origem etimológica da palavra preliminar: “[...] vem do latim – prefixo pre (antes) e liminares (algo que antecede, de porta, de entrada) – deixando em evidência seu caráter de ‘porta de entrada’ do processo penal e a função de filtro para evitar acusações infundadas.” LOPES JR., Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 90.

¹⁶³ Cf. Ibid., p. 97.

¹⁶⁴ Os autores entendem que o processo penal tem como fundamento de sua existência a instrumentalidade, na medida em que serve de instrumento à proteção dos direitos e garantias individuais ao mesmo tempo em que é o meio pelo qual se aplica a pena. Ibid., p. 47. Em um raciocínio análogo, afirmam que a fase preliminar da persecução penal não serve apenas para colher elementos que embasem a denúncia, mas também para evitá-la quando desnecessária. Ibid., p. 99

¹⁶⁵ Cf. Ibid., p. 97-100. Também SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais*. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 82-84.

fundamentais na aplicação da pena, que é o processo. A fase inicial, assim, proporciona uma tutela mediata do Direito Penal, uma vez que seu objetivo é garantir o eficaz funcionamento da Justiça.¹⁶⁶

Por fim, rotulam essa instrumentalidade da etapa inicial como eventual, porquanto a ‘instrução preliminar’ é, em geral, facultativa.¹⁶⁷ A afirmação dos autores está correta com relação à inexistência de regra que obrigue a instauração de um procedimento formal de investigação, como o inquérito. Existem, inclusive, diversos dispositivos no Código de Processo Penal brasileiro que revelam a dispensabilidade do inquérito policial.¹⁶⁸ No entanto, é muito difícil imaginar a deflagração de uma ação penal sem a realização de qualquer investigação prévia, entendida, aqui, como pesquisa com o escopo de encontrar material probatório que demonstre a ocorrência de um crime, isto é, que sejam comprovados os elementos do tipo e afastada a existência de uma excludente de ilicitude e culpabilidade. Nesse sentido, tem razão Eliomar Pereira da Silva, para quem “[...] a investigação criminal (como o conteúdo necessário de qualquer instrumento jurídico-formal), seja qual for a sua forma, ou mesmo o sujeito investigador, é essencial ao processo penal.”¹⁶⁹

Assim, não entendemos que a fase investigativa seja eventual, embora o inquérito policial possa sê-lo. No mínimo, deverá ser feito um raciocínio para apresentar a solução ao problema, para dar significado jurídico aos fatos, o que já constitui uma atividade de

¹⁶⁶ LOPES JR., Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal...*, p. 100.

¹⁶⁷ Ibid., p. 100. Ainda, em nota de rodapé na página 13, o autor afirma que “[...] ‘em teoria’ o processo pode não necessitar da investigação preliminar, inclusive porque pode ter o caráter facultativo. Contudo, na prática, quando maior for a gravidade do delito, maior será a importância da instrução, ao ponto de poder-se afirmar que, excetuando-se os delitos de menor potencial lesivo, nenhum Promotor ou Juiz prescinde dessa investigação prévia.” Ibid., p. 97, nota 13. Discordamos duplamente do autor, pois além de defendermos que a investigação não é eventual, entendemos que a necessidade de maior ou menor dedicação na atividade de investigação não se relaciona com a gravidade do delito, mas com a complexidade dos fatos e do tipo. O homicídio é um crime dos mais graves em termos de pena e pode ser dos mais fáceis em termos de investigação, por exemplo.

¹⁶⁸ Artigos 12 e §5º do artigo 39, por exemplo, *in verbis*: Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra. e Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial. [...] § 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

¹⁶⁹ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal...*, p. 85, nota 89.

investigação. A investigação, portanto, não é eventual, mas sim qualificada e necessária. Qualificada porque a fase inicial é um instrumento a serviço do instrumento para a defesa dos direitos e garantias fundamentais na persecução penal – o processo –, e necessária porque não pode ser dispensada, ainda que o inquérito assim seja.

A outra característica apontada como determinante da fase inicial da persecução é a autonomia. É autônoma porquanto pode ser que o processo não suceda à investigação, de modo que sua existência não depende da existência da fase subsequente da persecução penal.¹⁷⁰ Ser autônoma significa não depender da existência de qualquer fase a ela posterior, embora isso possa ocorrer. Assim, caso se entenda estarem presentes os ‘indícios razoáveis de autoria e a prova de materialidade’ que ensejam a propositura de uma denúncia, haverá a deflagração da fase posterior à persecução. Caso contrário, a fase inicial esgotará toda a atividade persecutória.

A importância de definir essas características é entender a fase de investigação como algo que serve ao processo, no sentido de colher os elementos que nele serão introduzidos ou de definir a desnecessidade de sua deflagração, ponto em que a instrumentalidade liga-se diretamente à autonomia. A consolidação desse conhecimento proporciona uma adequada postura do investigador, que não deve procurar provas que corroborem a tese acusatória a qualquer custo. Por conseguinte, embasará a adequada utilização da *ação controlada*.

Feitas as necessárias considerações sobre as características da fase preliminar, passamos às suas funções.

¹⁷⁰ LOPES JR., Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal...*, p. 97. Nesse sentido, Eliomar da Silva Pereira entende que a investigação tem a finalidade de justificar o processo penal, mas de uma forma imprópria, uma vez que pode resultar na não-instauração de um processo, deslegitimando-o. Ver *Teoria da investigação criminal...*, p. 86.

2.2.2 FUNÇÕES

A fase inicial da persecução penal não serve apenas para identificar fontes, colher dados e elementos de prova com o escopo de proporcionar uma resposta ao delito, mas também para excluir acusações infundadas. Dessa conjuntura, os autores extraem três funções da fase inicial da persecução penal: a busca do fato oculto, a função simbólica e a função de evitar acusações infundadas, que serão analisadas.¹⁷¹

Considerando que a conduta delitiva, em geral, é praticada dissimuladamente para atingir os objetivos do crime e fugir da punição, a autoridade policial deverá, de alguma forma, ser informada sobre sua ocorrência para que possa deflagrar o processo de pesquisa acerca do ocorrido e, conseqüentemente, descobrir o fato oculto. Daí, portanto, a primeira função apontada pelos autores.

Com efeito, a investigação só pode ser iniciada a partir de uma *noticia criminis*. Essa informação terá o condão de indicar a existência de um *fumus commissi delicti* que, todavia, tem graduação diversa daquele necessário para adotar medidas cautelares ou admitir a acusação formal.¹⁷² Basta, portanto, a existência de uma possibilidade que poderá evoluir como consequência da coleta de dados e atingir o grau de probabilidade ou regredir a ponto de levar à conclusão de inexistência de crime ou de culpabilidade.¹⁷³

A função simbólica da fase inicial da persecução penal, por sua vez, atine a capacidade de contribuir para o restabelecimento da paz social abalada pelo crime, além de

¹⁷¹ LOPES JR., Aury e Gloeckner, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal...*, p. 101-102.

¹⁷² *Ibid.*, p. 102-106.

¹⁷³ O juízo de probabilidade é exigido para o recebimento da denúncia. Sobre os juízos escalonados de valoração, discorreremos com mais afinco no Capítulo IV, item 4.1.3.1. Por ora é pertinente a transcrição de elucidativo texto dos autores estudados: “[...] o processo penal não é de sentido único (progressivo), senão que também pode ser um juízo regressivo de culpabilidade. A investigação preliminar é o primeiro degrau da escada e através dela se chegará a uma gradual concreção do sujeito passivo, como acontece no modelo norte-americano em que da *investigation* se passa ao *accusatory stage*. Com base nos elementos fornecidos pela investigação preliminar, serão realizados esses diferentes juízos de valor imprescindíveis para chegar ao processo ou ao não-processo.” Ver LOPES JR., Aury e Gloeckner, Ricardo Jacobsen. *Op. cit.*, p. 106.

servir como estímulo negativo para a prática de novas infrações, dada a possibilidade de seus autores serem processados e penalizados. Ainda, a intervenção policial pode ocorrer no momento em que os atos executórios ainda estão sendo praticados, podendo atingir a finalidade de evitar a consumação do delito. É o que ocorre por meio da prisão em flagrante no nosso ordenamento.¹⁷⁴ No caso de haver uma *ação controlada* em andamento, não será constatado esse segundo aspecto da função simbólica, pois a prisão em flagrante é postergada e a autoridade policial permite a continuação do cometimento do delito.

Por fim, a função mais importante da fase inicial da persecução penal: evitar acusações infundadas. A função de filtro ao processo decorre da vocação de colher elementos que sirvam de base para a acusação. Caso eles não sejam encontrados, evita-se o processo e, por conseguinte, evita-se o sofrimento imputado ao sujeito passivo, sua estigmatização e os custos sociais, econômicos e políticos gerados pela movimentação deslegitimada da máquina judiciária.¹⁷⁵ Nesse mesmo sentido, Marta Saad defende que o suporte probatório exigido para a propositura da ação penal tem uma função preservadora, na direção de preservar a inocência do acusado contra acusações infundadas, a sociedade do cometimento de injustiças e o Estado do custo e da inutilidade de um eventual processo infundado.¹⁷⁶

¹⁷⁴ LOPES JR., Aury e Gloeckner, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal...*, p. 106-107.

¹⁷⁵ Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner observam que em um sistema ideal a função de filtro ao processo deve ser exercida pela fase intermediária da persecução penal que, em diversos sistemas, representa o elo entre a fase inicial de investigação e a deflagração do processo. Op. cit., p. 109. Nela, as partes manifestam-se sobre o conjunto probatório e sobre a própria peça acusatória antes de o juiz proferir a decisão de recebimento, daí porque sua função de filtro. Embora essa fase intermediária não seja institucionalizada em nosso ordenamento, Geraldo Prado entende que a partir da reforma de 2008 nosso modelo processual passou a contemplar três etapas: investigação criminal, admissibilidade da acusação e instrução probatória. Essa alteração estaria adequando o procedimento à estrutura acusatória. VER *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 44-47. De qualquer maneira, deve-se admitir que em diversas ocasiões os inquéritos policiais são arquivados por não se encontrarem elementos suficientes para a propositura da denúncia. Ora, se em vez de instaurar uma investigação o processo fosse imediatamente iniciado a partir de uma *notícia criminis* muitos deles seriam desnecessários, de forma que a função de filtro também pode ser observada em um sistema como o nosso, que passa diretamente da fase inicial à processual, mas de maneira menos intensa.

¹⁷⁶ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 22.

É claro que a garantia resultante da exigência de elementos mínimos para a acusação é uma ‘faca de dois gumes’. Se por um lado evita a condenação ou, antes disso, o início do processamento judicial de inocentes, por outro, pode ensejar a absolvição de culpados. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner diferenciam a cifra da ineficiência da cifra da injustiça. Enquanto a primeira representa os culpáveis que não são punidos, a segunda refere-se aos casos de inocentes processados e, às vezes, condenados. E concluem:

Se a primeira pode ser justificada (pela absoluta impossibilidade de total ‘enforcement’) e até mesmo tolerada (até porque a sociedade é criminógena, todos delinquimos!), a cifra da injustiça resulta absolutamente injustificável. É, sobretudo, produto das carências normativas ou da ineficácia prática das garantias penais e processuais [...].¹⁷⁷

A investigação criminal, portanto, exige uma teoria jurídico-científica que possibilite obter o maior número possível de elementos probatórios acerca da ocorrência do crime e proporcione segurança em relação ao seu autor, de modo a tornar legítimo o processo penal que eventualmente seja instaurado em decorrência de sua conclusão. Mas quais são esses elementos? Quantos são? Quais os limites para essa obtenção?

Para dar a devida resposta a essas indagações, cujo esclarecimento servirá de base para o estabelecimento de limites da utilização da *ação controlada*, sobretudo no que diz respeito à maior eficiência exigida no âmbito da investigação da criminalidade organizada, devemos discorrer sobre a reconstrução histórica na persecução penal, cujo enfoque passou a ser o alcance da *veritas*, ou verossimilhança, isto é, a versão possível resultante das

¹⁷⁷ LOPES JR., Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal...*, p. 109.

proposições elaboradas com base nos dados obtidos por meio da investigação posteriormente submetida a um procedimento dialógico típico do modelo acusatório.¹⁷⁸

Antes, porém, para finalizar o capítulo dedicado à investigação criminal, cumpre tecer algumas considerações sobre a ideia de inteligência criminal, bastante difundida quando o assunto é criminalidade organizada, uma vez que auxilia a definição dos modelos de investigação e a fixação das estratégias, ponto central desta tese. Seu grande diferencial é a qualidade da proposição final resultante da análise de dados, pois por meio dela é possível elaborar hipóteses mais acertadas, bem como imaginar, mais rapidamente, quais diligências terão o condão de propiciar sua verificação, proporcionando um trabalho mais célere, econômico, com melhores resultados e, conseqüentemente, mais eficiente.

2.3 INTELIGÊNCIA CRIMINAL

Muito se fala, ultimamente, sobre o relevante papel da inteligência no combate ao crime, sobretudo o organizado, ao qual daremos enfoque neste estudo.¹⁷⁹ Assim, é importante delinear seu conceito em comparação com a Inteligência de Estado, além de compará-la com a investigação, uma vez que sua aplicação ocorre quase que totalmente no âmbito da fase inicial da persecução penal. Ainda, será feita uma análise com foco no procedimento de tratamento de dados e produção de informação e conhecimento, essencial ao bom desenvolvimento de ambas as atividades: de inteligência e de investigação. Todo

¹⁷⁸ Como dito diversas vezes na evolução do texto, é tarefa bastante árdua definir a ordem de tratamento dos temas neste estudo, uma vez que eles possuem relações intrínsecas e recíprocas. Por tal motivo, optou-se por apresentar as características da fase inicial da persecução penal no capítulo destinado à investigação de modo genérico, mas a aceção de verossimilhança será abordada no Capítulo III, quando tratarmos dos limites à investigação decorrentes do respeito aos direitos e garantias fundamentais dos investigados.

¹⁷⁹ Exemplo disso é Fabio Ramazzini Bechara que, ao tratar das barreiras no combate ao crime organizado, afirma: “A segunda barreira a ser superada e que está diretamente relacionada à qualidade do conhecimento que se tem em relação ao crime organizado no Brasil (quem é, como e onde atua, possibilitando que o Estado defina com mais precisão a sua estratégia de atuação), refere-se ao recurso à atividade de ‘inteligência’”. Ver O Estado e o Crime Organizado: quebrando paradigmas. *Boletim do IBCCRIM*, ano 20, n. 239, outubro/2012, p. 4.

esse esforço será muito útil para subsidiar as conclusões que serão expostas no item 4.3, sobre o procedimento sugerido à *ação controlada*.

2.3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE INTELIGÊNCIA E INTELIGÊNCIA CRIMINAL

O conceito de inteligência foi importado da área de segurança nacional, tendo surgido no âmbito militar, mas aumentou seu âmbito de atuação até se consolidar como Inteligência de Estado.¹⁸⁰ Nos primórdios, confundia-se com a atividade de espionagem. No entanto, diante de uma sociedade complexa e informacional, o âmbito estatal e de segurança deixou de ser o objeto da atividade de inteligência, que passou, também, a abarcar o setor privado.¹⁸¹

Existem algumas análises detalhadas e sofisticadas sobre o conceito de inteligência,¹⁸² mas a ideia síntese é a que a apresenta como produção de conhecimento a partir do adequado tratamento dos dados, que será utilizado para fundamentar o

¹⁸⁰ MINGARDI, Guaracy. O trabalho da Inteligência..., p. 52; BECHARA, Fabio Ramazzini. O Estado e o Crime Organizado..., p. 4.

¹⁸¹ SANTOS, Célio Jacinto dos. Investigação Criminal e Inteligência..., p. 105. O autor faz alguns relatos históricos, afirmando que a polícia francesa da época de Bonaparte iniciou uma atividade de coleta e processamento de dados, notadamente catalogando as pessoas sujeitas a seu controle. Ibid., p. 106. Já Guaracy Mingardi relata o surgimento da Divisão Especial da Scotland Yard em 1883, com a finalidade de combater os separatistas ingleses. Op. cit., p. 53.

¹⁸² Célio Jacinto dos Santos introduz o assunto da seguinte maneira: “Começamos o tema trazendo a célebre definição de Kent, que desdobrou informações em três aspectos: a) como produto: é a representação do resultado do processo de produção de conhecimento, atendendo a demanda do tomador de decisão, tornando o resultado obtido por meio do processo de inteligência, um produto de inteligência; b) como organização: apresenta as estruturas funcionais, que tem como missão crítica a obtenção de informações e a produção de conhecimento de inteligência, podendo ser caracterizados como os operadores da inteligência; c) como atividade ou processo: refere-se aos caminhos pelos quais certos tipos de informação são requeridos, coletados, obtidos, analisados e difundidos. É a indicação dos procedimentos para a obtenção de determinados dados, em especial aqueles protegidos.” SANTOS, Célio Jacinto dos. Op. cit., p. 112.

posicionamento de um tomador de decisão. Para tanto, a informação deve ser organizada, relacionada com as demais e contextualizada.¹⁸³

Estabelecida a noção genérica sobre inteligência, que interessa a um tomador de decisão de qualquer área, cumpre tecer algumas considerações sobre a Inteligência de Estado, precursora da Inteligência Criminal,¹⁸⁴ até porque podemos recorrer a parâmetros legais para tanto.

Com efeito, a Lei n.º 9.883/99 criou o Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN) e a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), órgão central do sistema, além de definir, no §2º do seu artigo 1º, que inteligência é:

[...] a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.

Note-se a harmonia desse conceito com a noção de inteligência afirmada acima, diferenciando-se apenas pela especialidade do seu objeto, qual seja a segurança da

¹⁸³ Cf. SANTOS, Célio Jacinto dos. *Investigação Criminal e Inteligência...*, p. 113; BECHARA, Fabio Ramazzini. *O Estado e o Crime Organizado...*, p. 4; BARBOSA, Adriano Mendes. *A atividade de inteligência...*, p. 17. No mesmo sentido, Guaracy Mingardi, mas já aludindo ao conceito de inteligência criminal. *Op. cit.*, p. 52; CASTRO, Tony Gean Barbosa de. *Segurança Pública, Inteligência e Cooperação Internacional*. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 87-107, jul/dez 2011, p. 91.

¹⁸⁴ Não se pode negar que a especialização da atividade de inteligência apenas seguiu o padrão da modernidade no sentido de racionalização e autonomização de ciências e difundiu-se por meio de ramificações em diversas áreas do saber. Sobre o tema, Célio Jacinto dos Santos afirma: “Neste sentido seguiu a velha inteligência clássica para a inteligência policial, para as informações na área da Administração, nos sistemas informatizados, na Ciência Policial”. Ver *Investigação Criminal e Inteligência: qual a relação?* *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 2, n. 1, jan/jun 2011, p. 117.

sociedade e do Estado. Esse conceito relaciona-se com diversas áreas do conhecimento, notadamente, político, tecnológico e militar.¹⁸⁵

A Inteligência Criminal não se afasta dessa ideia, uma vez que, assim como sua congênere – a Inteligência de Estado – visa à obtenção de conhecimento para influir no processo decisório. Ambas utilizam métodos de busca, coleta e processamento de informações para subsidiar as conclusões das autoridades.¹⁸⁶ Contudo, com relação a seu objeto, restringe-se ao âmbito da Segurança Pública, e nisso se diferencia da primeira. Ainda, há quem afirme que a Inteligência Criminal pode apresentar dois vieses: preventivo e repressivo, que corresponderiam à Inteligência Criminal em sentido estrito, responsável pela criação das políticas de segurança pública e à investigação criminal.¹⁸⁷

Segundo Guaracy Mingardi, no Brasil a atividade de Inteligência é comumente vinculada à Polícia, sendo comum a expressão Inteligência Policial. Todavia, outras instituições também se utilizam da análise de dados para produzir conhecimento apto a fundamentar a decisão das autoridades, de maneira que o mais adequado seria qualificar a

¹⁸⁵ MINGARDI, Guaracy. O trabalho da Inteligência..., p. 53. Tony Castro destaca que o campo natural da atuação da inteligência é o estratégico decisório, buscando e analisando dados que possam revelar ameaças ou oportunidades ao Estado. Ver Segurança Pública, Inteligência e Cooperação Internacional..., p. 92.

¹⁸⁶ Ibid., p. 53. Célio Jacinto dos Santos utiliza a expressão zona de convergência para se referir às semelhanças entre inteligência em sentido amplo e investigação criminal. Cumpre destacar que o autor trata da contraposição entre inteligência e investigação criminal, sem especificar se está se referindo à Inteligência de Estado ou Criminal. Aparentemente, ele está se referindo à Inteligência de Estado, contrapondo-a à investigação criminal sem passar pela ideia de Inteligência criminal, que entendemos indispensável, uma vez que nem todo órgão ligado à Segurança Pública (Guarda Municipal, por exemplo) tem poderes para praticar atos investigatórios. De qualquer maneira, algumas das observações de Célio Jacinto dos Santos, porquanto pertinentes, serão utilizadas para apontar diferenças entre a Inteligência de Estado e a Inteligência Criminal, enquanto outras ficarão restritas ao item 2.3.3, atinente à contraposição da inteligência e investigação criminal. Ver Investigação Criminal e Inteligência..., p. 117.

¹⁸⁷ Cf. MINGARDI, Guaracy. O trabalho da Inteligência..., p. 53 e CASTRO, Tony Gean Barbosa de. Segurança Pública, Inteligência e Cooperação Internacional..., p. 94. Também Adriano Barbosa, para quem “Neste sentido, a Atividade de Inteligência Policial pode ser compreendida sob dois prismas, a saber: um de natureza tática, adstrita diretamente à prevenção imediata de práticas delituosas e repressão criminal, e outro de essência estratégica, vinculada a ações de perspectiva igualmente estratégica com análise de cenários e prospecção”. Ver A atividade de inteligência..., p. 14. Observe-se que o autor coloca as atividades de prevenção imediata ao lado das repressivas, separando-as das estratégias de prevenção mais gerais. Conforme será visto no item 2.3.3 infra, parece mais acertado dizer que a Inteligência Criminal é mais voltada à prevenção, enquanto a investigação criminal concentra-se na repressão, embora esta possa utilizar informações obtidas por aquela no esquema metodológico proposto no item 2.1.4. Não enxergamos, exatamente, uma relação de conteúdo e continente entre elas, mas apenas de interdependência.

atividade em virtude do seu objeto. Assim, o autor prefere falar em Inteligência Criminal, com o que estamos de pleno acordo.¹⁸⁸

Outro ponto de divergência concentra-se nos meios empregados. A Inteligência Criminal possui muito mais limitações legais do que a de Estado, tendo em vista os direitos e garantias que devem ser respeitados na investigação criminal, com a qual possui relação estreita. Esse ponto é de crucial importância para a análise da questão da legalidade do compartilhamento de informações sigilosas. Por outro lado, a Inteligência de Estado tem menor preocupação com preceitos éticos ou princípios de lealdade e transparência, estando totalmente desvinculada de uma instrução processual. Além disso, enquanto a Inteligência Criminal submete-se a formas e métodos rigorosos, a Inteligência de Estado obedece apenas a formas e métodos do ciclo de inteligência, de caráter não normativo.¹⁸⁹

No Brasil, quando se fala em setores de inteligência dos órgãos investigativos, frequentemente se quer aludir a uma investigação mais dedicada e sofisticada¹⁹⁰, isto é, dizer que o caso não cairá na vala comum, submetendo-se a procedimentos genéricos e automáticos, nem sempre coincidindo com o conceito que aqui será exposto. Por alguma característica particular, atribui-se especial tratamento àquela situação, que será examinada por profissionais destacados para tanto, desvinculando-os da excessiva demanda diária e permitindo que se dediquem com afinco à solução de determinado problema, sem, entretanto, haver preocupação com a metodologia e a produção de conhecimento.

Não obstante a falta de metodologia na produção de conhecimento, arquivos organizados e relacionamento de dados dentro dos setores de inteligência, cada instituição ligada à Segurança Pública possui núcleo próprio, que, além de ser pouco utilizado, não

¹⁸⁸ MINGARDI, Guaracy. Op. cit., p. 52.

¹⁸⁹ É claro que a flexibilização não implica a violação de normas fundamentais como a proibição à tortura e a utilização de outros meios invasivos para a obtenção dos dados. Cf. SANTOS, Célio Jacinto dos. *Investigação Criminal e Inteligência...*, p. 118. Mas é fato que alguns procedimentos típicos da investigação criminal e o respeito à publicidade não são respeitados pelos órgãos de inteligência de Estado, de modo que nesse ponto se coloca importante a questão tratada recentemente pelo STJ (HC 149.250) e que deve ser julgada pelo STF em breve, relativa à colaboração da ABIN na fase inicial da persecução penal cuja investigação ficou conhecida como Operação Satiagraha.

¹⁹⁰ MINGARDI, Guaracy. *O trabalho da Inteligência...*, p. 52.

está conectado aos demais órgãos, trazendo inúmeros problemas à boa consecução da atividade, tais como a duplicação de esforços, o retrabalho, os gastos desnecessários e a produção de conhecimento parcial.¹⁹¹ Nesse ponto, é mais do que salutar a efetiva utilização no país do conceito de forças-tarefas, de modo a propiciar a atuação conjunta de órgãos de diferentes setores estatais com o respectivo compartilhamento de dados, respeitados os limites legais.¹⁹²

Não se pode admitir a equivocada utilização prática de termos e conceitos. Assim, para os fins deste estudo, Inteligência Criminal será definida como a atividade que objetiva buscar, coletar e analisar dados com o escopo de produzir conhecimento útil à atividade de Segurança Pública, subsidiando a tomada de decisões no âmbito dos órgãos relacionados à prevenção ou repressão criminal, não sendo praticada de forma exclusiva pela polícia.¹⁹³

¹⁹¹ MINGARDI, Guaracy. Op. cit., p. 54 e Idem. Inteligência policial e crime organizado. In: LIMA, Renato Sergio de; PAULA, Liana de (orgs.). *Segurança Pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?* São Paulo: Contexto, 2006, p. 47. No último texto, o autor afirma: “A dispersão de esforços começa na coleta de dados, seja através de agentes de campo ou da coleta de informações públicas. As diversas agências com frequência correm atrás do mesmo objetivo, através das mesmas fontes, por falta de comunicação ou de delimitação de tarefas ou até por pura rivalidade. O mesmo ocorre na hora do armazenamento dos dados. Na maioria dos estados, os dados coletados pelos órgãos de segurança pública normalmente são armazenados em bancos de dados diferentes, muitas vezes ficando no papel.” Completa, ainda, o autor, que mesmo quando são criados bancos de dados eletrônicos, existe o problema da falta de cultura dos agentes de procurarem e utilizarem essas informações, pois os organismos trabalham com uma visão restrita de conhecimento.

¹⁹² Sobre a possibilidade de compartilhamento dos dados no exercício da atividade de inteligência, ver BECHARA, Fabio Ramazzini. *O Estado e o Crime Organizado...*, p. 5. Diz o autor: “[...] no compartilhamento do dado sigiloso entre órgãos públicos, mantendo-se o sigilo, mas ampliando-se o rol de responsáveis pela sua custódia, tem-se uma atividade típica de inteligência.” O tema será retomado no item que relaciona inteligência e investigação criminal. Ver também: BRAZ, José. *Investigação Criminal...*, p. 43. No âmbito da Justiça Federal, já observamos algumas iniciativas pontuais de união de esforços entre Ministério Público, Polícia Federal e até mesmo Receita Federal. Já no âmbito de competência da Justiça Estadual a iniciativa é mais rara. Todavia, recentemente, no Estado de São Paulo foram implantadas inovações na Secretaria de Segurança Pública que parecem caminhar nessa direção, especialmente com a criação da Agência de Combate ao Crime Organizado, que une membros das polícias Militar, Civil, Federal, Rodoviária Federal, Ministério Público e Secretaria de Administração Penitenciária, criada pelo Decreto 58.882 de 8 de fevereiro de 2013 para monitorar o Acordo de Cooperação Técnica entre o Estado de São Paulo e a União Federal, firmado em novembro de 2012 com o objetivo de estancar a onda de violência que se espalhou pela cidade de São Paulo no segundo semestre desse mesmo ano, ocasionando a morte de muitos policiais e civis. Ver: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=226260&c=5022&q=definido-grupo-que-coordenaru-a-agencia-de-combate-ao-crime-organizado>. Acesso em: 14 dez. 2014. Além disso, houve a posterior criação do Centro Integrado de Inteligência de Segurança Pública do Estado de São Paulo pelo Decreto 58.913 de 26 de fevereiro de 2013.

¹⁹³ Em sentido similar, a definição de Adriano Barbosa, para quem o produto final da atividade de inteligência “[...] é o engendramento de um conhecimento que subsidie o processo decisório do gestor da

A Inteligência Criminal é importante para incentivar o olhar crítico do agente, de modo a desconfiar das certezas, esquecendo ideologias e discursos, além de permitir que o alvo seja identificado e que sejam obtidas informações em tempo real para que se possa construir conhecimento e agir com base nele. Seu produto possibilitará, sobretudo no âmbito do crime organizado, a previsão de tendências, a identificação de lideranças e elementos chaves das organizações, o monitoramento da movimentação cotidiana destas e a identificação de seus pontos fracos e informantes em potencial.¹⁹⁴

Por tudo isso, podemos dizer que a atividade de Inteligência Criminal é muito importante à realização de uma *ação controlada*, que pressupõe a elaboração de uma estratégia e um plano de ação. Mediante o exposto, interessa verificar a forma pela qual o conhecimento é produzido.

2.3.2 PROCEDIMENTO DO TRABALHO DE INTELIGÊNCIA CRIMINAL: DADO, INFORMAÇÃO E CONHECIMENTO

Para uma boa operacionalização da atividade de inteligência, é necessário analisá-la esmiuçando seus procedimentos com o fito de inseri-la no âmbito do estudo da investigação criminal de uma forma adequada, conferindo-lhe seu real valor. Conforme exposto acima, o trabalho de inteligência não consiste na mera coleta desordenada de informações, mas tem em vista a produção de conhecimento útil com base em uma metodologia da produção do conhecimento.¹⁹⁵

A Ciência da Informação é muito estudada e aplicada no ambiente organizacional. Dada sua utilidade, alguns de seus conceitos devem ser introduzidos no estudo da

segurança pública, seja em termos táticos, seja em termos estratégicos.” Ver A atividade de inteligência..., p. 19.

¹⁹⁴ MINGARDI, Guaracy. O trabalho da Inteligência..., p. 55-59.

¹⁹⁵ BARBOSA, Adriano Mendes. A atividade de inteligência..., p. 20.

inteligência, que constituiu uma atividade de produção de conhecimento. A diferença reside apenas no ambiente em que a informação é tratada. De um lado, corporações privadas, de outro, órgãos públicos.¹⁹⁶ Nesse contexto é comum a utilização das expressões ‘produção da informação’ e ‘gestão do conhecimento’. Para que essas atividades sejam bem compreendidas, é preciso esclarecer alguns conceitos. Faz-se a distinção progressiva entre dados, informação e conhecimento. De acordo com essa classificação, dados seriam meras observações sobre o estado do mundo; a informação seria o dado dotado de significado e propósito por um ser humano¹⁹⁷; e o conhecimento é a informação mais valiosa, pois além de ter sido submetida à análise, foi inserida em um contexto e a ela foi atribuído um significado, de modo que foi objeto da reflexão de um intérprete.¹⁹⁸

Nesse sentido, os procedimentos iniciais, que se concretizam por meio da análise dos dados brutos e constituem a primeira fase de uma atividade de inteligência ou mesmo de investigação, formam a ‘produção de informação’. Esta, embora já tenha participação humana, pode ser muito auxiliada pelos sistemas de informática que fazem análise de dados. Já a fase posterior, de ‘produção do conhecimento’, é muito mais dependente do fator humano. O mesmo deve ser dito sobre a gestão desse produto. Isso porque, além de a interpretação ser essencial para sua criação, o conhecimento não é facilmente catalogado

¹⁹⁶ A informação e a metodologia da produção do conhecimento são temas recorrentes em textos jurídicos relativos à investigação. Todavia, em uma conversa com Fábio Ramazzini Bechara, então Assessor da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, foi destacado que os processos de gestão de negócios deveriam ser importados da área privada para aumentar a eficiência e o profissionalismo do setor público, notadamente da área de inteligência e investigação. Assim, decidimos buscar bibliografia especializada para enriquecer este estudo, reconhecida nossa limitação decorrente da especialização jurídica.

¹⁹⁷ Adriano Barbosa define informação como “[...] o conhecimento resultante de raciocínios elaborados pelo profissional de inteligência e que contém o resultado do processamento dos dados dos quais se pode obter, por exemplo, elementos probatórios ou se tem conhecimento de onde poderão ser obtidas sobre a materialidade, autoria e circunstâncias de crimes sob análise. A informação é um *plus* em relação ao informe, denotando um nível de certeza maior em relação aos dados analisados, se aproximando daquilo *que é* verossímil em relação ao objeto de análise. Com a informação, o tomador de decisões tem diante de si um conhecimento robusto hábil a orientá-lo em prol da melhor decisão.” Ver *A atividade de inteligência...*, p. 25.

¹⁹⁸ DAVENPORT, Thomas H. *Ecologia da informação: por que só a tecnologia não basta para o sucesso na era da informação*. Trad. Bernadete Siqueira Abraão. São Paulo: Futura, 1998, p. 18-20. Essa ideia de interpretação das informações para a produção de conhecimento relaciona-se com a relevância da interpretação levada a cabo pelo juiz, ressaltando a impossibilidade de se fazer um juízo absolutamente imparcial, já que o homem não é uma máquina e, ainda que fosse, as máquinas não fazem as melhores análises de dados. É justamente o fator humano que incrementa o dado e a informação e a transforma em conhecimento.

nem transmitido por máquinas. Apenas uma pessoa é capaz de realizar a devida apreciação do conhecimento produzido e tomar a melhor decisão.¹⁹⁹

Em suma, não basta colher os dados. É necessário tratá-los para que se qualifiquem como informação e, posteriormente, essas informações devem ser analisadas em conjunto por um especialista capacitado para que se produza conhecimento a partir delas. Por fim, esse conhecimento deve ser bem administrado, isto é, utilizado para que se tomem as melhores decisões e para que se tracem as melhores estratégias. No âmbito específico da inteligência criminal e da investigação criminal, o conhecimento deve ser utilizado, ainda, para responder às perguntas efetuadas com o escopo de resolver os problemas apresentados.

Note-se que os órgãos de Segurança Pública brasileiros possuem muitos dados acumulados. É preciso desenvolver métodos para trabalhá-los de maneira adequada utilizando-se das duas principais ferramentas disponíveis: tecnologia e mente humana. Importante providência quanto aos dados e informações, por exemplo, é efetuar o armazenamento de maneira a possibilitar a fácil recuperação, bem como despertar o interesse em utilizá-los.²⁰⁰ Para isso, além de criar sistemas e bancos de dados adequados, é necessário mudar a própria cultura dos agentes no que tange ao uso da informação, incitando-os a alimentar os sistemas, buscar os dados e compartilhar informações.²⁰¹ Conclui-se, portanto, que a obtenção do dado bruto é indispensável. Porém, seu tratamento posterior também o é, bem como seu devido registro e catalogação, facilitando o posterior resgate até para economizar esforços.

¹⁹⁹ DAVENPORT, Thomas H. *Ecologia da informação...*, p. 20. O autor citado desenvolve o conceito de ecologia da informação como forma de destacar a importância da interferência do homem nos processos de produção da informação e gestão do conhecimento: “[...] poderíamos descrever a ecologia da informação como administração holística da informação ou administração informacional centrada no ser humano. O ponto essencial é que essa abordagem devolve o homem ao centro do mundo da informação, banindo a tecnologia para seu devido lugar, na periferia”. Ibid., p. 21.

²⁰⁰ MINGARDI, Guaracy. *Inteligência policial e crime organizado...*, p. 49.

²⁰¹ Thomas Davenport fala em “comportamento informacional” para referir-se ao modo como as pessoas agem com relação à informação, incluindo busca, uso, troca, acúmulo e até mesmo o ato de ignorar as informações dispensáveis. Op. cit., p. 110.

Esmiuçando as fases de produção de informação e conhecimento, devemos atentar para o fato de que, para se produzir conhecimento utilizável, devem ser observadas algumas etapas de um modelo mundialmente empregado.²⁰²

Partindo-se de um determinado informe ou dado bruto, que pode advir de fontes ocultas (infiltração, interceptação, denúncia) ou abertas (internet, arquivos, geoprocessamento, inquérito), deve ser feita a definição, isto é, a apresentação do material, que representa a primeira etapa.²⁰³ Após, executa-se a segunda etapa por meio de consultas aos diversos bancos de dados disponíveis acerca das informações relativas ao caso. Isso feito, a terceira etapa implicará a ‘separação do joio do trigo’, triando os dados obtidos de modo a conservar o que se mostra relevante para a futura produção do conhecimento e eliminar intelectualmente o que for inútil. É nesse momento que podemos considerar que o dado bruto começa a ser transformado em informação.²⁰⁴

Inicia-se, então, a quarta etapa, consistente na análise dos elementos obtidos até o momento de forma fragmentada, possibilitando a verificação de sua validade mediante associação, cruzamento e valoração.²⁰⁵ Superada essa fase, deve ser feita uma síntese,

²⁰² MINGARDI, Guaracy. O trabalho da Inteligência..., p. 54. Nesse texto o autor fala em quatro fases do trabalho de Inteligência Criminal. Todavia, em outro escrito menciona seis delas, que estão expostas neste item por representarem uma divisão mais completa. Cf. Idem. Inteligência policial e crime organizado..., p. 49. Observe-se que Adriano Barbosa denomina esse modelo “Ciclo de Produção de Conhecimento”. Cf. BARBOSA, Adriano Mendes. A atividade de inteligência..., p. 20.

²⁰³ Adriano Barbosa fala em coleta de dados quando se está diante de fontes abertas e de busca quando há a necessidade de afastar alguma proteção constitucional para a obtenção do informe, o que podemos relacionar às fontes ocultas. Ver A atividade de inteligência..., p. 22-23. Já Fabio Bechara fala em dados protegidos pelo sigilo e dados públicos. Ver O Estado e o Crime Organizado..., p. 4.

²⁰⁴ MINGARDI, Guaracy. O trabalho da Inteligência..., p. 54. Cf. Idem. Inteligência policial e crime organizado..., p. 49 e BARBOSA, Adriano Mendes. Op. cit., p. 20.

²⁰⁵ Cf. BRAZ, José. *Investigação Criminal*..., p. 39 e BARBOSA, Adriano Mendes. Op. cit., p. 24-25. A análise emprega tanto a lógica (por meio do estabelecimento de premissas e a realização de raciocínios indutivos e dedutivos para se elaborar hipóteses – ressaltando que apenas o raciocínio indutivo pode criar conhecimento novo) quanto ferramentas tecnológicas (como softwares de análise criminal) e tem natureza dinâmica, sendo difícil estancá-la em uma fase do ciclo de produção do conhecimento, o que se faz apenas para fins didáticos. Sobre as ferramentas tecnológicas, importante a transcrição de excerto de José Braz: “As novas tecnologias da informação e da comunicação, suportadas por poderosas soluções informáticas que permitem alcançar elevadas performances no cruzamento e na correlação de dados, têm aumentado significativamente, nas últimas décadas, a capacidade de tratamento de informação e, particularmente, a sua análise, quer a nível operacional, fornecendo à investigação criminal linhas de actuação e hipóteses de trabalho assentes em diagramas, cronogramas, fluxogramas de conexões, matrizes de probabilidade, quer a nível estratégico, apoiando o planeamento e a gestão de polícia, através da análise estatística multifactorial, de

produzindo uma apreciação de todo o material, que já é uma forma de conhecimento. Trata-se da quinta etapa. Essa síntese costuma ser materializada na forma de um Relatório de Inteligência. Por fim, na sexta etapa, deve-se fazer a disseminação do conhecimento, encaminhando o material coletado e analisado aos potenciais usuários, que poderão utilizá-lo para subsidiar suas decisões.²⁰⁶

Observe-se que o trabalho de inteligência, consistindo em produção de conhecimento, não implica um mero relato do que foi descoberto, mas exige a realização de raciocínios e de juízos críticos. Além disso, as etapas acima descritas não burocratizam o processo decisório. Ao contrário, a organização das informações, em última instância, enseja procedimentos mais céleres e eficientes, até porque o *timing* é apontado como um fator decisivo no processo de produção de conhecimento, isto é, a informação tem que chegar a tempo de ser utilizada.²⁰⁷ Nesse sentido, vejamos a observação de Guaracy Mingardi:

Apesar de exigir tratamento metódico, o processamento dos informes pode ser bastante rápido. Depende muito do acúmulo de material e de conhecimento. É como na montagem de um quebra-cabeças, os primeiros passos são lentos, mas à medida que as peças se acumulam a velocidade aumenta exponencialmente. Em outras palavras, um informe que venha a se juntar a outros, fechando o quebra-cabeças, tem grande chance de ser analisado e utilizado em tempo real.²⁰⁸

É importante lembrar, entretanto, que estamos na área das ciências humanas e, por melhor que seja a aplicação da metodologia do conhecimento, frequentemente a informação disponível será insuficiente para a tomada de decisão pela mera subsunção de

georeferenciação gráfica da criminalidade e da identificação de tendências e padrões evolutivos e respectiva incidência.” Op. cit., p. 40.

²⁰⁶ Cf. MINGARDI, Guaracy. Op. cit., p. 54; Idem. Inteligência policial e crime organizado..., p. 50 e BARBOSA, Adriano Mendes. Op. cit., p. 25-28.

²⁰⁷ MINGARDI, Guaracy. O trabalho da Inteligência..., p. 55.

²⁰⁸ Idem. Inteligência policial e crime organizado..., p. 50.

situações fáticas a normas, de forma que o processo de escolha é indissociável da atividade de inteligência.²⁰⁹

Questão polêmica, relativa à produção do conhecimento, diz respeito ao compartilhamento de dados ou informações sigilosos. Como afirmado acima, a Inteligência de Estado, nas suas origens, possui menos limites cognitivos do que a inteligência criminal, pois aquela visa à manutenção da segurança do país e esta possui relação com a investigação e instrução processual, devendo observar as restrições decorrentes da proteção aos direitos fundamentais.

Contudo, nos casos em que diferentes órgãos estatais atuam em conjunto para aumentar a qualidade da informação produzida, fica bastante difícil trabalhar com a ideia de completa vedação do compartilhamento dessas informações. O que deve ser exigido, sempre, é uma autorização judicial.

Parece lógico e salutar que na atuação conjunta dos órgãos alguns dados sejam compartilhados.²¹⁰ A forma pela qual tal compartilhamento se dará, assim como seus limites, é o real motivo de preocupação, existindo um vazio normativo sobre a questão. Nesse ponto, portanto, resolvemos apresentar algumas reflexões com o objetivo de dar alguma contribuição para o preenchimento desse vazio, o que deverá ser perpetrado por meio de uma lei que regulamente a questão.

Imaginando a necessidade de compartilhamento dos dados acobertados pelo sigilo fiscal, dos quais a Receita Federal é detentora, não parece razoável que sejam disponibilizados para todo e qualquer órgão de inteligência que por eles se interesse. No

²⁰⁹ Essa mesma dificuldade já foi abordada no que tange à utilização de modelos nas ciências sociais. Ver item 2.1.2.

²¹⁰ No âmbito da administração de empresas, o compartilhamento de informações é muito valorizado como meio de se aumentar a eficiência das atividades desenvolvidas. Considerando que a detenção da informação é um indicativo de poder, dividi-la é considerado, por muitos, um desafio. Assim, o compartilhamento voluntário demonstra o comprometimento do empregado com o objetivo maior da empresa. Exemplo: “Os gerentes de vendas desejam que os vendedores de campo compartilhem informações sobre as iniciativas da concorrência observadas na prática do trabalho e repassem aos departamentos de engenharia e de projetos as reações percebidas dos clientes em relação aos produtos”. Cf. DAVENPORT, Thomas H. *Ecologia da informação...*, p. 114-115.

entanto, se houver uma primeira decisão judicial autorizando o fornecimento desses dados para outro órgão com uma finalidade específica,²¹¹ todo compartilhamento que for feito para a solução do mesmo caso será lícito, uma vez que decorre de uma atuação conjunta no âmbito da inteligência criminal.

Por outro lado, se a própria Receita Federal integrar o grupo de inteligência que precisa e analisa os dados, a situação muda de figura. Isso porque, nesse caso, há apenas uma extensão da responsabilidade de resguardar o sigilo para os demais membros do grupo. É importante, todavia, que tudo seja feito no âmbito da legalidade, quer dizer, é necessária a edição de uma lei que preveja essas regras de forma abstrata e prévia, porquanto se trata de restrição de direito fundamental. Além disso, para cada caso de compartilhamento, devem ser firmados acordos de Cooperação Técnica explicitando a finalidade da força-tarefa, bem como definindo seus membros.

Questão diversa é o compartilhamento do conhecimento produzido com base nos dados sigilosos, quando podemos falar em disseminação do conhecimento. Os relatórios produzidos que apresentarem apenas as conclusões extraídas da análise dos fatos, desde que não tragam em seu bojo os próprios dados sigilosos, a princípio, poderão ser remetidos a outros órgãos. O Relatório de Inteligência do COAF, por exemplo, pode indicar a prática de operações suspeitas de lavagem de dinheiro por determinado indivíduo e servir de notícia crime para a instauração de um inquérito policial sem violar o sigilo bancário dessa pessoa.

Nesse caso (da instauração de inquérito policial em virtude de um Relatório do COAF), se a produção do conhecimento em virtude de dados compartilhados resultar na deflagração de uma investigação criminal, os dados sigilosos não poderão integrar a instrução do inquérito ou processo criminal sem que nova apreciação judicial seja feita. Isso porque a finalidade será alterada de subsídio para estudos no âmbito da segurança

²¹¹ Sobre a necessidade de decisão judicial para qualquer restrição de direitos fundamentais, ver VILARES, Fernanda Regina. *Processo Penal: reserva de jurisdição e CPIs*. São Paulo: Onix Jur, 2012, p. 114-117.

pública para obtenção de prova na persecução penal, o que demanda novo exame de adequação e necessidade.²¹²

Assim, percorremos todo o caminho da produção do conhecimento, saindo do informe, passando pelo inafastável caminho da escolha e chegando à disseminação, de modo que resta concluir nossa tarefa relacionando o produto da atividade de Inteligência Criminal com a Investigação Criminal, centro do nosso estudo. Devemos, outrossim, comparar as atividades, definindo as semelhanças e diferenças e, sobretudo, como o resultado da atividade de inteligência pode subsidiar a atividade investigativa.

2.3.3 INTELIGÊNCIA X INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Do que expusemos até este ponto ficou claro que a atividade de inteligência tem um viés subjetivo, porquanto abre espaço para a escolha do tomador de decisões quando há carência de informações. Isso pode ocorrer mesmo no âmbito da Segurança Pública que, por se relacionar com a investigação criminal, deve obedecer a alguns parâmetros legais mais rígidos, sobretudo no tocante à complexa questão do compartilhamento. De qualquer maneira, relacionando-se com a formulação de estratégias e políticas públicas, a Inteligência Criminal revela um caráter muito mais opinativo do que a investigação.²¹³

Embora não seja um posicionamento unânime, não parece que a investigação seja uma forma de inteligência. São conceitos próximos que utilizam etapas de observação e lógicas de raciocínio e aplicam a metodologia da produção do conhecimento,²¹⁴ mas possuidores de objetivos diferentes. Enquanto o ato de investigar relaciona-se à pesquisa e à busca de fontes de prova para aclarar uma situação específica que já ocorreu (ver item

²¹² A complexidade da questão aumenta quando acontece o oposto, isto é, quando dados sigilosos são obtidos para instruir processo criminal e, a partir deles, pretende-se desenvolver alguma atividade de inteligência. O tema será retomado no próximo tópico.

²¹³ MINGARDI, Guaracy. O trabalho da Inteligência..., p. 55.

²¹⁴ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal...*, p. 207.

2.1.2), a inteligência é a produção de conhecimento a partir de dados brutos para subsidiar a decisão de um administrador sem que, necessariamente, exista um caso em aberto, ou uma situação delitiva que necessite de esclarecimento (ver item 2.3.1).

Nesse sentido, podemos dizer que, enquanto a investigação possui objetivos mais imediatos e exige resultados mais rápidos, a inteligência não tem a mesma pretensão, atuando sem um desígnio específico a curto prazo, mas visando à produção de conhecimento sobre determinado tema que poderá ser utilizado a longo prazo na formulação de políticas do Estado.²¹⁵ Por isso, para alguns autores a investigação criminal é reativa e a inteligência é proativa e, para outros, a investigação criminal possui apenas a finalidade de instrumentalizar um processo penal, enquanto a inteligência tem mais flexibilidade no tocante a seu produto.²¹⁶

No entanto, podemos imaginar semelhanças e relações entre ambas. Em primeiro lugar, as atividades em foco têm em comum a característica de depender de processos mentais que extraíam significados de dados brutos e os transformem em informação e conhecimento. A tarefa não é fácil e, ao menos por enquanto, não pode ser atribuída a máquinas e depende muito da capacidade de interpretação do agente responsável pela análise dos dados. A habilidade humana em processar e transmitir informações será responsável por grande parte do sucesso da atividade de inteligência ou investigação, sobretudo no Brasil, onde os recursos são escassos e a criatividade do agente deve substituir a implantação de novos recursos tecnológicos. Além disso, o conhecimento produzido pela inteligência pode auxiliar a investigação na obtenção das provas, pois permite uma compreensão global do fenômeno criminológico, embora isso não seja necessário na fase inicial de toda e qualquer persecução penal.²¹⁷

²¹⁵ MINGARDI, Guaracy. Op. cit., p. 55.

²¹⁶ Cf. SANTOS, Célio Jacinto dos. *Investigação Criminal e Inteligência...*, p. 118 e LYMAN, Michael D. e POTTER, Gary W. *Organized Crime*. 5. ed. New Jersey: Prentice Hall, 2011, p. 385.

²¹⁷ Note-se que não se está a aludir, aqui, à possibilidade de compartilhamento de dados. Muitas vezes o relatório produzido pelo órgão de inteligência, no qual está consubstanciado o conhecimento produzido com base na análise de tais dados, já será de grande valia para direcionar o investigador. Nesse sentido, José Braz afirma: “Mas sendo a criminalidade (ou significativa parte dela) um fenômeno social complexo que actua de

É certo que em relação a qualquer tipo de crime devem ser efetuadas diligências com o objetivo de apurar a ocorrência do delito e, se for o caso, propor a denúncia para deflagrar a ação penal. No entanto, em alguns deles o esforço investigativo é muito menor do que nos demais. Existem casos que podem ser submetidos a procedimentos gerais, pois a busca e a descoberta das fontes de prova aptas a demonstrar os elementos do tipo dependem de meios de investigação relativamente simples. Outros, porém, merecem atenção especial, pois o encaixe dos dados fáticos aos modelos abstratos depende de operações mais complexas. Nesses últimos casos o auxílio da atividade de inteligência é essencial.²¹⁸

Os órgãos de inteligência atuam no cenário criminoso com o escopo de compreender todos os elementos factuais relativos aos alvos, não apenas os que podem ter utilidade no âmbito instrutório. Portanto, na medida em que surgirem vazios na fase inicial da persecução penal da criminalidade de alta complexidade, é interessante que se possa recorrer ao conhecimento gerado pela inteligência para que sejam preenchidos.²¹⁹ Markus Orgis refere-se ao fenômeno da trindade diabólica (criminalidade organizada, terrorismo e proliferação de armas de destruição massiva) e argumenta pela possibilidade de combatê-la por meio do estabelecimento de células de inteligência e do aprimoramento da comunicação entre os órgãos governamentais.²²⁰

forma continuada, através de uma teia de múltiplas conexões e interdependências que perduram no tempo e no espaço, a resolução do caso concreto exige o conhecimento global do fenômeno do qual emerge.” Ver *Investigação Criminal...*, p. 38. Essa ideia remete aos modelos tratados nos itens 2.1.2 e 2.1.4, pois sua elaboração depende de estudos como os aqui referidos. Na Espanha existe uma intensa discussão sobre o valor probatório dos relatórios de inteligência. Interessante o posicionamento do livro coordenado por Ángeles Guitiérrez Zarza (em que não se identifica o autor que escreveu tal ou qual parte), segundo o qual o relatório de inteligência deve servir como uma prova pericial que não vincula o juiz e não como uma prova documental. Ver *Nuevas tecnologías, protección de datos personales y proceso penal*. Madrid: La Ley, 2012, p. 333-334.

²¹⁸ BARBOSA, Adriano Mendes. A atividade de inteligência..., p. 12-13.

²¹⁹ Ibid., p. 20.

²²⁰ Explica o autor: “*Respuestas eficaces contra el crimen organizado en todos sus aspectos exigen acciones bien concebidas, coordinadas, estratégicas de largo plazo, y caracterizadas por colaboración y participación de muchas agencias. Para ellas, la obtención de inteligencia enfocada y a tiempo justo, análisis e intercambio entre las agencias relevantes y a través de las fronteras son de importancia primordial*”. ORGIS, Markus. Operaciones impulsadas y guiadas por inteligencia, la mejor opción para

Inobstante, é possível que estudos de inteligência criminal produzam conhecimento capaz de auxiliar na busca de fontes e na produção de provas mesmo no âmbito da criminalidade simples. Imaginemos uma hipótese em que a Secretaria de Segurança Pública faça um mapeamento dos roubos efetuados em determinada cidade. Referido estudo apresentará a forma e o horário, dentre outras características do cometimento de tais crimes. Assim, a existência de um registro de como os delitos geralmente acontecem pode auxiliar a autoridade investigadora a responder às questões formuladas em sua investigação concreta, isto é, poderá subsidiar a fase inicial da persecução penal fornecendo elementos que permitam identificar as fontes de prova com mais facilidade.

Observe-se que, embora as informações possam ser compartilhadas nos termos propostos no item anterior, o ideal é que as atividades sejam realizadas por agentes e órgãos diferentes, de modo a evitar a contaminação e a confusão de métodos e objetivos. Nesse sentido, Lyman e Potter afirmam que os trabalhos de inteligência são sigilosos e contêm informações sobre uma atividade em andamento, ao passo que os trabalhos da investigação são, em regra, públicos. Assim, os arquivos de inteligência devem ser apartados e protegidos, só sendo franqueado acesso a eles quando demonstrada a necessidade.²²¹

Sobre as diferenças de metodologia, observa-se que um agente de inteligência, por exemplo, tem por dever extrair todo e qualquer informe das suas fontes, mesmo daquelas que, aparentemente, não apresentam nenhuma utilidade.²²² Tal postura pode levar à construção de um conhecimento mais sólido. Todavia, se um agente de investigação atuar dessa forma, o resultado pode não ser o desejado, isto é, a análise de informações além

combatir las amenazas preeminentes. Ver FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio et. al. *Cuestiones de inteligencia en la sociedad contemporánea*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2012, p. 143-144 e 155.

²²¹ LYMAN, Michael D. e POTTER, Gary W. *Organized Crime...*, p. 385. Chama atenção a grande proximidade da ação controlada dos conceitos da atividade de inteligência, apesar de tratar de um instituto ínsito à investigação. Tal método apresenta-se como uma verdadeira ponte entre ambas, pois embora seja reativa e tenha como objetivo esclarecer fatos específicos, ocorre sob sigilo e também observa delitos em andamento.

²²² Interessante notar que a atividade analítica que impera na inteligência criminal revela que o ideal é que as pessoas responsáveis por tal tarefa tenham familiaridade com as ciências exatas e seus métodos cartesianos.

daquelas necessárias à solução do problema apresentado pode impedir que a averiguação seja concluída com a celeridade necessária.²²³

Já tratamos, no item 2.3.2, da possibilidade de compartilhamento dos dados sigilosos entre os órgãos de inteligência e até mesmo da possibilidade de disseminar o conhecimento produzido na área preventiva para auxiliar a repressiva, ressaltando que os dados sigilosos não podem ser transpostos para a investigação, devendo ser feito novo pedido de acesso a eles. Contudo, restou analisar outra questão que carece de regulamentação: a utilização do material obtido na investigação para estudos de inteligência. A reflexão sobre um caso prático facilita sua compreensão e conclusão.

Se, por exemplo, em um monitoramento telefônico para investigar o tráfico internacional de entorpecentes executado por uma organização criminosa forem obtidas diversas informações sobre como são efetuados o transporte e a entrega da droga, poderão os investigadores levar essas informações aos agentes de inteligência e aos responsáveis pela segurança pública para aprimorar a prevenção do crime? A resposta parece ser positiva. No caso, o Poder Judiciário, guardião dos direitos fundamentais, sopesou os valores envolvidos e, de acordo com a lei sobre o tema, autorizou o afastamento do direito à intimidade de um ou mais indivíduos para a sua persecução penal. Observe-se que, sopesando o direito de punir do Estado e a intimidade, aquele foi considerado mais relevante. Com vistas à prevenção do crime, no caso da utilização das informações gerais sobre como as quadrilhas agem, o valor envolvido é a segurança pública e a paz social, mais relevante do que o direito de punir. Nesse caso, portanto, parece legítimo o compartilhamento. No entanto, em se tratando de restrição a direitos fundamentais, o ideal é que o Poder Legislativo seja instado a elaborar uma norma que expresse essa permissão,

²²³ Nesse sentido, Guaracy Mingardi salienta: “Quanto mais separação houver entre a área operacional e a de inteligência melhor. Uma quer resultados imediatos, a outra pode esperar um tempo mais longo. Isso é facilmente notado na forma de utilizar as fontes. Um policial operacional só procura seu informante quando necessita de uma informação específica. Já um agente de inteligência tem de cultivar o relacionamento com o informante, procurando-o periodicamente e extraindo dele informes, que podem não ter utilidade imediata, mas analisados em conjunto com outros podem gerar conhecimento útil.” Ver *Inteligência policial e crime organizado...*, p. 49.

atendendo a um dos pressupostos da proporcionalidade, de maneira a evitar eventuais abusos por parte dos agentes públicos. E diante da grande atenção dedicada aos direitos fundamentais do imputado no bojo da investigação, é imperiosa a análise de seus reflexos na utilização da *ação controlada*, notadamente, da melhor solução proposta para o conflito travado entre o sigilo investigativo e o direito de defesa.

CAPÍTULO III – DOS REFLEXOS DA POSIÇÃO JURÍDICA DO IMPUTADO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: ENFOQUE NA AÇÃO CONTROLADA

O capítulo anterior foi dedicado ao estudo da investigação criminal com abordagem metodológica, tendo em vista o escopo de melhor compreender a *ação controlada*. Definindo-se o ambiente em que se desenvolve, bem como os passos que devem ser seguidos para a realização de um trabalho investigativo de excelência, pretendeu-se apresentar um arcabouço teórico para embasar as propostas de regulamentação e controle do objeto deste estudo.

Naquela oportunidade, foram mencionadas as funções da fase policial da persecução penal, dentre as quais se encontram a ‘busca do fato oculto’ e a de ‘filtro ao processo’, isto é, a capacidade de evitar acusações infundadas.²²⁴ Essas funções apresentam caráter complementar, uma vez que a procura e a coleta de elementos de prova não apenas servem para embasar a hipótese de acusação, como também podem levar à conclusão de impossibilidade de deflagração do processo por insuficiência do material probatório encontrado. Em comum, todavia, utilizam a pesquisa com vistas à reconstrução histórica da realidade, o que só poderá ser levado a cabo de forma legítima em um Estado de Direito se observados os limites decorrentes das garantias do imputado, fundamento ético do processo penal.²²⁵

Essencial, portanto, a análise referente às limitações existentes na investigação, que definem o grau de reconstrução histórica possível no âmbito da persecução penal e, por conseguinte, pautam os critérios de utilização e controle da *ação controlada*. No entanto, não será feita apenas uma análise genérica e teórica sobre a limitação de alcance da busca da verdade absoluta em decorrência da incidência dos direitos fundamentais dos

²²⁴ LOPES Jr., Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

²²⁵ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 43.

investigados, pois o objetivo do capítulo como um todo é direcionar a análise para o uso no âmbito da *ação controlada*, que tem especial relação com o conflito existente entre o sigilo investigativo e o direito de defesa.²²⁶

Além de apresentar algumas considerações sobre a nova perspectiva que deve ser dada à verdade no processo penal, serão explorados pontos especialmente relevantes ao objeto de nosso estudo. Assim, após apresentar a definição de imputado e tratar do momento em que os direitos e garantias fundamentais passam a ter observância obrigatória no âmbito da investigação, será abordada a questão da publicidade da investigação como regra, em contraposição à clandestinidade necessária às *técnicas especiais de investigação* utilizadas no âmbito de uma *ação controlada*, consistente com um método de investigação completamente sigiloso.

Nesse contexto, a duração da *ação controlada* torna-se ponto sensível, podendo determinar a constitucionalidade ou não da investigação. Isso porque ela implica uma investigação sigilosa impeditiva da ciência, por parte do imputado do fato criminoso a ele atribuído, na qual são perpetradas medidas invasivas de direitos fundamentais com o objetivo de obter elementos de prova. Por tal razão, o tempo será objeto de tópico específico neste capítulo. Contudo, como será observado, a duração da investigação não pode ser dissociada da quantidade de elementos informativos obtidos a partir dela, isto é, do grau do conhecimento alcançado acerca da realidade averiguada, ou grau do acerto fático.²²⁷

²²⁶ É importante destacar que a jurisprudência não enxerga a *ação controlada* como um instrumento de investigação violador de direitos e garantias fundamentais. Por tal razão, a Quinta Turma do STJ consolidou o entendimento, sob a vigência da Lei n. 9.034/95, de que sequer seria necessária decisão judicial para sua utilização. O entendimento foi inaugurado no HC n. 119.205/MS, e repetido no RHC N° 29.658/RS. Existe, ainda, posicionamento segundo o qual a decisão judicial seria exigida apenas para eximir o agente policial de responsabilidade pela não atuação em face do flagrante delito, de forma que sua inexistência não acarretaria nulidade da *ação controlada* por, supostamente, não violar direitos do investigado. Nesse sentido, sentença proferida nos autos do Proc. n° 0006484-10.2011.403.6181. Cf. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 700.

²²⁷ ‘Acerto’ é uma expressão inspirada na doutrina italiana e, neste ponto específico do estudo, trazida do livro de Francesca Maria Molinari sobre o segredo da investigação. Na obra, a autora não apenas relaciona o direito de defesa com o correto acerto fático, destacando sua importância, mas também aponta que o balanceamento com o segredo interno do processo terá duas facetas: a do tempo, ou duração da investigação,

Ao final, serão expostas reflexões sobre a compatibilização de todos os pontos, isto é, os direitos e garantias do imputado e o interesse da investigação sob o enfoque da aparente contraposição existente entre eficiência e garantismo, pretendendo-se propor um arcabouço teórico que, adiante, sustente as propostas de utilização ideal da *ação controlada*.

3.1 RELEITURA DA AMBICÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

A importância da definição da verdade neste trabalho está atrelada à função de limite à persecução penal como um todo e, consequentemente, à atividade investigativa, que está no centro das atenções, notadamente em virtude das restrições impostas a sua busca pelo reconhecimento dos direitos fundamentais aos imputados. Assim, as considerações que aqui serão feitas sobre o tema não têm a pretensão de esgotá-lo, mas tão somente de apresentar entendimento sobre a verdade que pode ser almejada e alcançada na persecução penal e o papel dos direitos fundamentais nesse contexto, o que será utilizado no item 3.2 como premissa de algumas conclusões acerca da utilização da *ação controlada*, notadamente no que tange à participação do imputado na tarefa de reconstrução histórica, isto é, à concretização do direito de defesa.

Para tanto, parece indispensável fazer uma breve digressão sobre as razões pelas quais a doutrina há muito superou a ideia de verdade absoluta ou ontológica, que ultrapassa as limitações ensejadas pela esfera de direitos dos indivíduos. Então, será apresentada a concepção de verossimilhança adotada neste trabalho, por ser a mais adequada à proteção dos direitos e garantias fundamentais dos investigados. O grande diferencial dessa abordagem é o destaque dado à importância da dialética para o alcance da *veritas*, ainda que na fase policial.

e a do grau de conhecimento obtido. Ver *Il segreto investigativo*. Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 246, 247 e 251.

Com efeito, essa construção teórica enfatiza a posição do imputado e seu direito de reação, decorrente do exercício da ampla defesa. No entanto, a intervenção defensiva é inviabilizada no bojo de uma *ação controlada*, pois depende do sigilo absoluto para ser bem sucedida. Por ora, cumpre iniciar a análise pela contraposição entre *aletheia* e *veritas*.

3.1.1 SUPERAÇÃO DA VERDADE ABSOLUTA

A superação do dogma da verdade real ou absoluta, preconizado pelos modelos puramente demonstrativos,²²⁸ e sua substituição pela ideia de verdade processual são afirmações correntes na doutrina,²²⁹ assim como a ideia de que a verdade não pode mais ser vista como objetivo do processo.²³⁰ Conquanto a verdade não seja a finalidade do processo, não se pode ignorar sua importância para a elaboração de decisões justas.²³¹

²²⁸ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11. Explica o autor que nesse modelo de instrução o objetivo da prova é reconstruir a verdade no processo e, só depois, resolver a questão de direito. Tem como ponto de partida, portanto, a autonomia do mundo fático e como ponto de chegada a obtenção da verdade absoluta.

²²⁹ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover afirma: “O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida”. Ver Iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, n. 347, jul-set de 1999, p. 7. Observe-se que a reflexão da autora baseia-se no entendimento de Jorge de Figueiredo Dias, repetido por diversos autores e que será aqui transcrito por sua relevância: “Por isso se diz que em processo penal está em causa, não a verdade formal, mas a verdade material, que há-de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através de seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo absoluta ou ontológica, há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida.” Ver *Direito Processual Penal*, V. I. Coimbra, Coimbra Ed. Ltda., 1974, p. 193-194. Ver, ainda, BADARÓ, Gustavo Henrique Rihi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 24 e FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 49.

²³⁰ Existem autores que ainda afirmam literalmente que a busca da verdade é a finalidade da investigação. Exemplo é Eliomar da Silva Pereira, por nós seguido em muitos pontos, mas não neste. Ver *Teoria da investigação criminal*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 93.

²³¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 48: “Se uma justiça penal integralmente com verdade constitui uma utopia, uma justiça penal completamente sem verdade equivale a um sistema de arbitrariedade.” Ver, também, BADARÓ, Gustavo Henrique Rihi Ivahyop. Op. cit., p. 26.

Existem respeitáveis opiniões contrárias,²³² sobretudo inspiradas nos sistemas de *common law*, cujo modelo adotado é o persuasivo.²³³ Contudo, nesse ponto, acompanhamos Salah Khaled, para quem, apesar de a verdade não ser o objetivo nem a justificativa do processo, possuiria uma vocação axiológica, quer dizer, estaria a serviço da justiça e serviria como limite ao poder punitivo.²³⁴

O autor esclarece que o conhecido conceito de verdade como correspondência preconizado pelos filósofos gregos, também conhecido como *aletheia*,²³⁵ revela uma

²³² Michele Taruffo divide os “inimigos” da verdade em duas categorias: aqueles que acham que a verdade não pode ser alcançada no processo e aqueles que acham que ela não deve ser buscada no processo, uma vez que o processo deve apenas resolver conflitos, independentemente de efetuar a reconstrução histórica. Ver Verità e Probabilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, v. 154, dez. 2007, p. 207 e 208. Aury Lopes Jr. enquadra-se na segunda categoria de Taruffo. Seguindo a linha defendida por Canelutti, mas radicalizando-a, o autor abandona por completo a ideia de verdade, seja ela absoluta ou processual. No entanto, enquanto o autor italiano segue defendendo a busca pela certeza, categoria igualmente excessiva segundo Aury Lopes Jr., este, partindo da premissa de que o processo tem por objetivo reconstituir um fato histórico, afirma que a verdade contém um excesso epistêmico que não cabe no processo. Defende que no sistema acusatório as partes visam à captura psíquica do juiz por meio de seu convencimento, de modo que a sentença assume uma veste de crença decorrente do exercício do contraditório e do respeito ao devido processo penal. Para ele, é a observância desses princípios que legitima a decisão judicial, e não o valor da verdade. Conclui o autor: “À luz de tudo isso, defendemos uma postura cética em relação à verdade no processo penal. Mais, negamos completamente a obtenção da verdade como função do processo ou adjetivo da sentença. Não se nega que acidentalmente a sentença pode corresponder ao que ocorreu (conceito de verdade como correspondente), mas não se pode atribuir ao processo esse papel ou missão.” e “Importa é considerar que a ‘verdade’ é contingencial, e não fundante.” Ver *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 571-575. Ver também COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas à Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Canelutti, para os operadores do direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, 2004, p. 87.

²³³ O modelo persuasivo contesta a possibilidade de apreensão do mundo fenomênico. Parte-se do pressuposto de que a prova dos fatos é uma questão argumentativa, de maneira que o ponto de chegada é uma reconstrução possível da realidade, valorizando-se a participação dialética das partes. Cf. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...*, p. 12. No sistema adversarial a verdade dos fatos não é buscada, pois para eles o processo é um instrumento para resolução de um conflito, estruturado como um livre jogo competitivo entre as partes. Cf. TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *Revista de Processo*, ano 35, n. 181, mar/2010, p. 171.

²³⁴ KHALED JR., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal (desconstrução hermenêutica do mito da verdade real)*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 24. Sobre a verdade como valor que legitima o processo penal, ver BADARÓ, Gustavo Henrique Rihy Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal...*, p. 26: “[...] não se podendo considerar como justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo que aspire a uma correta verificação dos fatos.” Observe-se que até Eliomar da Silva Pereira, que afirma a verdade como fim da investigação, reconhece sua função de limite. Ver *Teoria da investigação criminal...*, p. 120.

²³⁵ De acordo com Eduardo Cambi, a palavra que designa a verdade em grego, *aletheia*, significa tudo aquilo que está oculto nas coisas, de maneira que conhecer é identificar a verdade na realidade das coisas. Nessa concepção, “a verdade é obtida pela correspondência ou adequação do intelecto à coisa e da coisa ao intelecto, através da razão”, inserindo-se no paradigma do ser. Nesse mesmo contexto, dois modelos se

concepção de verdade dogmática vinculada à ideia de totalidade e excesso, conduzindo a um desequilíbrio que ele chama de *hybris*.²³⁶ Essa é a verdade adotada no sistema inquisitório, ou seja, serve aos propósitos daqueles que estão no poder.²³⁷

Sobre a relação entre o cognitivismo processual e o poder, é conhecida a contraposição feita por Ferrajoli entre *veritas* e *auctoritas*, proscrevendo o decisionismo puro e afirmando que o sistema penal tanto mais será legítimo quanto maior for o conhecimento acerca dos fatos, de forma que o ideal é afastar-se desse modelo de verdade dogmática. De outro lado, as limitações ao alcance da ‘verdade’, com suas diversas origens, não são olvidadas pelo autor.²³⁸

No século passado, muito se escreveu sobre a impossibilidade de atingir essa verdade real ou absoluta e apresentaremos aqui uma breve síntese das limitações apontadas por alguns autores. Em primeiro lugar, a perfeita reconstrução histórica deve ser ponderada com a necessidade de celeridade do resultado do processo, uma vez que o passar do tempo traz riscos de deterioração, inutilidade e prolongamento das angústias do conflito.²³⁹

chocam: o de Aristóteles, no qual o ser é a substância inerente à coisa, à sua realidade física; e o de Platão, no qual o ser é a ideia que se deve ter da coisa, o que leva à verdade transcendente, consistente na contemplação das coisas. Ver Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. *Revista de Processo*, n. 96, ano 24, out-dez/1999, p. 235. A noção de verdade grega é relevante na medida em que a teoria da correspondência tem grande repercussão. Cf. PITOMBO, Cleunice. *Processo penal: prova e verdade*. Tese (Doutorado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2003, p. 74. Por fim, Salah H. Khaled Jr., autor que traz uma nova abordagem da verdade no processo penal e que por nós será seguido em muitos pontos, afirma que a especulação filosófica remonta à Grécia Antiga, além de apontar que o valor da verdade surgiu como uma conquista dos cidadãos gregos contra o autoritarismo, para limitar o poder. Ver *Ambição de verdade no processo penal...*, p. 29 e 37.

²³⁶ De acordo com Luc Ferry, *hybris* é “[...] o descomedimento que nos afasta da reconciliação com o mundo”. Ver *A sabedoria dos mitos gregos: aprender a viver II*. Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro, Objetiva, 2009, p. 16.

²³⁷ KHALED JR., Salah H. Op. cit., p. 30.

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 49.

²³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 280-283. Essa problemática é especialmente relevante no estudo da *ação controlada*. Isso porque se por um lado a própria lei excepciona o dever de agir dos agentes públicos e autoriza a autoridade policial a manter-se inerte diante do cometimento de delitos com vistas a obter material probatório mais robusto, por outro lado, os direitos dos investigados e a segurança da sociedade clamam por uma atuação rápida.

Ademais, a própria necessidade de apresentar uma solução para o conflito em um determinado espaço de tempo é um fator que limita a cognição.²⁴⁰

Além da limitação do tempo disponível para tal tarefa, podemos extrair da Filosofia relevantes noções aplicáveis ao contexto da persecução penal. As limitações do indivíduo, também chamado intérprete, impossibilitam o alcance da reconstrução perfeita dos fatos.²⁴¹ Para ilustrar essa afirmação, é útil trazer à baila a figura utilizada pelo Professor Sérgio Pitombo sobre a imperfeição da reconstrução dos fatos que o homem é capaz de realizar, dada a limitação de sua inteligência humana. Assim, aduz que o entendimento está para a verdade assim como o polígono está para o círculo. Por mais faces que possua um polígono, ele nunca chegará a ser um círculo. Da mesma forma, por mais esforços que sejam empregados, o entendimento nunca compreenderá a realidade dos fatos, apenas se aproximará dela.²⁴²

Ferrajoli enumera, ainda, algumas outras limitações ao alcance da verdade ontológica. Para ele, a verdade, tanto no aspecto fático quanto no jurídico, não pode ser afirmada por observações diretas, como ocorre em uma investigação empírica. No que tange ao aspecto fático, aproxima-se do que já foi afirmado sobre a impossibilidade do intérprete proceder à completa reconstrução dos acontecimentos ao afirmar que, por não ter sido testemunha ocular dos fatos e estar limitado ao relatado nos autos, o juiz apenas constitui uma hipótese de probabilidade. Isso sem falar na possibilidade de o material probatório ser manipulado pelas partes, podendo levar a engano, como alerta Ferrer

²⁴⁰ A questão da incerteza no processo é mais delicada do que em outras ciências, porque nestas a investigação pode dar-se *ad eternum* sem que se tenha que chegar a uma conclusão definitiva. Já o juiz tem o dever de decidir, pois o processo precisa terminar. Não apenas pela falta de recursos e tempo, mas pela necessidade de conferir alguma segurança jurídica às partes. Renuncia-se à obtenção da verdade absoluta em troca de uma pacificação do conflito mais célere, contentando-se com a probabilidade. Cf. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verità nel diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 65; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 60; HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: José María Bosch, 1984, p. 186-187; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 290-291.

²⁴¹ KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 17, n. 80, set-out/2009, p. 132.

²⁴² PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. O juiz penal e a pesquisa da verdade material. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques e SILVA, Marco Antonio Marques da. (org). *Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 74.

Beltrán.²⁴³ Já quanto ao aspecto jurídico, existem dificuldades para efetuar a subsunção do fato à norma, pois, não obstante a imperfeição da descrição dos fatos, os conceitos classificatórios contidos nas normas costumam admitir diversas interpretações, resultando numa verdade jurídica opinativa.²⁴⁴

A subjetividade do juiz, o fato de tratar-se de um ser humano dotado de sentimentos, moldado pelo ambiente em que vive e com valores próprios, também interfere na aproximação da verdade, pois esses fatores não são afastados quando toma decisões.²⁴⁵ Não se trata, apenas, da incapacidade de qualquer pessoa promover a completa reconstrução dos fatos, mas da diferente interpretação dada por cada indivíduo aos dados fáticos que são apreendidos. Alia-se à subjetividade judicial a subjetividade de alguns meios de provas, como o depoimento testemunhal ou a perícia, pois o laudo também é formulado por um ser humano.²⁴⁶ Ademais, a própria transcrição dos depoimentos das testemunhas e das declarações dos peritos, efetuada pelos auxiliares da Justiça, acaba por descaracterizar esses depoimentos, afastando-os ainda mais da ‘verdade (fática) absoluta’.²⁴⁷

Por derradeiro, existe um fator que impede o alcance da verdade ontológica que se aplica apenas ao âmbito jurídico: sua natureza é normativa, uma vez que o método de investigação deve observar algumas regras com os mais diversos fins para ser considerada válida. Algumas visam a evitar práticas arbitrárias, outras a impedir a prevaricação das

²⁴³ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verità nel diritto...*, p. 66.

²⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 61.

²⁴⁵ Esse não é um fator necessariamente negativo. O viés humano das decisões judiciais e das decisões de maneira geral é relevante. Não fosse assim, as máquinas seriam capazes de produzir conhecimento, o que não se observa.

²⁴⁶ Cumpre, aqui, observar que muitas vezes duas testemunhas oculares do mesmo fato relatam-nos de forma diversa. Disso não decorre necessariamente que uma delas esteja mentindo conscientemente. Cada uma teve uma percepção diferente do fato. Aqui reside a diferença entre verdade e certeza. Enquanto aquela expressa a conformidade do pensamento com a realidade, esta consiste na crença na percepção da conformidade. Dessa forma, podemos afirmar que a certeza relaciona-se com o estado subjetivo do espírito e, muitas vezes, pode destoar da verdade objetiva. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Da verdade dada à verdade buscada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n.º 101, abril 2001, p. 13.

²⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 61. Ferrer Beltrán menciona a existência de três tipos de regras sobre provas que limitam as atividades investigativas e instrutórias: regras sobre a atividade probatória, sobre meios de prova e sobre o resultado probatório. Op. cit., p. 69.

partes ou ainda a determinar a conduta a ser adotada em casos de dúvida, como o brocado *in dubio pro reo*.²⁴⁸ A importância dessas regras advém tanto da necessidade de se barrar previamente condutas ilegais, quanto da necessidade de o juiz decidir mesmo no caso de incerteza.²⁴⁹

Nessa mesma linha de pensamento, Taruffo afirma que o processo não é sede de pesquisa científica na qual a verdade possa ser indefinidamente buscada. Possui limitações das mais diversas naturezas, como normas que excluem a possibilidade de se valer de determinados tipos de prova; normas que prescrevem procedimentos particulares de obtenção de prova; normas que vinculam a valoração da prova; e normas que impõem o fim do processo e estabelecem a coisa julgada e sua imutabilidade. Dessa forma, no âmbito da persecução penal, não se poderia falar em uma verdade metafísica ou ontológica.²⁵⁰ Na mesma direção, Hassemer assevera que a meta do processo penal é a obtenção formalizada da verdade – a verdade forense –, pois os direitos individuais embaraçam sua completa averiguação.²⁵¹

Em face a todas essas limitações, a ideia de verdade processual ganhou adeptos e passou a ser reproduzida nas mais diversas obras de processo penal, sobretudo naquelas relativas à instrução criminal, revelando-se a preocupação de chegar o mais perto possível da verdade sem olvidar o justo processo. Para tanto, pode-se usar, como sugere Ferrajoli, a

²⁴⁸ O *in dubio pro reo* é aspecto da presunção de inocência, ou seja, integra seu âmbito de proteção como direito fundamental e pode ser entendido como ‘norma de tratamento’, ‘norma probatória’ ou ‘norma de juízo’. Maurício Zanoide de Moraes explica que, diante da proibição no *non liquet*, o juiz precisa decidir mesmo em caso de dúvida (ao contrário do que ocorre em investigações científicas, devendo atuar em consonância com a presunção de inocência como ‘norma de juízo’, isto é, decidindo da melhor maneira ao imputado. Ver *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 368 e 403-406.

²⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 62-63. Cf. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal...*, p. 186-187; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 290-291.

²⁵⁰ TARUFFO, Michele. *Verità e Probabilità...*, p. 209-210. Apesar disso, o autor nega a existência de “duas verdades” e é contra a utilização das expressões verdade formal ou relativa, porquanto a verdade processual é uma só: “*In sostanza, la verità che si acerta nel processo non è ‘formale’ per il solo fatto che viene accertata all’interno del processo; piuttosto, si tratta di una verità che è più o meno approssimata alla verità ‘reale’ a seconda di come è strutturato il processo nel quale essa viene stabilita.*” No mesmo sentido, ver FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verità nel diritto...*, p. 73-74.

²⁵¹ HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 190. Magalhães Gomes Filho afirma que o respeito aos direitos fundamentais constitui limite probatório com fundamento processual. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 93.

noção de aproximação sugerida por Popper.²⁵² Entretanto, Salah Khaled, dando um passo além, alerta para o fato de que o deslocamento da verdade real para a processual não resolve o problema de distorção do modelo acusatório, pois não é eficaz enquanto limite ao poder, já que preconiza um modelo ideal de juiz imparcial e ignora a posição interpretativa do julgador, como explicaremos melhor no próximo item.²⁵³ Propõe, assim, uma terceira alternativa decorrente de outra concepção de verdade: *veritas*, cuja análise merece item específico.

3.1.2 VERITAS E VEROSSIMILHANÇA: APROXIMAÇÃO E DIALÉTICA

O termo *veritas* tem origem latina e está atrelado à precisão de um relato em termos de fidelidade ao que aconteceu. Trata-se, portanto, de uma narrativa sobre eventos ocorridos no passado que se afasta da verdade dogmática e assume um caráter de verdade problemática vinculada à *phronesis*²⁵⁴ (prudência). Suas características estão em consonância com a separação das funções de acusar e julgar e dão espaço para a concretização de garantias ao investigado. Assim, possui aptidão para limitar o poder mais porque ocorre de forma dialógica e menos por reconhecer a limitação para alcance da verdade absoluta.²⁵⁵

²⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 53. No mesmo sentido, cf. PITOMBO, Cleunice. *Processo Penal...*, p. 116. Karl Popper é adepto da teoria semântica da verdade.

²⁵³ Explica o autor: “[...] apesar de representar um avanço – ainda que tímido – a ideia de verdade formal também se reveste de uma inocência epistemológica e ontológica considerável, pois permanece subestimando a dupla complexidade do acesso a verdades e mais especificamente, verdades em relação a eventos ocorridos no passado. Ou seja, ignora-se a característica mais marcante do passado: sua passividade. Sendo assim a diferença entre verdade formal e verdade real não é suficientemente significativa para promover uma percepção aguçada do núcleo do saber do processo e, com isso, estabelecê-lo como um freio ao exercício do poder.” KHALED JR., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal...*, p. 32-33. Sobre a postura interpretativa do juiz, cf. *Ibid.*, p. 90.

²⁵⁴ “Sabedoria prática, ou conhecimento das rectas finalidades da vida, que Aristóteles distingue do conhecimento teórico e do simples raciocínio instrumental, ou perícia, sendo em si mesma uma condição necessária e suficiente da virtude.” BLACKBURN, Simon. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Desiderio Murcho (coord.) et. al. Lisboa: Gradiva, 1997, p. 334.

²⁵⁵ KHALED JR., Salah H. *Op. cit.*, p. 33.

O autor traduz a palavra *veritas* como verossimilhança e defende ser esta o ponto de chegada possível em um processo penal, haja vista a impossibilidade de se atingir a ‘verdade real’. Mas não se trata da verossimilhança entendida como mera aparência da verdade, apontada como primeira possível substituta da verdade ontológica como objetivo do processo. Essa ‘antiga’ concepção de verossimilhança tem a desvantagem de utilizar como parâmetro o conceito de verdade como correspondência entre o enunciado e o objeto, de maneira que só se saberá se a representação é aproximada da realidade mediante seu conhecimento, que, por tudo o que já foi exposto, sabe-se ser muito difícil.²⁵⁶ A verossimilhança defendida pelo autor tem como parâmetro a verdade dialética (que ele chama de problemática), considerando indispensável a participação das partes na sua construção sem, contudo, deixar de lado a importância da reconstituição histórica. Neste ponto, é importante fazer uma breve digressão sobre as recentes discussões acerca do conceito de verdade.

Muito se tem falado sobre a conceituação de verdade não como correspondência entre um enunciado e o objeto, mas entre assertivas.²⁵⁷ Ubertis afirma que o investigador criminal não lida com os fatos, mas com enunciados fáticos. Esse é o diferencial da atividade de qualquer investigador de ciências humanas, que não pode observar as experiências em tempo real, devendo se contentar com relatos históricos. Conquanto entenda que a busca da verdade é imprescindível ao processo, defende não ser possível encontrar a verdade dos fatos, mas tão somente averiguar a veracidade de uma proposição

²⁵⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal...*, p. 46-47. Observe-se que, segundo Ovídio A. Baptista da Silva, “A verossimilhança domina literalmente a ação judicial.” Essa concepção abre espaço para a arbitrariedade, exigindo-se que o juiz fundamente suas decisões para evitá-la. Ver Verdade e significado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 5, mar/abr 2005, p. 88.

²⁵⁷ Essa diferente abordagem da verdade tem relação com as linhas filosóficas da verdade semântica e hermenêutica, das quais são expoentes Alfred Tarski, Karl Popper e Hans-Georg Gadamer. Segundo ela, a definição adequada da verdade deve ser dada em uma metalinguagem. Na realidade, essa teoria nada mais faz do que definir as condições em que o predicado metalinguístico verdadeiro pode ser usado, mas não conceitua a verdade em si. Cf. MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Trad. Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 706-707. Eliomar da Silva Pereira deixa claro que a ideia de verossimilhança germinou no pensamento de Popper, que apresentou sua concepção de verdade a partir dessa ideia, sugerindo como escolher a melhor entre duas teorias, mas deixando de apresentar qualquer conceito. O autor apresenta a verdade apenas como um alvo impossível de atingir, afirmando ser factível apenas sua aproximação. Mas sua grande contribuição foi a proposta falseacionista de Popper, que tem aplicação no processo penal. Ver *Teoria da investigação criminal...*, p. 106 e 119.

que afirma a existência de um fato. Isso porque, com relação às entidades não linguísticas – como os fatos –, só se pode afirmar sua existência ou inexistência, e não sua veracidade ou falsidade.²⁵⁸

Observe-se que a ideia de correspondência não é absolutamente rechaçada. Como afirmado acima, por meio de uma sofisticação do raciocínio e de uma maior precisão na utilização dos termos, a ideia de correspondência continua sendo utilizada, mas, em vez de ter o objeto como um dos parâmetros, ela ocorre apenas entre os enunciados que afirmam a existência ou inexistência dos fatos. Entendemos correta essa concepção, pois, se valorizarmos apenas a argumentação e a retórica, deixando de lado qualquer vínculo com a realidade, cairemos no risco de criar um sistema decisionista, baseado apenas no poder.²⁵⁹ O valor da verdade não pode ser abandonado de forma radical, pois dele depende a justiça da decisão.²⁶⁰

Com efeito, o abandono parcial da teoria da adequação ou correspondência e a adoção das teorias semântica ou hermenêutica implicam diretamente na alteração da concepção de prova. Antes, a prova era vista como mera demonstração da relação existente entre enunciado e realidade e, agora, possui uma concepção dialética, isto é, depende de

²⁵⁸ No original: “*Le espressioni <prova di um fato> e <prova della verità di um fato> possono dunque reputarsi corrette esclusivamente se intese come formule abbreviate di <prova della verità dell’affermazione di esistenza di um fato>*”. UBERTIS, Giulio. *La ricerca della verità giudiziale*. In: UBERTIS, Giulio (org.). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 10.

²⁵⁹ Sobre o risco da excessiva valorização da argumentação, Khaled Jr. preleciona: “Se por um lado, a subestimação do problema que envolve a verdade resultou em legitimação para o autoritarismo, o seu abandono em prol de estratégias de convencimento baseadas na dimensão argumentativa leva ao perigo de tornar a dimensão de saber uma dimensão de oratória, retrocedendo ao antigo modelo feudal germânico, configurando puro decisionismo. E o pior de tudo: devidamente ‘seduzido’ o juiz pode, ele próprio, partir em busca da confirmação da hipótese recepcionada, desfigurando por completo o sistema acusatório e o tornando inquisitório, afirmando o substancialismo.” Ver *Ambição de verdade no processo penal...*, p. 267/268. No mesmo sentido, Gustavo Badaró conclui: “Mesmo que se aceite a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca da verdade. Tal renúncia significaria abdicar de uma decisão justa, reduzindo o processo a um mero método de resolução de conflitos de partes, no qual o fim de pacificação social pode ser atingido independentemente do modo de atuação e da exigência de uma reconstrução verdadeira dos fatos.” Ver *Ônus da Prova no Processo Penal...*, p. 24/25.

²⁶⁰ “[...] *la verità dela decisione sui fatti costituisce una condizione necessaria dela giustizia dela decisione stessa*.” TARUFFO, Michele. *Verità e Probabilità...*, p. 211:

uma reconstrução através da argumentação perpetrada pelas partes, que apresentam enunciados sobre os fatos.²⁶¹

Nesse sentido, ontologicamente, o que buscamos na persecução penal²⁶² não é a verdade propriamente dita, mas a averiguação da existência ou não dos fatos, isto é, a reconstrução histórica. Ocorre que esta será operacionalizada por meio da utilização de enunciados e proposições,²⁶³ que terão a veracidade submetida ao teste do confronto²⁶⁴ por conta da utilização do contraditório no bojo do processo. O resultado final dessa empreitada será o mais próximo possível da verdade, ou seja, será alcançada a verossimilhança na concepção preconizada por Salah Khaled.

A construção teórica que o autor utiliza recorre ao conceito de rastros para enfatizar essa ideia. Para ele, longe de ser um acesso direto aos fatos, a prova é formada a partir de um rastro ou vestígio, que constitui evidência de algo já ocorrido. É, assim, operador efetivo do tempo histórico. Para atingir a condição de prova precisa ser rigorosamente submetido a procedimentos de aferição e correção, isto é, a um processo interpretativo que dele extraia significado.²⁶⁵

Avançando um pouco com base nesse raciocínio, e retomando alguns preceitos estabelecidos nos itens iniciais sobre investigação (Capítulo II, item 2.1 e subitens), podemos afirmar que o rastro é encontrado na atividade investigatória e subsidia a criação de hipóteses na fase inicial da persecução penal. Seria o que chamamos de dados nos item

²⁶¹ UBERTIS, Giulio. *La ricerca della verità giudiziale...*, p. 12-16.

²⁶² É comum a expressão “busca da verdade no processo penal”. Todavia, ela só será adequada se dermos ao processo penal um sentido lato, referindo-se à persecução penal, não o restringindo ao interregno entre o recebimento da denúncia e o trânsito em julgado da decisão.

²⁶³ Neste trabalho utilizamos os termos ‘enunciado’ e ‘proposição’ indistintamente, mas há autores que os diferenciam, utilizando ‘proposição’ como atitude mental e ‘enunciado’ para se referir à linguagem. Cf. PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal...*, p. 99.

²⁶⁴ Popper utiliza os termos ‘falsear’ ou ‘falseamento’ para se referir ao método que submete uma hipótese às tentativas de refutação para que seja aceita como corroborada. Cf. BLACKBURN, Simon. *Dicionário de Filosofia...*, p. 339. Dada a inadequação do termo para um tópico que trata da verdade no processo penal, preferimos usar a expressão ‘teste do confronto’ para transmitir essa ideia.

²⁶⁵ O autor divide a análise dos rastros nos planos ontológico e epistemológico. No primeiro, são vestígios, enquanto que no segundo exercem a função de conectores com o passado.

2.3.2. Por meio da descoberta dos rastros, descobrem-se, também, quais fontes podem ser utilizadas na instrução para extrair elementos de prova.

Finda a fase inicial da persecução penal, os rastros, já inseridos como fundamento da proposição apresentada como denúncia, serão submetidos a um exame de veracidade por meio do contraditório e serão elevados à condição de provas, possibilitando o alcance da verossimilhança.²⁶⁶

No mesmo sentido dos pensamentos de Ubertis e Taruffo, Salah Khaled afirma que a verdade não pode ser abandonada, pois exerce importante função de limite, estando a serviço da Justiça desde que seu sentido seja problemático e não dogmático.²⁶⁷ A verdade problemática ou dialética relaciona-se diretamente com o contraditório dialógico do modelo acusatório, permitindo reforçar os mecanismos de comprovação e controle e impondo rigor à investigação. Nesse cenário, o *iter* persecutório culminará em uma sentença, narrativa derivada do contraditório, sendo válido afirmar que produz uma reconstrução histórica, esta que, por sua vez, possui enunciados acerca da existência de fatos com base em rastros e apresenta uma versão verossímil do ocorrido, que tanto melhor será quanto maior a efetividade do contraditório.²⁶⁸

Com isso, quer-se dizer que a atividade investigativa não deve ter como escopo a reprodução perfeita da realidade do passado, mas deve apresentar proposições elaboradas com base nos rastros (ou dados) encontrados e que serão refutadas no processo pela parte contrária até que se chegue à versão mais verossímil possível. Esta tese defende não ser necessário esperar o momento processual para esse procedimento de refutação e verificação, sendo mais eficiente permitir que os elementos da defesa sejam inseridos já na

²⁶⁶ Nas palavras do autor: “A eventual elevação do rastro para a condição de prova é o que permite o sustentáculo necessário para a formação de um juízo de verossimilhança significativa, que permita a tomada de decisão.” KHALED JR., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal...*, p. 253. No mesmo sentido, Eliomar da Silva Pereira afirma: “[...] a conclusão inicial contida na investigação criminal deve se mostrar como uma hipótese que, somente em sendo devidamente justificada e permanecendo aceitável até o final do processo judicial, poderá alcançar a condição de uma tese capaz de servir de base a uma condenação final.” Ver *Teoria da investigação criminal...*, p. 142.

²⁶⁷ Ibid., p. 267. A verdade problemática tem relação direta com a concepção dialética da prova, exposta acima.

²⁶⁸ Ibid., p. 249-261.

fase policial, de modo a possibilitar que a função de filtro da investigação seja exercida de forma plena. Exemplo disso é a intimação da parte contrária introduzida pelo §3º do artigo 282 do Código de Processo Penal para a decretação de medidas cautelares pessoais.

Note-se, ainda, que o limite imposto à persecução penal influencia diretamente a forma pela qual as atividades investigativa e instrutória se desenvolverão, pois, como dito acima, a *veritas* é vinculada à *phronesis* (prudência)²⁶⁹ e suas características permitem a concretização de garantias ao investigado. Assim, é consequência lógica que, no decorrer desse procedimento, operem as normas relativas a direitos fundamentais que preservam a esfera do indivíduo e restringem a utilização de alguns meios de prova e de obtenção de prova já na fase inicial da persecução penal, por exemplo, a interceptação telefônica, que depende da observância de diversos requisitos para sua decretação.

Destaque-se, ainda, que a ‘ambição da verdade’ praticada na fase inicial da persecução penal deve ser limitada ao acerto fático (chamada de ‘verdade fática’ por Ferrajoli) e ao seu ‘juízo de valoração’ (denominada ‘verdade jurídica’ pelo autor italiano), isto é, a conclusão de que são ilícitos após a subsunção do fato à norma. Não é o momento de fazer qualquer averiguação acerca da culpabilidade, atribuição exclusiva do juiz. Devem ser buscados todos os componentes da tipicidade e ilicitude.²⁷⁰

Ante todo o exposto, percebemos que a concepção de ambição da verdade ou verossimilhança (*veritas*) apresentada por Salah Khaled não deixa de ser uma verdade aproximativa nos termos do que foi apresentado no item anterior. Todavia, o autor teve o grande mérito de dar um passo à frente, destacando o caráter problemático e dialético da reconstrução fática possível no processo, além de indicá-la como um limite ao próprio exercício do poder, tanto pela necessidade de concretização das garantias do imputado,

²⁶⁹ Sobre prudência, argumenta Khaled Jr.: “Neste sentido, a prudência se caracteriza pela busca do justo meio. O justo meio é uma posição prudente, pois evita a preocupação obsessiva com a prova (e a patologia que daí incorre, o substancialismo) e o seu descrédito absoluto (valoração desmesurada da dimensão argumentativa, o decisionismo). Neste sentido, a prudência é um meio apto à realização de um modelo baseado em uma verdade problemática e verossímil, onde o juiz pode exercer função de antídoto contra os excessos do poder punitivo. Ou seja, um meio apto à função do juiz no sistema acusatório.” Ver *Ambição de verdade no processo penal...*, p. 273.

²⁷⁰ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal...*, p. 132.

quanto pela necessidade de considerar todas as versões apresentadas, sem ignorar a interpretação praticada pelo juiz.

Neste ponto do trabalho, destaca-se a função limitadora da verossimilhança nesses novos moldes na medida em que possibilita a concretização das garantias do investigado desde a fase inicial da persecução penal. Embora o contraditório não seja exercido de forma plena nesse momento da persecução, ele é possível em alguns casos excepcionais e o direito de defesa é imperativo nos termos do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.²⁷¹

A impossibilidade de efetivar o direito de defesa do imputado existe apenas no que tange às investigações sigilosas, que constituem o objeto deste trabalho. Sendo assim, passa a ser essencial restringir ao máximo a fase de investigação acobertada pelo sigilo para que, tão logo seja possível, o investigado possa apresentar sua reação defensiva e contribuir para o adequado acerto fático por meio do auxílio ao procedimento de confronto das proposições.²⁷²

De qualquer maneira, é certo que a autoridade policial deve elaborar um relatório no qual pode sugerir um enquadramento jurídico dos fatos, mas sem o caráter definitivo da sentença. Sendo assim, os maiores efeitos da adoção dessa verdade problemática serão

²⁷¹ Marta Saad destaca a importância da defesa no inquérito policial não apenas pelo interesse do investigado, mas também pelo interesse da sociedade em evitar acusações infundadas e aumentar a eficiência do Poder Judiciário. Ver *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 204. Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes afirma não haver contraditório pleno nesse momento. Esclarece, ainda, que “[...] a tendência na Europa é garantir maior participação da defesa e do imputado na investigação. A maior dificuldade está em delimitar o âmbito dessa participação. Não há dúvida de que se deve assegurar ao indiciado a oportunidade de influir nos atos de persecução e, ainda, de se manifestar e produzir prova não complexa antes de ser admitida a acusação.” Ver *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 119.

²⁷² Destaque-se que a interferência das partes na fase inicial da persecução penal pode auxiliar muito a eficiência da investigação, antecipando o teste do confronto e produzindo uma proposição mais depurada. Nesse sentido, há países que já estão inserindo em seu ordenamento preceitos autorizando e regulamentando a investigação defensiva, como a Itália. Cf. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação Criminal Defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 142-148. Também no Projeto para novo Código de Processo Penal no Brasil há dispositivos introduzindo a modalidade em nosso ordenamento (art. 14 do PLS 156/09).

sentidos no bojo do processo penal, pois além de ser o palco de efetivação do contraditório, permitirá o reconhecimento da postura interpretativa do juiz.

Contudo, ao se falar em postura interpretativa do juiz, não estamos nos referindo apenas ao momento em que ele profere a sentença. A primeira decisão no processo, qual seja, aquela que recebe ou rejeita a denúncia, também envolverá a valoração dos elementos apresentados pelo acusador, ainda que, num sentido estrito, não se possa falar em prova nesse momento, pois não houve produção perante o juiz natural em contraditório.²⁷³

Diante dessa nova concepção da verdade, com especial enfoque à dialética e, conseqüentemente, ao papel do imputado no processo, cumpre examinar o momento da persecução penal em que a imputação emerge. Nesse momento, surge, também, a imperiosidade de respeito aos direitos e garantias fundamentais do (até então) suspeito e, a partir de então, será admitida a intervenção do imputado. Será importante, ainda, definir a quantidade de indícios necessária aos diversos graus de imputação, pois, em última instância, o mínimo probatório exigido para uma imputação adequada à deflagração da ação penal será o parâmetro epistemológico para determinar o fim da *ação controlada*.

²⁷³ Ressalte-se que, em um modelo ideal de processo penal, o contraditório deve ser exercido antes da decisão de recebimento da denúncia, numa fase intermediária, de maneira que sejam realmente filtradas as acusações infundadas, como está previsto no ordenamento espanhol e português. Cf. LOPES Jr., Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal...*, p. 353 e 390. Além disso, o próprio acusador público, ao analisar o material do inquérito policial, pode adotar uma postura crítica e problematizar o material que lhe foi entregue antes de elaborar e oferecer a denúncia. Nesse contexto, propomos uma quebra do paradigma e trataremos do tema da valoração judicial e dos *standards* probatórios em meio a temas relativos à investigação (item 4.1.3.1). Isso porque os elementos que serão apreciados pelo magistrado no momento da análise da denúncia são todos obtidos na fase inicial da persecução penal. Ainda, existe uma forte tendência de antecipação da coleta do material probatório para a fase inicial da persecução penal, sobretudo no que tange ao crime organizado, servindo a fase processual unicamente para corroborar esse material e submetê-lo ao contraditório, de maneira que é de grande importância prestar-se atenção nesse momento e reconhecer a verdadeira natureza dos atos nele praticados. Tal conclusão é facilmente extraída da leitura do texto da Lei n. 12.850/13 que prevê meios de obtenção de prova relativos ao crime organizado. Embora o caput do artigo 3º possibilite sua utilização “em qualquer fase da persecução”, é sabido que eles são utilizados quase que exclusivamente na fase inicial da persecução penal.

3.2 DA POSIÇÃO JURÍDICA DO IMPUTADO

Sob uma perspectiva inquisitória o suspeito ou investigado era considerado mero objeto da investigação. No entanto, essa é uma visão ultrapassada, sendo certo que, hoje, o envolvido na fase inicial da persecução penal deve ser considerado sujeito de direitos, não importando o estágio do procedimento a que esteja submetido.²⁷⁴ Nesse sentido, vejamos a observação de Marta Saad: “O tratamento que se confere ao acusado, desde quando convergem sobre ele indícios de sua participação no delito cuja prática se está a apurar, revela o grau de respeito efetivo que se tem aos direitos e garantias individuais assegurados constitucionalmente”.²⁷⁵

Assim, uma abordagem adequada do tema proposto neste capítulo exige a definição do momento em que os direitos e garantias fundamentais de uma pessoa específica passam a produzir seus reflexos no âmbito de uma investigação, isto é, a definição do instante a partir do qual se poderá dizer que existem elementos suficientes para tornar um indivíduo alvo da investigação ou, em outras palavras, quando haverá um imputado.

A importância disso reside na necessidade de limitar a investigação sigilosa, na medida em que o investigado tem o direito de ser informado sobre os fatos que lhe são atribuídos e, por conseguinte, reagir, isto é, defender-se. Assim, a tarefa de conceituar o imputado é de extrema relevância na empreitada de traçar os limites da *ação controlada*.

3.2.1 CONCEITO E CONSEQUÊNCIAS

Imputado é o sujeito ao qual se atribui a responsabilidade pelo cometimento de um ato ilícito. Transpondo essa noção para o âmbito criminal, pode-se dizer que imputado é

²⁷⁴ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial...*, p. 205-206.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 207.

aquele a quem se irroga a prática de determinada infração penal, quer dizer, atribui-se a ele um fato concreto que se enquadra em um tipo penal.²⁷⁶ Essa prática, ou seja, o objeto da imputação, será o objeto da persecução penal.²⁷⁷

Antonio Scarance Fernandes propõe a adoção do conceito de imputado ‘em sentido amplo’. Para o autor, poder-se-á entender que existe um imputado sempre que houver qualquer ato ligando a pessoa a um crime. Em suas palavras, “[...] basta qualquer ato dirigido à autoridade regularmente investida da persecução penal e que aponte determinada pessoa como autora de infração penal para ser esta considerada imputada”.²⁷⁸ A partir desse momento, no qual a posição jurídica desloca-se de mero suspeito para imputado em sentido amplo, surgem direitos e deveres, sobretudo aqueles relacionados à reação defensiva na fase de investigação.²⁷⁹ Tal conceito é adotado no Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, seguido pelo Código do Uruguai, da Colômbia e de Buenos Aires. Todavia, alerta o autor para o fato de que essa não é a orientação geralmente adotada, porquanto a preocupação dos sistemas estrangeiros é delimitar bem a diferença entre suspeito e imputado. Observa, assim, que os sistemas italiano e espanhol adotam conceitos mais restritivos. Na mesma toada, Portugal enumera as hipóteses autorizadoras de imputação e na França só há imputado quando o órgão da persecução penal o declarar expressamente.²⁸⁰ No entanto, os estudos de direito comparado apontaram que, embora alguns sistemas europeus adotem conceitos restritos de imputado, é comum constatar a

²⁷⁶ Cf. SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Reação defensiva à imputação...*, p. 100 e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 74.

²⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. 73.

²⁷⁸ SCARANCE FERNANDES, Antonio. Op. cit., p. 107.

²⁷⁹ Antonio Scarance Fernandes destrincha tais direitos e deveres: “Pode-se, de forma genérica, afirmar que tais direitos derivam das garantias constitucionais e, essencialmente, das garantias do devido processo legal; os deveres, da sujeição do imputado às necessidades da investigação e do processo. [...] Interessam os direitos essenciais para a reação defensiva do imputado à imputação na fase de investigação, ou pré-processual, que são os seguintes: o direito de ter ciência da imputação; o direito de ser ouvido sobre a imputação; o direito de, após a imputação, ter conhecimento do proceder investigatório; o direito de trazer, por si ou por defensor, dados que possam influir no andamento da investigação, no oferecimento da denúncia e na análise da viabilidade de futura acusação.” Op. cit., p. 112-113.

²⁸⁰ Ibid., p. 106-109.

extensão de direitos e garantias para as figuras dos suspeitos ou investigados.²⁸¹ Vejamos alguns deles.

No que tange ao sistema italiano, Scarance Fernandes preleciona que, conquanto o Código diferencie investigado e imputado, tal distinção tem pouca relevância, uma vez que o artigo 61, 1 do Código de Processo Penal Italiano estende ao investigado os direitos conferidos ao imputado.²⁸² Embora não se possa contestar tal afirmação, é importante destacar que, no direito italiano, ‘imputado’ é apenas aquele em face do qual o Ministério Público promove a ação penal (ainda que de diversas formas, como previsto no artigo 60, 1 do Código de Processo Penal²⁸³), não se podendo estender sua existência para a fase do inquérito. Assim, quando uma pessoa é submetida a uma investigação ou se existem elementos de prova contra ela, fala-se em *indagato* ou *indiziato*, pelo que se pode concluir pela adoção de um conceito restrito.²⁸⁴

Em Portugal, o sujeito processual é denominado ‘arguido’ e a ele é conferido um estatuto jurídico, sendo suas garantias de defesa previstas no artigo 32 da Constituição da República.²⁸⁵ A figura é bastante similar ao indiciamento no Brasil, sobretudo após a reforma levada a cabo pela Lei n.º 48/2007.²⁸⁶ Apenas a partir dessa lei passou a ser

²⁸¹ SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Reação defensiva à imputação...*, p. 119.

²⁸² Ibid., p. 111. O texto do referido dispositivo legal preceitua: Art. 61. *Estensione dei diritti e delle garanzie dell'imputato. 1. I diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari.* Disponível em: <http://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/imputato.asp>. Acesso em: 14 dez. 2014.

²⁸³ Art. 60. *Assunzione della qualità di imputato.*

1. Assume la qualità di imputato la persona alla quale è attribuito il reato nella richiesta di rinvio a giudizio, di giudizio immediato, di decreto penale di condanna, di applicazione della pena a norma dell'articolo 447 comma 1, nel decreto di citazione diretta a giudizio e nel giudizio direttissimo. Disponível em: <http://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/imputato.asp>. Acesso em: 14 dez. 2014.

²⁸⁴ MERCONE, Mario. *Diritto Processuale Penale*. XVI Edizione. Napole: Edizione Giuridiche Simone, 2008, p. 162-163. Nos termos do autor: “*L’indagato è la persona fisica nei cui confronti sono in corso indagini (o investigazioni) preliminar in ordine ad un <addebito> che non è ancora una formale imputazione*”. .

²⁸⁵ BRAZ, José. *Investigação Criminal...*, p. 101.

²⁸⁶ Nesse sentido, Germano Marques da Silva fala em juízo de indicição da prática de um crime. Ver *Curso de Processo Penal*, V. II. 5. ed. rev. e atual. Lisboa: Babel, 2011, p. 351.

exigida a fundada suspeita da prática de crime para que alguém seja constituído como arguido. A partir de então deverá exercer seus direitos e deveres.²⁸⁷

De forma similar à Itália, o sistema processual penal português diferencia o mero ‘suspeito’ do ‘arguido’. No artigo 1º, alínea ‘e’ do Código de Processo Penal, define-se suspeito como “[...] toda a pessoa relativamente à qual existe indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar”. No que tange ao arguido, conquanto não haja uma definição legal na introdução do Código, o artigo 57 indica duas situações em que sua constituição é obrigatória, e o artigo 58 enumera algumas outras, todas no bojo de um inquérito.²⁸⁸ Fato é que, entre elas, o denominador comum é a constatação da existência de fundadas suspeitas da prática de um crime, o que fica claro na dicção genérica do artigo 59,²⁸⁹ diferenciando-se do mero indício exigido para a configuração de um suspeito.²⁹⁰

²⁸⁷ GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João. *As medidas de coação no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 55.

²⁸⁸ Artigo 57.º

Qualidade de arguido

1 - Assume a qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal.

[...]

Artigo 58.º

Constituição de arguido

1 - Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, é obrigatória a constituição de arguido logo que:

a) Correndo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime, esta prestar declarações perante qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal;
b) Tenha de ser aplicada a qualquer pessoa uma medida de coacção ou de garantia patrimonial;
c) Um suspeito for detido, nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 254.º a 261.º; ou
d) For levantado auto de notícia que dê uma pessoa como agente de um crime e aquele lhe for comunicado, salvo se a notícia for manifestamente infundada.

2 - A constituição de arguido opera-se através da comunicação, oral ou por escrito, feita ao visado por uma autoridade judiciária ou um órgão de polícia criminal, de que a partir desse momento aquele deve considerar-se arguido num processo penal e da indicação e, se necessário, explicação dos direitos e deveres processuais referidos no artigo 61.º que por essa razão passam a caber-lhe. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em: 14 dez. 2014.

²⁸⁹ Artigo 59.º

Outros casos de constituição de arguido

1 - Se, durante qualquer inquirição feita a pessoa que não é arguido, surgir fundada suspeita de crime por ela cometido, a entidade que procede ao acto suspende-o imediatamente e procede à comunicação e à indicação referidas no n.º 2 do artigo anterior.

Importante observar que, da condição de arguido, emergem os direitos e deveres previstos no artigo 61 do Código de Processo Penal de Portugal, sendo imperioso o destaque de dois deles: alínea ‘c’, ser informado dos factos que lhe são imputados e alínea ‘g’, intervir no inquérito.²⁹¹ Esse dispositivo legal e, em especial, essas alíneas, instituem a reação defensiva do imputado ou arguido na legislação portuguesa, cuja existência não está adstrita ao momento posterior ao oferecimento da denúncia.

No sistema espanhol, por sua vez, a doutrina também diferencia o conceito de imputado e de suspeito, mas isso não significa que a este não sejam atribuídos alguns dos direitos conferidos àquele.²⁹² Na verdade, o artigo 118 da LECCRIM dá margem a uma interpretação bastante ampla, conferindo direito de defesa a qualquer pessoa a quem seja imputado um ato punível, independentemente de haver a chamada imputação formal.²⁹³

Na Espanha, a imputação formal depende do controle do magistrado e ocorre apenas no final da fase de investigação judicial. No entanto, a fim de evitar a surpresa aos investigados, possibilita-se a formulação de uma imputação prévia, exigindo-se grau de verossimilhança inferior ao necessário à imputação definitiva. Nessa toada, a figura do mero suspeito exige um grau de indícios ainda menor, mas, como vincula um indivíduo a

2 - A pessoa sobre quem recair suspeita de ter cometido um crime tem direito a ser constituída, a seu pedido, como arguido sempre que estiverem a ser efectuadas diligências, destinadas a comprovar a imputação, que pessoalmente a afectem. Ibid.

²⁹⁰ BRAZ, José. *Investigação Criminal: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 102-103.

²⁹¹ Ibid., p. 102-103.

²⁹² ARENAL, Maria Amparo Renedo. *Problemas del imputado en el proceso penal*. Madrid: Editora Universitaria Ramon Areces, 2007, p. 207.

²⁹³ *Artículo 118: Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.*

La admisión de denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em: 14 dez. 2014.

um fato criminoso, não deixa de ter um viés de imputação e é chamada de “imputação extraprocessual”.²⁹⁴

Não temos dúvidas, após essa análise da legislação comparada indicada, de que, adotando um conceito amplo de imputado, devem ser conferidos direitos e deveres de defesa ao sujeito objeto da investigação sigilosa, o que se coaduna com nossa ordem constitucional. De acordo com Antonio Scarance Fernandes, a imputação não consiste em mero ato, mas sim em um juízo que pode tanto ser revelado por um ato singular, quanto pelo tratamento atribuído ao suspeito no bojo da investigação, ainda que não seja levada a cabo a acusação ou o indiciamento formal. Esse juízo valorativo será formado com base em indícios constatados durante a atividade investigativa com o condão de demonstrar a probabilidade de que certo sujeito tenha praticado determinado delito. Nesse sentido, é essencial trabalhar com o conceito ampliado de imputado desde a fase de investigação. A consequência será a possibilidade de reação defensiva já na fase pré-processual,²⁹⁵ pois quando houver “imputação e imputado, ele tem o direito de resistir à atribuição da prática de crime que lhe é feita”.²⁹⁶

Na ponta inicial da persecução penal, portanto, o problema teórico proposto parece estar resolvido. No entanto, esses direitos podem ser relativizados diante da exigência de observância de outros interesses e bens constitucionalmente protegidos, notadamente o interesse da persecução penal e a segurança da sociedade, que ensejam a utilização de meios de investigação que invadem a esfera individual dos imputados ou, ainda, permitem a utilização de métodos e técnicas investigativas clandestinas.

²⁹⁴ VILAPLANA, Alicia Armengot. *El imputado en el proceso penal*. Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, p. 188, 198, 202 e 203.

²⁹⁵ SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Reação defensiva à imputação...*, p. 101-104. Vale a transcrição do conceito proposto pelo autor sintetizando seu raciocínio acerca do instituto: “Em suma, a imputação é um juízo pelo qual se atribui a alguém a prática de fato penal relevante, ou seja, de fato que se ajusta a uma norma incriminadora. Varia o momento desse juízo, assim como o substrato fundante desse juízo, mas se trata sempre de um juízo. Normalmente se expressa por ato determinado: indiciamento, denúncia, determinação judicial de prisão cautelar ou de outra medida constritiva, mas também pode revelar-se pela maneira como a pessoa passa a ser tratada pela autoridade encarregada da persecução”. *Ibid.*, p. 102.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 104

Assim, no bojo de uma *ação controlada*, o maior efeito do reconhecimento da posição jurídica do imputado é exigir que a duração da investigação sigilosa seja a menor possível, de maneira a reduzir a mácula a seu direito de defesa e, ainda, controlar a utilização de técnicas de investigação invasivas. Acrescente-se que, além da violação aos direitos e garantias do imputado, o prejuízo estende-se à própria qualidade do resultado da investigação, porquanto, nos termos do apresentado no item 3.1.2, a reação defensiva contribui para o adequado acerto fático por meio da refutação e verificação das proposições. Assim, a formação do juízo de imputação precisa ser mais bem entendida para que se possa estabelecer um limite para essa condição de imputado extraprocessual, definindo-se quando o sigilo da investigação deve ser encerrado.²⁹⁷

A grande relevância do estabelecimento desse limite no bojo das investigações sigilosas é justamente limitar sua duração ao estritamente necessário à obtenção dos elementos indispensáveis para a formação do juízo de imputação apto a subsidiar a elaboração de uma denúncia devidamente instruída, a ponto de ser recebida pelo magistrado competente.

3.2.2 IMPUTAÇÃO

Questão relevante que deve ser respondida para estabelecer o limite da duração da *ação controlada* refere-se a quais dados devem buscados e encontrados pela investigação. Se os direitos fundamentais do imputado, sobretudo o direito de defesa, devem ser limitados na menor medida possível, é importante definir o momento em que essa posição jurídica determina a finalização do método de investigação em apreço.

²⁹⁷ Essa conclusão será utilizada posteriormente, no Capítulo IV, para subsidiar a definição dos limites da *ação controlada*.

No caso específico da investigação da criminalidade organizada, respeitadas as exigências legais para a utilização da *ação controlada*, o direito de defesa prevalecerá sobre o interesse da investigação e o consequente sigilo investigativo somente a partir do momento em que forem obtidos todos os elementos necessários à propositura da denúncia.²⁹⁸ Esta, por sua vez, constituirá a chamada ‘imputação estrita’, revelando a importância do entendimento acerca da formação do juízo de imputação para os fins deste estudo. Nesse sentido, Alicia Vilaplana afirma que a imputação possui dois fundamentos. O primeiro é determinar a legitimação passiva do processo penal, enquanto o segundo, e mais importante, é a garantia do direito de defesa do imputado. Explica a autora que, apesar da imputação gerar algumas consequências jurídicas desfavoráveis ao indivíduo, ao menos ela evita a investigação sigilosa e clandestina, permitindo a intervenção do imputado assim que possível.²⁹⁹

Conforme já restou assentado no item anterior, quando se definiu a figura do imputado, a imputação supõe uma determinação da pessoa que aparece como possível responsável pelos delitos. Assim, é necessário um exame sobre a verossimilhança dos fatos imputados e sobre a possibilidade de que deles tenha participado o sujeito sobre o qual recai a suspeita inicial.³⁰⁰

Além disso, a imputação revela a característica de não ser uma situação perene e imutável. Ao contrário, trata-se de uma situação provisória que se modifica ou se reforça conforme avança a persecução, sofrendo uma constante reavaliação.³⁰¹ No início, trata-se de mera suspeita. Mas, na medida em que a carga incriminadora vai ganhando robustez e

²⁹⁸ Apenas após a satisfação dos objetivos traçados no momento da elaboração do plano estratégico baseado na metodologia da investigação aqui proposta (Item 2.1.4) é que a postergação da intervenção estatal deve ser encerrada.

²⁹⁹ VILAPLANA, Alicia Armengot. *El imputado en el proceso penal...*, p. 188 e 198. A Espanha possui um sistema de investigação judicial chamado de ‘juizado de instrução’. Significa que a instrução preliminar, como regra, tem caráter inquisitório e é uma fase investigativa presidida por um juiz que recebe a *noticia criminis* e busca fontes de informação para aclarar os fatos. Já a segunda fase possui caráter acusatório e é precedida pela fase intermediária, na qual se decide sobre a abertura do processo ou seu arquivamento. Note-se, todavia, que recentes alterações legislativas transferiram algumas atribuições investigativas ao Ministério Público nos procedimentos simplificados relativos a crimes menos graves. Cf. LOPES Jr., Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal...*, p. 353-364.

³⁰⁰ VILAPLANA, Alicia Armengot. Op. cit., p. 220-221 e 224.

³⁰¹ Ibid., p. 185.

caminhando em direção à certeza, atinge o nível de probabilidade e, havendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, viabiliza o oferecimento da denúncia.³⁰² Essa gradação é o que Scarance chama de ‘imputação progressiva’, que, ao atingir seu grau máximo, será capaz de dar vida à denúncia.³⁰³

Apesar disso, a acusação não se confunde com a imputação, pois esta é exigida desde o início da fase inicial da persecução penal, possuindo um conceito mais amplo. Todavia, na ponta final dessa formulação progressiva, situa-se a imputação estrita, esta sim muito similar à denúncia ou queixa.³⁰⁴ Antonio Scarance Fernandes discorre sobre o tema:

Pela relevância, a imputação estrita, que submete o imputado ao processo criminal, além de escorar-se em base suficiente a respeito da probabilidade da autoria, deve ser formulada de forma clara, precisa, para eficiente reação defensiva. Por isso, deve manifestar-se em ato formal: a denúncia ou queixa.³⁰⁵

De acordo com o autor, os elementos indispensáveis à imputação estrita são a descrição de um fato, a qualificação jurídico-penal do fato e a atribuição desse fato ao acusado, que deverão ser materializados em uma denúncia.³⁰⁶ Nesse ponto, voltamos ao abordado no item 2.1.4 do Capítulo II, no qual se tratou da metodologia da investigação

³⁰² Cf. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 415 e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença...*, p. 76-77. Sobre o juízo gradativo, diz, ainda, o autor: “O pedido que existe na imputação penal é de verificação, de investigação, do fato que se atribui ao imputado, para que se passe da suspeita à certeza de sua ocorrência, com a consequente condenação, se aquela restar provada.” *Ibid.*, p. 80.

³⁰³ SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Reação defensiva à imputação...*, p. 154. Sobre o tema, discorre Maurício Zanoide de Moraes: “Há, por exigência legal, uma progressão contínua desde o primeiro ato de investigação até o último de julgamento do mérito. O imputado, de ordinário, começa na condição de suspeito podendo passar a partir desse ponto para a condição de indiciado, denunciado, acusado e, por fim, condenado. A progressão não é automática, precisa que a carga incriminadora vá legitimando, passo a passo, as mudanças nessas posições jurídicas”. Ver *Presunção de inocência...*, p. 415.

³⁰⁴ SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. cit.*, p. 153. Complementa o autor: “Além dessa diferença, há outra: a acusação contém a imputação mais o pedido de condenação e de aplicação de pena, ou seja, a acusação abrange a imputação e o pedido.”

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 157.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 157.

criminal. Isso porque a imputação estrita depende da denúncia ou queixa para ser materializada. Os requisitos para tal estão previstos legalmente no artigo 41 do Código de Processo Penal.³⁰⁷

Naquele item, restou assentado que toda a atividade investigativa tem por objetivo avaliar se existem elementos suficientes para a propositura da ação penal. Nesse sentido, enquanto o tipo penal é o principal parâmetro da investigação em termos materiais, em termos processuais, referido dispositivo deve pautar a atuação do investigador.

O preceito legal em comento tem a seguinte redação:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Notem-se estarem presentes na exigência legal os elementos supracitados como essenciais à imputação estrita, nomeadamente a descrição de um fato, a qualificação jurídico-penal desse fato e sua atribuição ao acusado. Além disso, também são feitas algumas outras exigências, tais como a qualificação do denunciado e o rol de testemunhas.

Tal moldura, entretanto, não resolve definitivamente a questão do limite final de uma investigação sigilosa ou da duração da *ação controlada*. Isso porque apenas revela quais são os elementos necessários à peça inicial acusatória, mas não a intensidade com que devem ser apresentados, sobretudo no que tange à comprovação da ligação existente entre o imputado e o fato descrito. Portanto, não se pode desvincular da ideia de progressividade e da probabilidade de autoria, tampouco do conceito de justa causa para a

³⁰⁷ Em se tratando de ação controlada, estratégia de investigação exclusiva da criminalidade organizada, a imputação será materializada apenas por denúncia.

ação penal,³⁰⁸ pois, como bem apontou Gustavo Badaró, a denúncia só poderá ser recebida se houver “[...] elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal”.³⁰⁹

O tema da intensidade dos elementos informativos, com considerações sobre possibilidade, probabilidade e o que se exige para o recebimento da denúncia, será retomado no Capítulo IV.³¹⁰ Por ora, basta concluir que a imputação exige “[...] uma atribuição precisa, lastreada em elementos fortes de convicção que sustentem razoável suspeita em torno da pessoa imputada”³¹¹ e, quando esse patamar probatório for atingido, deve-se encerrar o sigilo da investigação e deflagrar a ação penal. O sigilo, sem dúvida, pode ser encerrado antes do alcance desse lastro probatório, no caso de se entender demonstrada a inocência, mas nunca depois.

O enfoque dado à investigação sigilosa torna relevante a exploração do tema do sigilo, de modo a subsidiar as conclusões acerca das condições em que pode ser utilizado numa investigação sem macular sua legalidade e constitucionalidade.

3.3 O SIGILO INVESTIGATIVO

Sendo a investigação criminal, em geral, atividade atribuída a órgão da Administração Pública³¹² – a Polícia Judiciária – não há dúvidas sobre a aplicação do

³⁰⁸ “A noção de justa causa evoluiu, então, de um conceito abstrato para uma ideia concreta, exigindo a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal. A justa causa passa a significar a existência de um suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva. A ausência desse lastro probatório ou da *probable cause* autoriza a rejeição da denúncia e, em caso de seu recebimento, faltar a justa causa para a ação penal, caracterizando constrangimento ilegal apto a ensejar a propositura de habeas corpus para o chamado trancamento da ação penal.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012, p. 106.

³⁰⁹ Ibid., p. 106.

³¹⁰ Item 4.1.3.1.

³¹¹ SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Reação defensiva à imputação...*, p. 103.

³¹² A investigação cujo objeto seja um delito, direta ou indiretamente, pode ser levada a cabo por autoridades administrativas ou parlamentares, também. Cf. VILARES, Fernanda Regina. *Processo Penal: reserva de jurisdição e CPIs*. São Paulo: Onix Jur, 2012, p. 190.

artigo 37 da Constituição Federal no âmbito do inquérito. Assim, a publicidade dos atos investigativos emerge como regra no âmbito da fase inicial da persecução penal, e à luz de seus ditames deve ser interpretado o artigo 20 do Código de Processo Penal.³¹³⁻³¹⁴

É possível classificar a publicidade na fase inicial da persecução penal em externa e interna. Enquanto a primeira diz respeito ao possível acesso de toda a sociedade ao inquérito policial, a segunda garante apenas o acesso aos sujeitos da investigação (Ministério Público e investigados) e aos defensores ao seu conteúdo, possibilitando a preservação da intimidade, honra e imagem dos envolvidos na investigação, quando necessário.³¹⁵

A publicidade interna deveria ser o patamar mínimo garantido em todas as investigações por possibilitar o exercício da defesa técnica e da autodefesa. Contudo, mesmo a publicidade interna é passível de restrição e os efeitos de eventual limitação são deletérios. Isso porque é gerado um desequilíbrio na persecução, já que a restrição atinge apenas o imputado, enquanto os demais sujeitos continuam tendo acesso aos atos praticados no inquérito. Por tal motivo, a proporcionalidade sempre deverá ser utilizada como parâmetro para sua efetivação.³¹⁶

De outro lado, é possível alterar a ótica e, em vez de analisar a publicidade, deve-se observar o sigilo decorrente de sua limitação possível na fase inicial da persecução penal. Francesca Molinari, em monografia sobre o tema do segredo investigativo, divide-o em

³¹³ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Publicidade e Proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; e ZANOIDE DE MORAES, Maurício. (coord.) *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 44.

³¹⁴ Preceitua referido dispositivo: Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

³¹⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Op. cit., p. 43. Nesse sentido, Danielle Souza de Andrade e Silva elenca como razões garantísticas para a restrição da publicidade: “[...] evitar que sejam revelados fatos que podem não vir a ser provados; [...] impedir que outros sujeitos da investigação, como os presumíveis ofendidos, tenham revelados fatos prejudiciais à sua honra e reputação social”. Ver Sigilo interno e externo na investigação criminal. *Boletim do IBCCrim*, n. 177, ago/2007. Atualmente, a Resolução n. 58/2009 do Conselho da Justiça Federal regulamenta a atuação da Justiça e da Polícia no concernente ao tratamento de processos e procedimentos de investigação criminal sob publicidade restrita.

³¹⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Op. cit., p. 43.

segredo externo e interno. A razão de ser do segredo externo é resguardar a investigação em curso da excessiva exploração midiática, fazendo prevalecer o direito à intimidade em face do direito à informação, além de assegurar o bom andamento do inquérito.³¹⁷ De outro lado, o segredo interno justifica-se pela necessidade de resguardar a eficiência da investigação, impedindo intervenções que a prejudiquem, sobretudo por parte do próprio imputado, que pode corromper ou ocultar fontes de prova.³¹⁸

Diante dessas considerações, é possível extrair que eventual limitação à publicidade externa ensejaria a decretação do segredo externo e, conseqüentemente, concretizaria uma situação de publicidade interna, que, como visto, não prejudica o imputado, ao contrário, acaba por resguardar sua esfera de intimidade. Por outro lado, restrições à publicidade interna levariam à efetivação do segredo interno, situação excepcional que merece exame mais acurado.

O sigilo das investigações, aqui entendido como a decretação do sigilo interno, pode ser necessário tanto para possibilitar que a autoridade pública localize um suspeito, quanto para garantir a efetividade de uma medida cuja natureza dependa intrinsecamente do sigilo para sua proficuidade, tenha ela escopo probatório ou cautelar.³¹⁹ Nesse sentido é que deve ser interpretado o artigo 20 do Código de Processo Penal, quer dizer, o sigilo pode existir apenas na medida do estritamente necessário.³²⁰

³¹⁷ Rafael de Souza Lira, em obra que aborda os efeitos negativos da mídia sensacionalista no processo, defende que o segredo de justiça deve ser a regra em virtude da “[...] necessidade da relativização da publicidade no processo penal, a fim de garantir o maior alcance possível do direito de presunção de inocência do investigado/réu”. Ver *Mídia sensacionalista: o segredo de justiça como regra*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 125.

³¹⁸ MOLINARI, Francesca Maria. *Il segreto investigativo...*, p. 245 e 252.

³¹⁹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Publicidade e Proporcionalidade..., p. 44. Nesse sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal em acórdão que se tornou paradigma sobre o tema, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, o HC n.º 88.190-4/RJ.

³²⁰ Vale fazer menção a uma polêmica ocorrida no ano de 1999. Marcelo Mendroni, Promotor de Justiça, publicou artigo no Boletim do IBCCrim defendendo, com fundamento em doutrina estrangeira, que o artigo 20 do CPP autorizaria o sigilo da investigação preliminar como um todo e seria uma maneira de coroar o princípio da paridade de armas, uma vez que os autores dos crimes, quando os cometem, o fazem acobertados e esforçam-se para esconderem vestígios do delito. Ver O sigilo da fase pré-processual. *Boletim do IBCCrim*, n. 83, outubro/1999. À época, dois artigos foram imediatamente publicados como reação, destacando o caráter antidemocrático do posicionamento defendido por Marcelo Mendroni, negando a interpretação por ele

Marta Saad propõe uma interpretação adequada do dispositivo, diante da normativa constitucional sobre a publicidade. Para ela, o que pode ser acobertado pelo sigilo não é o inquérito como um todo, pois dessa forma estar-se-ia impedindo o acesso aos autos pelo advogado (assegurado pelo artigo 7º, inciso XIV do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n. 8.906/94) e violando o direito de defesa, mas, sim, as diligências de investigação, dependentes do fator surpresa para seu sucesso. Assim, a partir do momento em que tais atos forem documentados no inquérito, eles devem ser tornados públicos.³²¹ É claro que o sigilo dos atos de investigação sempre deve ser decretado com atenção à proporcionalidade, delimitando-o quanto à extensão e duração.³²²

Entendimento semelhante é esposado por Jacinto Coutinho. Para ele, o inquérito policial deveria ser abolido, por carregar uma grande carga inquisitória. No entanto, dada sua existência, é indispensável reconhecer sua divisão em dois momentos: um de investigação e um de prova recolhida, sendo que sigilo é essencial ao primeiro. Afirma o autor: “A investigação, respeitados os direitos e garantias individuais (pense-se nas interceptações telefônicas, etc.) não pode ser controlada *ex ante*”.³²³

Essa, portanto, deve ser a solução adotada para as situações comuns da persecução penal. Mas seria ela suficiente para as situações excepcionais? A pergunta justifica-se no contexto deste trabalho, pois a investigação da criminalidade organizada, como exaustivamente repetido, apresenta peculiaridades que exigem soluções especiais. É certo que no bojo de uma *ação controlada* são praticados atos de instrução, não sendo possível constatar fases estanques de investigação e instrução. É feita a documentação e introdução

dada ao artigo 20 do CPP. Cf. MARTINS DA COSTA, Paula Bajer Fernandes. Publicidade na investigação criminal. *Boletim do IBCCrim*, n. 84, novembro/1999 e TORON, Alberto Zacharias. Quem tem medo da publicidade no inquérito?. *Boletim do IBCCrim*, n. 84, novembro/1999.

³²¹ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial...*, p. 334-335. Esse entendimento fundamenta-se na classificação dos atos probatórios adotada pela autora, segundo a qual os atos de investigação indicam pesquisa sistemática e utilização de técnicas para formular hipóteses, enquanto os atos de instrução materializam as diligências e têm a função de testar a veracidade de enunciados já propostos. Cf. *Ibid.*, p. 167-168 e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

³²² ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Publicidade e Proporcionalidade..., 46-47.

³²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O sigilo do inquérito policial e os advogados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 18, abril/junho 1997, p. 131.

de elementos no procedimento investigatório, conquanto atos investigativos continuem a ser praticados. Assim, a solução acima apresentada não se mostra exequível.

A *ação controlada*, como método de investigação que visa à obtenção de elementos probatórios mais consistentes, tem como características intrínsecas a clandestinidade e a vigilância da prática criminosa. Isso significa que, embora composta por diversos atos de investigação isolados, a publicação do resultado de cada um deles durante sua efetivação pode frustrar toda a empreitada. Por óbvio, a revelação da existência de um monitoramento da conduta dos membros da organização criminosa tornaria inócua qualquer ação com vistas a obter elementos de prova.

Temos, portanto, um dilema a ser resolvido, pois o sigilo interno da investigação deverá ter sua duração estendida por um período maior do que o (em tese) autorizado pelo ordenamento jurídico, limitando o acesso e o conhecimento do imputado e seu advogado ao conteúdo das diligências. Há que se compatibilizar a necessidade da eficiência da persecução com os direitos que emanam da posição jurídica do imputado.

Ressalte-se que a própria Lei n. 12.850/13 traz uma previsão acerca do sigilo da investigação em seu artigo 23.³²⁴ Contudo, ela é insuficiente, pois protege apenas as diligências em andamento, o que não resolve o problema da *ação controlada*, método previsto na lei ao qual o dispositivo deve ser aplicado. Embora traga a necessidade de decisão judicial para sua decretação³²⁵, fator positivo, o legislador parece não ter atentado que a *ação controlada* promove uma decretação de segredo investigativo global, não se limitando às diligências em andamento. Talvez tenha menosprezado o método de

³²⁴ Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. Parágrafo único. Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

³²⁵ Esse ponto é bastante sensível, uma vez que a lei prevê a necessidade de decisão judicial prévia para a decretação do sigilo da investigação, mas parece contentar-se com a comunicação posterior sobre o início de uma *ação controlada*. Essas regras são incompatíveis e deve prevalecer aquela que privilegia a proteção dos direitos e garantias fundamentais, como concretização da proporcionalidade, isto é, a regra do artigo 23.

investigação em apreço, considerando-o como uma dessas diligências. Fato é que não se pode impedir o acesso aos autos pelo imputado e seu defensor durante períodos que, muitas vezes, ultrapassam um ano.³²⁶

O regramento de outros países pode ser elucidativo. Na Espanha, por exemplo, a fase instrutória, tradicionalmente, caracterizava-se pelo segredo absoluto de seus atos, não apenas com relação a terceiros e à sociedade, mas também perante o próprio imputado. A Lei 53/978 alterou esse quadro, estabelecendo a publicidade relativa, isto é, perante o imputado. O segredo absoluto, todavia, permaneceu previsto em hipótese excepcional, quando necessário para assegurar o êxito da instrução.³²⁷ Disso se extrai que a função do sigilo instrutório é, na linha do que já foi dito anteriormente, garantir o êxito da investigação preliminar, evitando comunicações que possam provocar a fuga dos investigados ou a destruição ou manipulação das fontes de prova.³²⁸

O artigo 302 da LECCrim permite a decretação do segredo instrutório quando o delito investigado for público.³²⁹ Destaque-se que, nesse ponto, existe uma aplicação da proporcionalidade, por meio de seus subprincípios de adequação e necessidade, resultando na promulgação de uma lei regulamentando a restrição aos direitos fundamentais, quais sejam o direito de defesa e o direito à publicidade do procedimento investigativo.

³²⁶ Outro defeito desse artigo de lei que vale mencionar é condicionar a uma decisão judicial o acesso do defensor aos elementos de prova obtidos. A reserva de jurisdição incide quando houver a possibilidade de restrição de direitos fundamentais do investigado e não para proteger a persecução penal ou avaliar possível afastamento do sigilo da investigação. O acesso aos elementos obtidos decorre do pleno exercício do direito de defesa, o qual não deve ser submetido a qualquer condição.

³²⁷ Trata-se da alteração levada a cabo no artigo 302 do LECCrim, que passou a ter a seguinte redação: *Artículo 302: Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, si el delito fuere público, podrá el Juez de instrucción, a propuesta del Ministerio fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario.* Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em: 14 dez. 2014.

³²⁸ SENDRA, Vicente Gimeno. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 3a ed. Madrid: Colex Editorial, 2013, p. 207.

³²⁹ *Ibid.*, p. 210. Texto do artigo na nota 327.

A primeira consequência de se tratar da utilização da proporcionalidade é a exigência de uma decisão judicial para a decretação do sigilo da investigação, que deve ser motivada. Aspecto interessante e que pode gerar controvérsia é a possibilidade de decretação do sigilo tanto a requerimento das partes quanto de ofício, o que tem a ver com a tradição de investigação judicial espanhola. Além disso, o segredo instrutório só irradia efeitos sobre os atos de investigação *strictu sensu*, cujo conceito é mais amplo do que o adotado neste trabalho, incluindo, também, atos de instrução e todos aqueles praticados com o fim de promover a abertura do júízo oral. Por fim, a lei estabelece um prazo máximo de um mês de duração para esse sigilo, sem admitir qualquer tipo de prorrogação.³³⁰

Vicente Gimeno Sendra critica ferrenhamente o curto prazo e a impossibilidade de efetuar qualquer prorrogação, notadamente em função da necessidade diferenciada emanada dos casos envolvendo organizações criminosas. Relata o autor que, em vez de promover a proteção dos direitos fundamentais envolvidos, tal previsão legal acaba gerando um descompasso entre a realidade e a intenção do legislador, pois os tribunais acabam por validar as investigações que ultrapassam o prazo sem haver qualquer outro mecanismo de controle, quando deveria considerá-las prova ilícita.³³¹

Duas lições extraímos do sistema de segredo instrutório espanhol. A primeira, já apontada anteriormente, é que o adequado tratamento da questão depende da aplicação da proporcionalidade, porquanto o direito de defesa e o direito à publicidade são limitados diante do interesse da instrução. Em se tratando do conflito entre bens constitucionalmente protegidos, essa é a forma de solução imposta pelo sistema constitucional.³³² A segunda é que a limitação da duração de uma investigação sigilosa por critérios objetivos rígidos, isto é, por quantidade de dias ou meses improrrogáveis, pode não ser uma boa solução, haja vista a peculiaridade de cada caso, sobretudo com relação à investigação da criminalidade organizada, cuja complexidade pode demandar extensões não previsíveis.

³³⁰ SENDRA, Vicente Gimeno. *Manual de Derecho...*, p. 211-212 e 284.

³³¹ Ibid., p. 207.

³³² O tema será detalhado no item 3.5 deste capítulo.

Sendo assim, pode-se afirmar que a decretação do segredo interno, embora não desejável, justifica-se genericamente para a utilização da *ação controlada*. Não por se tratar apenas de uma prevalência do interesse da investigação, o que deve ser aferido concreta e casualmente, mas por sempre envolver a criminalidade organizada e sua complexidade, que representa grande risco à sociedade e demanda um esforço de investigação maior do que o comumente exigido.

Trata-se de uma aplicação da proporcionalidade já na elaboração legislativa, pois o juízo de adequação, necessidade e sopesamento de valores é feito abstratamente, de modo a autorizar a utilização desse mecanismo excepcional apenas no combate à criminalidade organizada. Todavia, a proporcionalidade deverá continuar a ser observada na efetivação do método, como será mais bem explicado no item 3.5 e no Capítulo IV.

Um último ponto cuja análise deve ser feita ainda neste item diz respeito ao limite dessa investigação sigilosa, quer dizer, à duração máxima da decretação do segredo interno. Como visto acima, a limitação por meio de unidades temporais improrrogáveis não parece ser uma boa solução. Nesse sentido, importante contribuição é encontrada na obra de Francesca Molinari. A autora aponta que o balanceamento ideal entre o acerto fático e o segredo interno de uma investigação tem duas facetas: a do tempo e a do grau de conhecimento obtido.³³³ Essa é uma percepção que complementa a crítica ao limite puramente temporal, ou seja, apresenta um limite qualitativo, em virtude do resultado obtido na investigação. Para melhor explorar o tema, é necessário fazer algumas considerações sobre as diferentes concepções do tempo e a possibilidade de compatibilização com essa proposta de limitação da investigação sigilosa pelo grau de conhecimento obtido em seu bojo.

³³³ MOLINARI, Francesca Maria. *Il segreto investigativo...*, p. 251-266.

3.4 AS CONCEPÇÕES DE TEMPO E A DURAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO

Se a investigação sigilosa provoca restrições aos direitos fundamentais do investigado, notadamente ao direito de defesa, prejudicando, inclusive, a reconstrução histórica dos fatos investigados, quer dizer, impedindo o teste do confronto das proposições apresentadas pelo investigador, que tem o condão de melhorar o grau de conhecimento acerca da realidade, é certo que sua duração deve ser a menor possível. No entanto, a expressão ‘menor possível’ é imprecisa e não representa um parâmetro adequado para o estabelecimento de um critério balizador e de seu respectivo controle no que diz respeito à utilização da *ação controlada*. Assim, torna-se necessária uma breve digressão acerca de algumas concepções de ‘tempo’, com o escopo de subsidiar algumas conclusões com relação à definição do que poderia ser considerada uma duração razoável para esse método excepcional de investigação.

Na interface entre as noções de tempo e o mundo jurídico, o processo é o instituto que mais se destaca. Etimologicamente, a palavra vem do latim – *procedere* –, que significa marcha adiante, transmitindo a ideia de movimento. Na história da filosofia, muitos foram os significados atribuídos a ‘processo’. A partir da modernidade, especificamente na área jurídica, passou a ser entendido como método.³³⁴⁻³³⁵ Portanto, natural o tema revelar-se importante para o estudo do Processo Penal, ainda que na fase inicial da persecução, sobretudo para o estudo aprofundado de um método de investigação como a *ação controlada*.

³³⁴ BONATO, Gilson et al. *Dobraduras do tempo: ensaios sobre a história de algumas durações no direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1-2 e 21-25. Afirmam os autores que, apesar das nuances apresentadas nas diferentes concepções de processo, suas definições sempre implicam a ideia de tempo, espaço e movimento. Ibid., p. 25.

³³⁵ Conforme exposto no item 1.3.1, “O método é um plano de ação, formado pelo conjunto de etapas ordenadamente dispostas, destinadas a realizar e a antecipar uma atividade na busca de uma realidade [...]”. FACHIN, Odília. *Fundamentos de Metodologia*. 5. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31.

Fixada a relação intrínseca entre o tempo e o processo, interessa perquirir algumas concepções de tempo da filosofia. Iniciando pela antiguidade, tem-se que, para os gregos, três percepções eram possíveis:

[...] Aiôn, a eterna presença, a perenidade imóvel que abarca o passado e o futuro, e neste sentido, sim, era como se um deus fosse; Cronos, o deus das sucessões dinásticas, que encarna a consecutividade das épocas; e Kairós, o deus das encruzilhadas, das bifurcações que se abrem para os diferentes futuros, o deus do momento oportuno.³³⁶

As duas últimas concepções chamam atenção. As palavras Cronos e Kairós representam não apenas uma qualificação do tempo vivido, mas também uma representação divina. Cronos era filho de Urano e Gaia, integrando a raça dos Titãs, sendo o deus do tempo, das estações, da medida da translação dos objetos e do movimento. Sua característica mais marcante era devorar os filhos quando nasciam para evitar que a sina do pai, qual seja serem mortos por um deles com aspiração de assumir sua posição de senhor da criação. Esse comportamento revela o predicado destruidor do tempo, um tempo sequencial, controlado e que se esgota.³³⁷

De outro lado, Kairós, dito filho de Cronos em algumas fontes, simboliza um tempo relativo a quem o percebe, quer dizer, subjetivo. É tido, também, como o momento oportuno, ao contrário de Cronos que é a sucessão de instantes pontuais.³³⁸ Seria capaz de “[...] agir no coração do pai, constituindo um tempo existencial capaz de dissolver os limites pontuais de um tempo demasiadamente cronológico”.³³⁹ Assim, na mitologia grega, à categoria lógica, contabilizável, mensurável e divisível de tempo em unidades contrapõe-

³³⁶ BONATO, Gilson et al. *Dobraduras do tempo...*, p. 36-37.

³³⁷ Cf. FERRY, Luc. *A sabedoria dos mitos gregos...*, p. 55-56; MARTINS, José Clerton de Oliveira et al. De Kairós a Kronos: metamorfoses do trabalho na linha do tempo. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*, v. 15, n. 2, 2012, p. 220; BONATO, Gilson et al. Op. cit., p. 196-197.

³³⁸ MARTINS, José Clerton de Oliveira et al. Op. cit., p. 220.

³³⁹ BONATO, Gilson et al. Op. cit., p. 197.

se a categoria de um tempo irracional, imprevisível e mutável, que só pode ser plenamente compreendido por quem o vive.³⁴⁰

No decorrer da história, o tempo sempre foi objeto de atenção dos filósofos e pensadores, e muito poderia ser escrito acerca das diferentes concepções sobre ele elaboradas. Todavia, dada a necessidade de restringir a abordagem dos temas ao que interessa às conclusões deste estudo, será dado um salto histórico e, da mitologia grega, passar-se-á diretamente ao século XX, com o pensamento de Bergson sobre a duração. Para este autor, é comum aludir ao tempo de maneira vinculada ao espaço. No entanto, ele opta por uma concepção liberta dessa amarra. Fica claro, portanto, que divide a concepção de tempo em duas categorias: vinculada ao espaço ou desvinculada dele. Assim, no lugar de falar em simultaneidade dos acontecimentos, na qual as coisas criadas aparecem lado a lado num meio vazio e homogêneo, prefere falar em sucessão caracterizada por uma heterogeneidade contínua e indivisível. Esse tempo liberto do espaço denomina ‘duração’.³⁴¹

O tempo da história, em que se enxerga passado, presente e futuro, é o tempo espacializado, extenso. Por outro lado, há a duração, ou o tempo do devir, em que o novo acontece.³⁴² O trecho a seguir é esclarecedor:

A duração, porém, não se submete ao número, mas é uma multiplicidade, e nesse sentido não cessa de se dividir: ela é povoada por qualidades, intensidades. É, por isso, e por oposição ao tempo espacializado e extensivo da simultaneidade ou da história, um tempo intensivo.³⁴³

³⁴⁰ MARTINS, José Clerton de Oliveira et al. Op. cit., p. 220.

³⁴¹ BONATO, Gilson et al. *Dobraduras do tempo...*, p. 90-91.

³⁴² Ibid., p. 90-91.

³⁴³ Ibid., p. 91.

A ideia central da classificação do autor é que algo deve durar enquanto houver potência de novidade. Seu conceito permite escapar da sequência que direciona o passado ao presente, e este ao futuro, e atingir um patamar no qual exista um movimento constante de atualização da memória.³⁴⁴

É possível traçar um paralelo entre o tempo na mitologia grega e a diferenciação estabelecida por Bergson. O tempo especializado, assim como o cronológico, é dividido em unidades sequenciais, sendo linear e passível de um controle facilmente objetivável. De outro lado, a ‘duração’ apresenta traços que a aproximam de Kairós, notadamente sua mutabilidade e imprevisibilidade. Ambas privilegiam o conteúdo em detrimento da extensão.

A caracterização da duração como tempo do devir passa a impressão de que algo deve durar enquanto houver potência de novidade, isto é, enquanto situações diferentes estiverem sendo apreendidas. Essa ideia coaduna-se perfeitamente com a de momento oportuno apregoada pela concepção kairológica do tempo. Uma coisa deve perdurar na medida em que parecer adequado e não de acordo com o decurso de unidades previamente estabelecidas.

Pelos conceitos de processo e procedimento pode parecer que apenas o tempo cronológico ou espacializado condiz com a sequência de atos que deve ser praticada em prazos pré-estabelecidos, sob pena de preclusão. No entanto, o momento oportuno também tem sua relevância, sobretudo na fase pré-processual.

Transpondo essas ideias para o âmbito jurídico, especificamente para a investigação sigilosa atrelada à criminalidade organizada, objeto para o qual se pretende estabelecer um limite e controle neste estudo, pode-se pensar que o ideal não seria restringir sua duração em número de horas, dias ou meses, mas sim de uma forma qualitativa, isto é, ela apenas deveria encerrar-se quando obtidos os elementos necessários ao esclarecimento dos vazios

³⁴⁴ BONATO, Gilson et al. *Dobraduras do tempo...*, p. 91-92.

estabelecidos no projeto de pesquisa da investigação, ou seja, quando atingido o objetivo de preparar o exercício da ação penal.

Alguns investigadores já aplicam essa ideia na prática, de forma intuitiva. Diz-se que a *ação controlada* deve ser encerrada, ou seja, que a operação policial deve ser deflagrada e tornada pública por meio da efetivação das medidas ostensivas quando ‘estiver madura’. No entanto, tal critério é demasiadamente arbitrário e dá margem a atuações abusivas, sendo necessário estabelecer critérios e limites mais precisos.

Parece fora de dúvida que uma boa investigação deve ser inspirada pelo deus Kairós, tendo sua duração pautada por aspectos qualitativos e não quantitativos. Essa conclusão ratifica o apresentado no item anterior, ao se afirmar que o sigilo na investigação deve perdurar enquanto for necessário à obtenção dos elementos da imputação específica, sobretudo com relação àqueles que exercem funções mais relevantes no âmbito de uma organização criminosa, no caso da *ação controlada*. É claro que a autoridade policial poderá promover a publicidade em momento anterior, mas o limite final dessa restrição aos direitos fundamentais do imputado será o mínimo probatório exigido para o recebimento da denúncia.

No entanto, os aspectos quantitativos não devem ser ignorados. Podem ser utilizados na promoção de um controle periódico para avaliar a legalidade e a constitucionalidade da investigação, o que será objeto de exame mais detalhado na seção 4.3.2 do Capítulo IV.

Por ora, interessa concluir este capítulo com algumas considerações acerca do aparente conflito existente entre eficiência e garantismo e seus reflexos na investigação. O tema esteve presente em todos os itens acima, pautando as soluções apresentadas para os dilemas que surgem em virtude da posição jurídica do imputado em uma investigação, especialmente no que tange à criminalidade organizada.

3.5 EFICIÊNCIA X GARANTISMO: A PROPORCIONALIDADE PAUTANDO A INVESTIGAÇÃO SIGILOSA NA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

A linha de pesquisa inaugurada por Antonio Scarance Fernandes na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo defende que não existe antagonismo entre eficiência e garantismo. Na verdade, ser eficiente implica realizar a persecução penal da melhor forma possível, com a adequada aplicação das normas de garantia. Dessa maneira, será proporcionado o equilíbrio entre o interesse em punir do Estado e o interesse do imputado em se defender.³⁴⁵ Essa proposição é corolário da própria finalidade do processo penal, que se divide entre garantir a segurança pública e salvaguardar os direitos fundamentais do imputado, sobretudo o direito à liberdade.³⁴⁶

O tema ganha especial relevância no que tange ao combate à criminalidade organizada. O elaborado aparato tecnológico que torna suas atividades mais eficazes também aumenta o risco para a segurança da sociedade e a excepcionalidade da situação exige uma resposta estatal adequada e específica. No entanto, a gravidade da conjuntura não justifica uma atuação desmedida.³⁴⁷ Na toada do que foi escrito acima, as normas que regulam os instrumentos de combate à criminalidade organizada só serão eficientes se promoverem seus objetivos com o máximo respeito possível às garantias. Sobre o tema, afirma Flávio Cardoso Pereira:

³⁴⁵ SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; e ZANOIDE DE MORAES, Maurício de. (coord.) *Crime Organizado – Aspectos Processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-10 (9-28). No mesmo sentido, Vittorio Grevi argumenta: “[...] il valore dell’efficienza non deve porsi in contrasto con la salvaguardia delle garanzie individuali, bisogna peraltro riconoscere che um simile rapporto di tendenziale complementarità tra garanzie ed efficienza si configura soprattutto com riferimento ala sfera dei diritti processuali”. Ver *Alla Ricerca di un Processo Penale Giusto: itinerari e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 13.

³⁴⁶ PEREIRA, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 42-43.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 27, 76 e 88. Sobre o tema, discorre o autor: “No se puede olvidar, además, la idea de que la delincuencia organizada obedece a una categoria criminal especial frente a otros fenómenos de delincuencia clásica, traza los contornos de la necesidad de establecer excepciones al sistema de derechos y garantías de los imputados y condenados con la finalidad de facilitar la demonstracion de la responsabilidad penal y, en consecuencia, la prevención y represión del fenómeno.” *Ibid.*, p. 196.

Um meio de investigação é eficiente se ele se presta ao fim para o qual foi previsto e não afronta norma de garantia. Será eficaz se, em uma investigação, produzir o resultado esperado e não ocorrer lesão indevida a garantias do investigado ou a direitos de terceiros.³⁴⁸

Nesse sentido, é essencial, acima de tudo, evitar o que José Cafferata Nores chama de ‘concepção bélica da investigação penal’, isto é, aquela que combate supostos inimigos da sociedade buscando provas de sua culpabilidade a qualquer custo, acabando por ignorar a legalidade dos meios utilizados. Esse viés, ligado ao direito penal do autor, acabaria criando dois ‘processos penais’ diversos, a depender do sujeito investigado, e ensejaria violações de direitos e garantias fundamentais. Não há dúvida de que alguns meios extraordinários devem ser admitidos para a investigação da criminalidade organizada e complexa, mas nunca se pode deixar de atentar para os limites representados pelos princípios de um Estado de Direito.³⁴⁹ Em outras palavras, a criminalidade organizada admite meios de investigação mais invasivos, mas não sua aplicação ilimitada.

Antes de aprofundar o estudo sobre a aplicação da eficiência com garantismo, cumpre tecer algumas considerações sobre o significado dos termos ‘eficiência’, ‘eficácia’ e ‘efetividade’. Com efeito, não são termos tipicamente jurídicos, mas derivados da área de economia e administração. Enquanto eficiência tem a ver com a aptidão de produzir um efeito, dando-se destaque ao meio de atingi-lo, a eficácia é a qualidade do resultado

³⁴⁸ SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na repressão..., p. 11.

³⁴⁹ CAFFERATA NORES, José I. La eficacia de la investigación penal y el estado de derecho. In: CAFFERATA NORES, José I. et al. *Eficacia del sistema penal y garantías procesales – (contradicción o equilibrio?)*. Buenos Aires: Mediterránea, 2002, p. 49-50. Interessante trecho de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini defende a mesma linha: “[...] a investigação e o processo do crime organizado não podem fugir dos limites fixados pelo Estado; impõe-se o equilíbrio entre o garantismo e o eficientismo. Os dois grandes direitos em jogo (liberdade individual ‘versus’ segurança da sociedade) devem ser conciliados. Não haveria espaço nem para um sistema dotado de exageradas hipergarantias para o criminoso organizado nem para o chamado direito penal de guerra contra o inimigo (que admite a duplicidade de processo: um para o cidadão e outro para o inimigo, este último com garantias reduzidas)”. Ver Criminalidade econômica organizada. In: OLIVEIRA, William Terra et al. (org.) *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 176.

produzido e, por fim, a efetividade é a expressão do resultado em comparação com os objetivos almejados.³⁵⁰

A eficiência apresenta-se mais afeita ao processo penal, pois se mede pela qualidade do meio que ocasiona a produção de um resultado. Assim, destaca-se o procedimento justo apto a assegurar às partes o exercício de seus direitos e assegura as garantias constitucionais. Nesse sentido, será eficiente o meio de investigação que propiciar a descoberta da fonte de prova sem violar direitos e garantias fundamentais do imputado.³⁵¹ Com relação à persecução penal como um todo, não será o número de condenações que revelará sua eficiência, mas sim seu deslinde em tempo razoável, respeitados os direitos fundamentais do imputado.³⁵²

A tutela dos direitos processuais da parte contribui para o adequado desenvolvimento da dialética processual que, ao final, proporcionará a melhor decisão possível, seja de absolvição, seja de condenação. Destarte, o resguardo dos direitos e

³⁵⁰ Detalhadamente, afirma Scarance Fernandes: “Percebe-se que, conforme a etimologia dos vocábulos e consoante a definição a eles dada pelos dicionários, a eficiência expressa a capacidade, a força, o poder de algo que o leva a produzir um efeito. Portanto, o grau de eficiência é verificado pela maior ou menor qualidade do meio utilizado para que algo possa produzir um efeito, não pelo tipo de efeito por ele produzido. A eficácia é a qualidade do resultado produzido por algo. O grau de eficácia leva em conta o tipo de resultado atingido. Por fim, a efetividade é também a expressão do resultado produzido por algo, resultado esse que corresponde ao atingimento de determinadas finalidades. A efetividade é avaliada pelo sucesso dos resultados em cotejo com os objetivos esperados”. VER Noções de eficiência e garantismo. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de e ZANOIDE DE MORAES, Maurício. (coord.) *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 18. Ver também p. 21.

³⁵¹ Cf. SCARANCE FERNANDES, Antonio. Op. cit., p. 25 e CAFFERATA NORES, José I. La eficacia de la investigación penal..., p. 53-54.

³⁵² PEREIRA, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado...*, p. 92. Note-se que o fator temporal e a duração razoável da persecução penal são critérios relativos. Em geral, o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos investigados enseja uma demora na persecução penal, por exigir a efetivação do contraditório tanto em seu viés de ciência dos atos praticados ao imputado, quanto no que tange ao direito de reação. Mas esse é o tipo de demora salutar ao processo. Como afirma Aury Lopes Jr., “[...] a velocidade da notícia e a própria dinâmica de uma sociedade espantosamente acelerada são completamente diferentes da velocidade do processo, ou seja, existe um tempo do direito que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E o Direito jamais será capaz de dar soluções à velocidade da luz”. Ver (Des)Velando o Risco e o Tempo no Processo Penal. In: GAUER, Ruth M. Chitto (org.). *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 165. No caso específico da investigação sigilosa, notadamente da *ação controlada*, a duração deve ser restrita ao mínimo necessário à obtenção dos elementos probatórios indispensáveis ao oferecimento da denúncia, porquanto efetuada à revelia daquele que sofrerá seus efeitos. Porém, a concretização de seus direitos será feita em momento posterior.

garantias fundamentais influencia diretamente a eficiência do processo e a consecução de suas finalidades.³⁵³

É certo que a concepção de eficiência também está ligada a um avanço metodológico, e não apenas tecnológico, da investigação, ou seja, não basta avançar no sentido de aprimorar técnicas especiais de investigação e utilizar a informática, embora também sejam indispensáveis.³⁵⁴ É necessário, sem dúvida, superar a visão arcaica de investigação levada a cabo por apenas uma pessoa e estimular a formação de equipes multidisciplinares cujo trabalho seja pautado por um método bem definido, como explorado no Capítulo II.³⁵⁵ Além disso, os investigadores não podem se dar por satisfeitos com a ponta do iceberg. Em geral, as pessoas surpreendidas no flagrante delito não são responsáveis pelas organizações criminosas, razão pela qual métodos de investigação, como a *ação controlada*, revelam-se instrumentos importantes para que a investigação transcenda o inicialmente imputado e atinja os coordenadores das atividades criminosas.³⁵⁶

Nesse contexto, a diretriz essencial para pautar uma atuação eficiente é a máxima da proporcionalidade, já que tem o condão de equilibrar os direitos fundamentais dos

³⁵³ GREVI, Vittorio. *Alla Ricerca di un Processo Penale Giusto...*, p. 14 e 43.

³⁵⁴ Nesse sentido, afirma Manuel Monteiro Guedes Valente: “Para prevenir e perseguir o crime organizado, consideramos que é necessário, mais do que meios e técnicas extremamente restritivas dos direitos e liberdades fundamentais, engenho e arte que emergirá dos operadores judiciais bem preparados técnica, profissional, acadêmica, científica e eticamente. Muitas das vezes a prova e a verdade estão a frente dos olhos que não querem ver, porque não têm a visão emergente daquele pensamento [...]”. Ver *Criminalidade organizada e criminalidade em massa: interferências e ingerências mútuas*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 164.

³⁵⁵ Sobre o tema, Cafferata Nores explica: “Y sobre todo el desafío de la criminalidad organizada no resiste la idea de uno o dos investigadores solitarios. Tenemos que pensar, en cambio, en integrantes de equipos interdisciplinarios, formados incluso a nivel universitario. Aquel investigador solitario que trabajaba sólo con la intuición en la época de la globalización de las comunicaciones, de las bases de datos y los métodos para entrecruzarlos, en la época de la Internet, resulta absolutamente insuficiente frente a organizaciones delictivas como las actuales. Tiene que haber una tecnificación de la investigación, un aprovechamiento constante de los avances científicos para lograr la prueba que permita la condena de los delincuentes organizados.” Ver *La eficacia de la investigación penal...*, p. 52.

³⁵⁶ LEMOS JR., Artur Pinto. A investigação criminal diante das organizações criminosas e o posicionamento do Ministério Público. *Caderno Jurídico*, ano 1, nº 3, out/01, ESMP, p. 61.

imputados e os bens constitucionalmente protegidos atinentes à segurança pública e à perseguição penal.³⁵⁷

Em realidade, a função da proporcionalidade não é autorizar as restrições aos direitos fundamentais, mas limitá-las, seja no âmbito legislativo, seja na prática judiciária.³⁵⁸ Sendo assim, será como uma pessoa que fica atrás da porta tentando fechá-la enquanto outra, a restrição, está tentando abri-la. Pode-se dizer, também, tratar-se de uma espécie de força de atrito, como se fala em Física, evitando que a restrição ande além do necessário.

Quando se cuida de investigações relativas a crimes praticados por organizações criminosas, existe a tendência de deixar a porta um pouco mais aberta para que se faça a devida contraposição com o risco e o dano causado aos bens jurídicos da sociedade. É possível, também, que a porta fique aberta por mais tempo do que o normal, o que observamos na duração do sigilo de uma investigação que se vale da *ação controlada*.

Isso não significa, todavia, como bem claro ficou neste item, que os direitos e garantias fundamentais serão alvejados em nome da eficiência almejada no combate à criminalidade organizada. Isso porque a eficiência processual depende do adequado acerto fático para a correta aplicação da lei penal, o qual será tanto melhor quanto maior for a dialética envolvida, o exercício do direito de defesa, a proteção da intimidade do imputado, entre outros direitos e garantias cuja concretização é imperiosa.

Figueiredo Dias tem uma percepção muito adequada da questão. Afirma que o ponto de equilíbrio dos interesses conflitantes na criminalidade geral deve ser diferente daquele concernente à criminalidade organizada ou ao terrorismo, pois as vítimas possuem um direito à proteção reforçada nesses casos. Mas não se deve deixar de lado o necessário

³⁵⁷ Cf. SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na repressão..., p. 12; PEREIRA, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado...*, p. 43.

³⁵⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 311.

respeito à dignidade humana dos imputados, respeitando-se os princípios processuais penais clássicos de um Estado de Direito.³⁵⁹

É importante que essas ponderações sejam feitas abstratamente pelo legislador ao instituir os meios excepcionais de investigação da criminalidade organizada, de maneira a conferir segurança jurídica aos investigados. Ainda, se o legislador quiser prever uma hipótese de afastamento da aplicação de um determinado dispositivo de lei quando existir uma investigação de organização criminosa, deverá utilizar a proporcionalidade no processo legislativo, consignando a exceção na norma e estabelecendo seus requisitos. De outro lado, se a lei não possuir exceções, a legalidade deve prevalecer, sob pena de transformar a Constituição Federal em letra morta. Isso porque a criminalidade complexa justifica a utilização de meios mais invasivos de investigação, mas não autoriza o afastamento dos princípios do Estado Democrático de Direito. Assim, em uma situação extrema, na qual seja necessário optar entre obter os elementos informativos necessários à investigação e assegurar a observância da lei, a última opção deverá prevalecer.

No caso de falta de detalhamento no tratamento legal da técnica ou do método de investigação admitido no combate à criminalidade organizada, o magistrado poderá fazer a análise da proporcionalidade no caso concreto, mas não poderá aceitar qualquer restrição a direitos fundamentais sem que haja argumentação constitucional que a justifique.³⁶⁰ Admitir meios mais invasivos de investigação em situações excepcionais não significa permitir sua utilização ilimitada e em desatenção aos mandamentos constitucionais. Os fins não justificam os meios nessa seara.

³⁵⁹ O autor desenvolve o seguinte raciocínio: “É minha profunda convicção que, se nos não decidirmos em favor de uma consideração diferenciada deste teor, chegaremos, em breve prazo, a uma situação insuportável: a de nos vermos confrontados com a existência de seres humanos – os terroristas primeiro, os criminosos especialmente perigosos e brutais depois, em seguida sabe-se lá quem mais... – aos quais é retirada pura e simplesmente a proteção do Direito e são degradados à condição de não-pessoas, de inimigos ou excluídos”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 71, v. 16, 2008, p. 26.

³⁶⁰ Partiu-se do pressuposto de que a teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é ultrapassada, devendo prevalecer a teoria relativa sobre o tema: “Por essa teoria todo o direito disposto em norma fundamental com estrutura normativa de princípio pode ser restringível desde que exista argumentação constitucional para isso”. Ver ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 333.

Assim, é importante que o ponto de equilíbrio entre eficiência e garantismo no combate à criminalidade organizada seja definido legalmente e que a atuação dos órgãos de persecução penal seja pautada de forma irrestrita pelas normas infralegais pertinentes e pelos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, sob pena de provocar a nulidade da investigação e, possivelmente, inviabilizar eventual persecução penal.

Somente podem ser considerados válidos os atos praticados conforme o modelo legal estabelecido, devendo ser imposta sanção àqueles praticados em desconformidade com a lei, esta que deve variar de acordo com a intensidade do desvio do tipo legal. O vício que enseja a inaptidão do ato para produzir efeitos no mundo jurídico é chamado de ‘nulidade’ pela doutrina. A nulidade, portanto, é uma espécie de invalidade que depende de pronunciamento judicial para ser reconhecida.³⁶¹

Pouco se fala sobre o reconhecimento da nulidade de atos praticados na fase inicial da persecução penal antes do recebimento da denúncia e consequente deflagração da ação penal.³⁶² Contudo, é indispensável sancionar os possíveis vícios da fase investigativa e tomar as providências para que não produzam qualquer efeito.³⁶³ Sendo assim, constatada a ilegalidade da prática de um ato no âmbito da investigação, é possível que o magistrado, desde logo, seja instado a se manifestar e reconhecê-la, de modo a impedir que irradie efeitos, a começar pela utilização dos elementos colhidos por seu intermédio na instrução

³⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

³⁶² Em verdade, o STF entende não ser possível a anulação do processo em razão de irregularidades do inquérito, AgRG 654.192.

³⁶³ O tema enseja inúmeras discussões que não cabem neste trabalho. Aqui interessa apenas deixar clara a possibilidade de reconhecer a nulidade de atos praticados em desconformidade com o modelo legal na fase inicial da persecução penal antes mesmo de iniciada a ação penal. Nesse sentido, sobre a discussão acerca da possibilidade de reconhecer a nulidade dos atos no âmbito das investigações preliminares: “[...] tanto faz se queira denominar todas essas ilegalidades como hipóteses de invalidades, causas de nulidades ou de ineficácia: o nome pouco importa, pois o mais importante é que haja uma conscientização de que é imprescindível uma teorização/aplicação quanto a um sistema sancionatório satisfatório dos vícios que podem ocorrer no curso da persecução penal preliminar”. PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O Prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 423.

da peça acusatória.³⁶⁴ Sobre nulidades e investigação, ilustrativo é o trecho a seguir de Jorge Paschoal:

[...] garantem o respeito às formas previstas pelo legislador como condição para se chegar a uma verdade processualmente válida, em prol da proteção dos direitos e garantias fundamentais, os quais não atrapalham, mas contribuem para uma melhor investigação.³⁶⁵

Portanto, se um ato de investigação for praticado em afronta à previsão legal ou à ordem constitucional, ainda que com o escopo de averiguar uma organização criminosa, sua nulidade deverá ser decretada. Essa consequência tem especial impacto no que tange à *ação controlada*, pois não se trata de um meio de obtenção de prova específico que poderá ser feito de acordo com os ditames legais. Em se tratando de um método investigativo que abarca diversas técnicas, sua utilização em desconformidade com a lei poderá ensejar a nulidade de toda a investigação sigilosa e inutilizar todos os dados obtidos, impossibilitando a deflagração da ação penal. E na inadequada possibilidade desses elementos informativos serem utilizados na fundamentação de uma denúncia, deverão ser considerados ‘prova ilícita’.³⁶⁶ Além disso, considerando que a clandestinidade é um fator importante para sua eficácia, a partir do momento em que a ‘operação’ é deflagrada e os imputados sabem que poderão ser objeto de nova investigação, não será possível a obtenção dos mesmos dados que foram perdidos.

Em última instância, é possível que uma investigação efetuada em desacordo com a lei seja anulada e tenha como consequência a impunidade dos membros da organização criminosa, o que reforça a necessidade de a Polícia e o Ministério Público zelarem pela

³⁶⁴ O instrumento para tanto será o *Habeas Corpus*, pois a inutilização dos elementos obtidos por meio dos atos inválidos ensejará a falta de justa causa para a propositura da ação penal e evitará o risco de perda da liberdade do investigado.

³⁶⁵ PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O Prejuízo e as nulidades processuais penais...*, p. 93.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 424, nota 1299.

legalidade da atividade investigativa como forma de assegurar o exercício do *ius puniendi* estatal.

A exata medida do tratamento peculiar da investigação sigilosa aplicável apenas à criminalidade organizada ou ao terrorismo será objeto do capítulo a seguir, no qual serão delimitadas as condições exigidas para a utilização desse método excepcional de investigação. Por enquanto, basta concluir que a inobservância das exigências legais e das decorrentes da ordem constitucional expostas adiante ensejará a nulidade da *ação controlada*.

CAPÍTULO IV – AÇÃO CONTROLADA: UMA ANÁLISE LEGAL E UMA PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO

Todo o arcabouço teórico desenvolvido até este ponto teve o único objetivo de fornecer as ferramentas adequadas para a interpretação da lei que criou a *ação controlada* em nosso ordenamento. O desígnio foi possibilitar uma melhor compreensão do instituto, bem como propiciar um exame crítico do tema, ensejando a apresentação de uma proposta de regulamentação consentânea com a metodologia da investigação criminal exposta e com os direitos e garantias fundamentais que emergem da posição jurídica do imputado. Nesse sentido, este capítulo será dividido em duas grandes partes. A primeira será destinada a uma análise *de lege lata*, isto é, da lei tal como está positivada no que tange à *ação controlada*, explorando as exigências legais para sua utilização. De outro lado, a segunda parte terá em vista o aprimoramento dos dispositivos legais estudados, indicando possíveis mudanças *de lege ferenda* ou a adequada interpretação que deve ser dada pelos operadores do Direito, sobretudo pelos magistrados.

4.1 TRATAMENTO LEGAL DA AÇÃO CONTROLADA

No primeiro capítulo já foi levada a cabo uma apresentação do instituto, na qual foram explorados natureza, momento de utilização, objeto e finalidade. A *ação controlada* restou definida como o método de investigação utilizado na fase inicial da persecução penal com o escopo de alcançar uma maior eficácia do suporte probatório para a denúncia. Além disso, naquela ocasião foi anotado que o artigo 8^a da Lei n. 12.850/2013 é, atualmente, o responsável pelo tratamento legal da *ação controlada*, tendo substituído o artigo 2º, inciso II da Lei n. 9.034/95, que a introduziu na legislação brasileira. No interregno entre as duas leis, foi promulgada a Lei n. 10.409/2002, que introduziu a figura da não atuação policial com relação às operações de tráfico de entorpecentes,

flexibilizando o dever de agir do agente da polícia diante de um flagrante delito com o objetivo de identificar o maior número possível de envolvidos nesse tipo de crime.³⁶⁷ Note-se que, apesar de a redação aludir a ‘portadores de produtos ilícitos’ quando possibilita a omissão do agente policial, não restringe o monitoramento do delito ao transporte das mercadorias, de maneira que a figura aí prevista não pode ser classificada como entrega vigiada.³⁶⁸ Após, esse preceito legal foi praticamente repetido na Lei n. 11.343/2006,³⁶⁹ regulamentadora das questões atinentes ao tráfico de entorpecentes.³⁷⁰

O primeiro dispositivo a tratar do tema (ou o segundo mencionado acima) restringiu-se a descrever o que o legislador entendia por *ação controlada*, não trazendo qualquer outra diretiva acerca de sua utilização.³⁷¹ O novo diploma legal (a Lei n.º

³⁶⁷ Sobre a diferença entre *ação controlada* e entrega vigiada ver item 1.4.4a. Prescrevia o texto legal.

Art. 33. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos na [Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995](#), mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

(...)

II – a não-atuação policial sobre os portadores de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que entrem no território brasileiro, dele saiam ou nele transitem, com a finalidade de, em colaboração ou não com outros países, identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II, a autorização será concedida, desde que:

I - sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores;

II - as autoridades competentes dos países de origem ou de trânsito ofereçam garantia contra a fuga dos suspeitos ou de extravio dos produtos, substâncias ou drogas ilícitas transportadas.

³⁶⁸ Ver item 1.3.2.1.1, especialmente a nota 54.

³⁶⁹ 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:

(...)

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

³⁷⁰ A figura da não-atuação policial da Lei 11.343/2006 diz respeito, apenas, aos métodos de investigação relativos ao tráfico de drogas e, embora vislumbre a existência da *ação controlada*, não será o foco do estudo, merecendo alguns apontamentos eventuais. Toda a análise será concentrada no artigo 8º da Lei n. 12.850/2013.

³⁷¹ Lei n. 9.034/95: Art. 2. - 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

12.850/13), por sua vez, trouxe uma tentativa de aprofundar o tratamento da matéria, embora tenha, ainda, ficado muito aquém do desejável.

Em paralelo à evolução legislativa, pouco progresso foi observado. A jurisprudência, conforme será demonstrado no item 4.2, é precária e revela um entendimento ultrapassado sobre a *ação controlada*. Por outro lado, a doutrina quase não se aventura na exploração do assunto e, quando o faz, é em páginas de artigos genéricos sobre meios de investigação atinentes à criminalidade organizada, nunca num estudo integralmente dedicado ao assunto, prejudicando a compreensão de sua verdadeira essência. Prova disso é a repetição impensada de que *ação controlada* seria uma espécie de ‘flagrante diferido’, o que será demonstrado equivocadamente no item 4.1.2.³⁷²

Já foram abordados alguns pontos relevantes relativos à inserção da *ação controlada* no contexto da nova lei sobre organizações criminosas, quais sejam sua natureza de método, o momento processual de sua utilização e a indicação de sua finalidade de busca de maior eficácia do suporte probatório.³⁷³ Agora, interessa concentrar o exame nas exigências legais para seu emprego, que são extraídas da leitura do texto da Lei n. 12.850/2013. Em virtude disso, sua transcrição no corpo do texto, incluindo o parágrafo 1º, revela-se indispensável:

Art. 8º Consiste a ação controlada 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

a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações [...].

³⁷² Embora nenhuma das leis regulamentadoras da *ação controlada* tenha consignado expressamente que o retardamento da atuação refere-se à prisão em flagrante, essa sempre foi a interpretação dada pela doutrina à expressão ‘interdição policial’ da Lei n. 9.034/95. Todavia, a interpretação literal desta lei já permite um entendimento mais abrangente. A impressão é reafirmada com a redação da nova lei (Lei n. 12.850/13) que traz a expressão ‘intervenção policial ou administrativa’, que tem uma acepção mais ampla. Ambas, todavia, devem ser entendidas como medidas que fazem cessar a ação delitiva, pois este é o dever de agir das autoridades públicas diante de um ato ilícito, já que devem zelar pela legalidade (artigos 5º e 37 da Constituição Federal).

³⁷³ Item 1.4.

que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

A lógica do método de investigação estudado e a leitura segmentada do dispositivo de lei transcrito acima possibilitam a extração de um pressuposto, um meio de execução, uma finalidade, um requisito cogente e uma condição de legalidade para a adequada utilização da *ação controlada*. Além disso, há um requisito eventual, no caso de investigação transnacional. Os tópicos a seguir destinam-se à análise individualizada dessas exigências legais.

4.1.1 PRESSUPOSTO: NOTÍCIA DE REITERAÇÃO CRIMINOSA

O antecedente necessário para a existência de qualquer *ação controlada* consiste na existência de uma prática criminosa que se protraia no tempo de maneira a permitir seu monitoramento. Sem esse pressuposto, não há que se falar em retardamento de intervenção policial ou administrativa para outro instante, já que a atividade delituosa estaria esgotada em um momento anterior.

Tradicionalmente, vincula-se esse dever de agir às situações flagranciais. Além disso, evoca-se o disposto no artigo 303 do Código de Processo Penal³⁷⁴ para indicar o tipo de criminalidade que faz emergir a necessidade de intervenção das autoridades públicas

³⁷⁴ Art. 303: Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

durante um longo período. Segundo esse dispositivo, nos crimes permanentes³⁷⁵ o agente será considerado em flagrante delito enquanto não cessar a permanência, estendendo-se o dever de agir do agente público para todo o período da consumação.

No entanto, a utilização da *ação controlada* não deve se restringir às hipóteses de crime permanente, já que a lei apenas menciona o retardamento de intervenção policial ou administrativa como meio de execução, sem especificar as situações em que essas intervenções mostram-se necessárias. Dessa maneira, o pressuposto de utilização da *ação controlada* deve abarcar, também, outras formas de reiteração de condutas, ainda que a prática criminosa não seja ininterrupta. O importante é que as circunstâncias permitam a postergação da atuação imperativa de um policial ou de uma autoridade administrativa, implementando o monitoramento das práticas criminosas. Assim, crimes habituais³⁷⁶, continuados³⁷⁷ e condutas criminosas em concurso material³⁷⁸ também podem ser objeto do método de investigação em estudo, pois ambas as categorias apresentam pluralidade de ações ou reiteração de condutas que se prolongam no tempo e permitem que o agente público opte por intervir em um momento posterior, de modo a obter mais elementos informativos.

Ressalte-se ainda que, com a introdução do tipo de organização criminosa por meio do artigo 2º da Lei n.º 12.850/13, nas ações relacionadas a esse tipo de associação para delinquir, sempre haverá uma prática criminosa permanente, de maneira que o pressuposto será atendido sempre que obedecido o requisito relativo à organização criminosa (item 4.1.4.1.2). De qualquer maneira, embora a conduta que se enquadre nesse tipo penal sempre preencha o pressuposto exigido na lei em apreço, é necessário esclarecer que, em

³⁷⁵ “Crime permanente “é aquele em que a consumação se protraí no tempo”. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Brita Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 474.

³⁷⁶ “O delito é habitual quando a sua realização típica indica um estilo de comportamento ou um modo de ser peculiar do agente”. Ibid., p. 470.

³⁷⁷ “Ocorre o crime continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”. Ibid., p. 462.

³⁷⁸ “Ocorre o concurso material (ou real) de infrações quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não.” Ibid., p. 642.

geral, essas organizações são especializadas na prática de determinadas condutas, repetindo-as inúmeras vezes, sendo que a reiteração de algumas práticas criminosas despertará a atenção da autoridade e ensejará a perquirição acerca dos fatos para que se averigue a existência das demais condições impostas pela lei para a utilização da *ação controlada*. Assim, o caminho comumente percorrido na investigação não parte da conclusão da existência de uma organização criminosa que justifique o retardamento da intervenção policial ou administrativa e exija o monitoramento da ação. Ao contrário, parte da constatação da reiteração de condutas delituosas e, após uma análise mais acurada da situação fática, conclui-se pela relação com a criminalidade organizada ou não.

Portanto, a partir da notícia de existência de um crime permanente, habitual, continuado ou condutas em concurso material, a autoridade policial poderá verificar o atendimento às exigências legais para averiguar ser caso de utilização da *ação controlada*. Antes de tal constatação, a aplicação desse método de investigação não poderá ser autorizada pela autoridade judicial. Todavia, no caso do método de investigação ser indevidamente utilizado sem a observância do pressuposto legal, deverá ser considerado nulo e os elementos informativos eventualmente obtidos em seu bojo não poderão subsidiar a propositura de uma denúncia, sob pena de serem considerados prova ilícita.

4.1.2 MEIO DE EXECUÇÃO: “RETARDAR INTERVENÇÃO POLICIAL OU ADMINISTRATIVA” POR MEIO DO MONITORAMENTO DA AÇÃO CRIMINOSA

As primeiras palavras escolhidas pelo legislador para descrever a *ação controlada* são “retardar a intervenção policial ou administrativa”. O verbo ‘retardar’ refere-se a dois tipos diferentes de intervenção: a policial e a administrativa. Semanticamente, ‘retardar’

indica protelar, adiar, procrastinar, isto é, deixar para um momento posterior.³⁷⁹ Isso significa que as intervenções exigidas dos servidores públicos, sejam eles integrantes da polícia ou de qualquer outro órgão administrativo, poderão deixar de ser efetuadas no instante imposto pela lei, mas não poderão deixar de ser feitas.

Tradicionalmente, pensa-se na prisão em flagrante como forma de intervir na prática delituosa, mas outras formas podem ser pensadas e, conseqüentemente, retardadas. Em primeiro lugar, apesar de já existir o crime de organização criminosa que justifique a prisão em flagrante em qualquer momento do monitoramento, é comum que a deflagração das operações policiais envolva representação por prisão temporária ou preventiva. Além disso, é tradicional a utilização do mandado de busca e apreensão concomitantemente, que podem ser acompanhados de autorizações judiciais específicas para análise de arquivos digitais e câmeras de vigilância. Por fim, no que concerne à atuação policial, as medidas cautelares reais são muito úteis nesse momento, haja vista sua função de sufocar financeiramente as organizações criminosas.³⁸⁰ Não se pode olvidar, todavia, que a deflagração de um processo administrativo disciplinar ou de uma fiscalização também pode ter o efeito de fazer cessar a atividade delitiva ou, ao menos, de tornar pública a investigação, impedindo que novos elementos de prova sejam colhidos.

Destaque-se que a utilização do verbo ‘retardar’ passa a ideia equivocada de inação. Na verdade, a postergação diz respeito apenas à atuação ostensiva das autoridades, às manobras que fariam cessar a atividade delitiva e revelariam a investigação em curso. No entanto, em vez de haver uma conduta omissiva, são implementados mecanismos de investigação de forma clandestina para se atingir a finalidade de obtenção de um melhor arcabouço probatório.

³⁷⁹ Dicionário Houaiss Online. Disponível em: <https://acesso.uol.com.br/login.html?skin=houaiss&dest=REDIR/http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=retardar>. Acesso em: 14 dez. 2014.

³⁸⁰ Essas considerações foram formuladas com base em entrevista com o Delegado da Polícia Federal Rodrigo Costa, mas Aury Lopes Jr. (*Direito processual penal*. 9. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 810) e Gustavo Badaró (*Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012, p. 724) também ressaltam a prática das ações controladas culminares em representações de prisão temporária ou preventiva.

Ressalte-se que o agente policial ou a autoridade administrativa têm autorização para deixar de cumprir sua obrigação legal apenas por um período, acarretando o retardamento da efetivação da prisão em flagrante ou de qualquer outra medida que tenha o condão de fazer cessar a ação criminosa, que poderá não ser mais a mesma que ensejou o início da investigação. Isso porque a postergação da atuação envolve o risco de perda da eventual situação flagrancial inicial, embora o monitoramento tenha como um de seus objetivos justamente controlar a manutenção da ação delituosa.³⁸¹

A doutrina, equivocadamente, enfatiza o suposto aspecto omissivo da utilização da *ação controlada*, considerando-o, muitas vezes, definidor de sua natureza.³⁸² Sucede que ao mesmo tempo em que os agentes públicos deixam de praticar uma conduta a eles imposta pela lei, colocam em prática uma estratégia investigativa com intensa utilização de meios de obtenção de prova invasivos. Isso significa que não se constata qualquer omissão estatal na execução da *ação controlada*, sendo necessária uma visão mais abrangente do instituto para compreendê-lo de forma plena.

Como exposto no decorrer deste estudo, a *ação controlada* é uma estratégia complexa que abarca diversas *técnicas especiais de investigação* e depende de um profícuo conhecimento sobre a criminalidade organizada e a metodologia de investigação, de modo que, paralelamente ao retardamento de uma atuação policial com o escopo de intervir na ação criminosa, outras providências investigativas serão tomadas.

Já que se está a tratar da postergação da atuação estatal, que pode se externalizar por meio da prisão em flagrante, cumpre mencionar ser comum sua classificação como uma de suas modalidades, nomeadamente, ‘flagrante diferido’.³⁸³ Todavia, em uma abordagem mais crítica, autores como Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró já negam a natureza de ‘nova modalidade’ de prisão em flagrante para a *ação controlada*, definindo-a

³⁸¹ Como já afirmado no item anterior, a tipificação da organização criminosa possibilita a manutenção de uma situação de flagrante enquanto houver a associação.

³⁸² Nesse sentido, “[...] a ação controlada em si – que na verdade é uma omissão, pois se trata de retardar a atuação”. BITENCOURT, Cezar Roberto e BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 154.

³⁸³ Ver nota 64.

como um instrumento com vistas a dar maior eficácia à investigação. Até porque, como já dito, nem sempre será possível monitorar a prática delitiva sem que se perca a situação flagrancial, não se concretizando o chamado flagrante postergado.³⁸⁴

Esclarecido o ponto em que o retardamento da intervenção policial é um dos meios de execução da *ação controlada*, ao lado do monitoramento da ação que será analisado a seguir³⁸⁵, cumpre tecer algumas considerações sobre o tipo de intervenção a que se refere o texto de lei e o dever legal que a ela se vincula.

4.1.2.1 DEVER DE AGIR POLICIAL OU ADMINISTRATIVO

O perfeito entendimento acerca do tipo de intervenção a que alude o texto legal depende da leitura conjugada com outros trechos do dispositivo. O início do artigo 8º fala em “retardar a intervenção policial ou administrativa” e seu final prescreve “para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações”. Ao se falar em “concretização de uma medida legal”, permite-se concluir pela existência de um dever legal. Por outro lado, saber que a intervenção é “relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada” permite concluir tratar-se de um dever legal do agente público diante de uma prática criminosa.

O dever legal de agir diante do conhecimento de um ato ilícito emerge para policiais ou para os demais servidores administrativos de diferentes dispositivos legais³⁸⁶,

³⁸⁴ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012, p. 724 e LOPES JR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 810. Além disso, a prisão em flagrante é apenas uma das formas de intervenção estatal que pode ser postergada quando da utilização da *ação controlada*.

³⁸⁵ Item 4.1.2.2 infra.

³⁸⁶ Exemplificadamente, o dever de efetuar a prisão em flagrante está esculpido no artigo 301 do CPP e o poder disciplinar das autoridades administrativas, no artigo 143 do Estatuto dos Servidores Públicos (Lei n. 8.112/90).

sendo o artigo 37 da Constituição Federal³⁸⁷ o principal norteador de sua atuação. Em se tratando de servidores públicos em sentido lato, todos se submetem ao princípio da estrita legalidade, não possuindo discricionariedade no cumprimento das obrigações que a lei lhes impõe.³⁸⁸ A regra será o cumprimento do dever, salvo quando a lei expressamente os eximir, como faz o dispositivo ora em exame.

De acordo com o artigo 301 do Código de Processo Penal, as autoridades policiais e seus agentes devem efetuar a prisão daqueles que forem encontrados em flagrante delito.³⁸⁹ Portanto, uma das hipóteses em que é possível vislumbrar a utilização da *ação controlada* é estar diante de uma situação de flagrância³⁹⁰ da qual emerge o dever do agente policial de efetuar a intervenção. Note-se que, sendo a atividade da organização criminosa contínua e permanente, e existindo a tipificação da própria conduta associativa (ver item 4.1.4.1.2), seus membros sempre estarão em uma das situações de flagrância previstas no artigo 302, de maneira que, ao decidir omitir-se quando deveria efetuar a prisão, a autoridade policial está postergando a medida restritiva cogente. Outra possibilidade seria a identificação de reiteração de condutas que, embora não sejam ininterruptas, provoquem nas autoridades o justo receio de repetição, ensejando risco ao bem jurídico que deverá ser evitado por meio de uma intervenção.

³⁸⁷ Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

³⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, p. 317. O autor menciona os deveres que devem ser observados pelo servidores, sob pena de responsabilidade administrativa, previstos no artigo 116 do Estatuto do Servidor.

³⁸⁹ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

³⁹⁰ As situações de flagrante estão definidas no artigo 302 do CPP:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Por outro lado, o Estatuto dos Servidores Públicos, Lei n. 8.112/90, estabelece o poder-dever de punir as irregularidades dos servidores em seu artigo 143.³⁹¹ Estando submetida ao princípio da legalidade estrita, a autoridade que tiver conhecimento de uma infração no âmbito da repartição pela qual é responsável terá o dever de promover sua apuração por meio da devida sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar.³⁹²

Embora o superior hierárquico não possa efetuar nenhuma prisão em flagrante, deve zelar pelo cumprimento da lei por parte de seus subordinados, tomando as medidas cabíveis para fazer cessar a irregularidade constatada. Além disso, os procedimentos de apuração das infrações são pautados pelo princípio da ampla defesa e contraditório, exigindo a comunicação ao investigado dos fatos a ele imputados, de modo que qualquer apuração feita a sua revelia, assim como no âmbito da investigação criminal, viola os direitos e garantias fundamentais do funcionário público.

Outra forma de intervenção das autoridades administrativas é dirigida aos administrados e tem como objetivo fiscalizar a observância das normas e, eventualmente, impor sanções administrativas. Trata-se do Direito Administrativo Sancionador, que guarda relação com o ‘poder de polícia’ estatal.³⁹³ Inúmeras são as normas que prescrevem condutas aos cidadãos, preveem sanções não penais para seu descumprimento e regulamentam a forma como os agentes públicos devem efetuar a fiscalização. No Direito Tributário, por exemplo, o artigo 194 do CTN anuncia que as leis tributárias específicas sobre cada tributo tratarão dos poderes de fiscalização das autoridades administrativas, impondo-lhes o dever de agir. Todavia, a deflagração do exercício da atividade fiscalizatória também pode ter o condão de fazer cessar a conduta ilícita investigada, de

³⁹¹ Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

³⁹² Celso Antonio Bandeira de Mello ressalta que “[...] a autoridade que tiver conhecimento de irregularidade é obrigada a promover-lhe a apuração imediata”. Ver *Curso de Direito Administrativo...*, p. 320.

³⁹³ Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello: “[...] a atividade de polícia envolve também os atos finalizadores, através dos quais a Administração Pública previamente acautela eventuais danos que poderiam advir da ação dos particulares”. Ibid., p. 320.

forma que sua postergação pode ser necessária para assegurar maior eficácia à atividade investigativa.

Assim, a introdução, na nova lei, da figura da *ação controlada* no que tange às intervenções administrativas tem em vista, assim como no âmbito das atividades policiais, a necessidade de manter a investigação sob sigilo enquanto não tiverem sido coletados dados suficientes à solução do problema inicialmente apresentado, pois a publicização da investigação poderá causar danos ao seu resultado. Ressalte-se que a previsão inexistia na antiga Lei n. 9.034/95, que autorizava apenas a postergação da atuação das autoridades e dos agentes policiais.

Considerando a visão ultrapassada da doutrina sobre a omissão dos agentes públicos diante do dever de agir, muitos autores destacam a impossibilidade de enquadrar a suposta conduta omissiva no tipo de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal,³⁹⁴ pois a lei expressamente autoriza o retardamento. Falam, assim, em excludente da ilicitude da conduta omissiva.³⁹⁵ No entanto, de acordo com a visão de que a *ação controlada* não implica uma omissão, mas sim uma substituição da intervenção que faria cessar a prática criminosa por uma atuação investigativa, não há que se falar em prevaricação, porquanto muitos atos são praticados pelas autoridades.³⁹⁶

³⁹⁴ Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

³⁹⁵ No sentido de que a previsão legal da ação controlada exclui sua antijuridicidade, cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 107. O autor dá destaque para os casos em que a ação controlada utiliza a infiltração de agentes como uma de suas técnicas, afirmando que as condutas desses agentes também serão abarcadas pela causa excludente de ilicitude.

³⁹⁶ Existe a preocupação de evitar o emprego distorcido da *ação controlada* isto é, que não seja utilizada para dar ares de licitude a comportamentos dolosos dos agentes públicos que se omitem no cumprimento do seu dever legal sem levar a cabo uma investigação. No entanto, se todas as exigências legais estiverem presentes, a utilização desse método de investigação será legítima e a ilicitude, definitivamente, será afastada. Sendo assim, o controle judicial prévio do plano estratégico da *ação controlada*, que envolve a análise da existência de seu pressuposto, meio de execução, finalidade e requisitos, é indispensável. Sua função não será apenas a de assegurar os direitos e garantias fundamentais dos imputados, mas também de prevenir o descumprimento do dever legal de agir dos agentes públicos fora dos casos autorizados em lei, quando poderão sofrer a imputação da conduta de prevaricação.

Concluindo: a *ação controlada* é um método de investigação por meio do qual são perpetradas técnicas investigativas com o escopo de obter elementos de prova mais abrangentes, sem que os afetados pela investigação dela tenham ciência (em nome da eficiência). Para isso, as autoridades policiais ou administrativas devem deixar de agir de acordo com o imperativo legal, pelo menos durante um período, como um meio de execução dessa estratégia, desde que a prática criminosa seja submetida a intenso monitoramento por parte dos agentes públicos. Sendo assim, é necessário analisar essa forma de controle da ação delituosa.

4.1.2.2 MONITORAMENTO DA AÇÃO CRIMINOSA

Tem sido reiteradamente afirmado que a *ação controlada* consiste no retardamento do dever de agir da autoridade frente a uma ação de uma organização criminosa. Todavia, a lei impõe uma condição para tanto, autorizando a postergação da intervenção estatal “[...] desde que mantida (a ação) sob observação e acompanhamento [...] para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações”.

O monitoramento constante da prática criminosa é, portanto, condição de legalidade do retardamento do dever de agir da autoridade policial ou administrativa. Isso se justifica por três razões: a primeira é a necessidade de acompanhar o desenrolar das atividades da organização criminosa de maneira a não perder a reiteração das condutas, possibilitando a deflagração da atuação estatal em momento posterior; a segunda é a necessidade de se verificar o tipo de crime que está sendo cometido, isto é, o grau de lesões que estão sendo admitidas aos bens jurídicos protegidos; e a terceira é a necessidade de se colherem elementos de prova que transcendam a situação inicial que deflagrou a investigação. Especial atenção será dada à última justificativa.

Assim, enquanto perdurar a *ação controlada*, diversas técnicas de investigação, especiais ou não, deverão ser realizadas para cumprir a finalidade legal. Todavia, é exigência da lei que dentre elas estejam, sempre, mecanismos de vigilância que possibilitem os efetivos acompanhamento e monitoramento da atuação da organização criminosa.

Nesse contexto, podemos afirmar que a *ação controlada* é dependente de um acervo instrumental para ser admitida e para atingir seus fins.³⁹⁷ A própria Lei n.º 12.850/13 prevê mecanismos interessantes e úteis para atingir esse desígnio, em seu artigo 3º, nomeadamente: infiltração de agentes; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos; 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; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; e afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal.³⁹⁸⁻³⁹⁹

³⁹⁷ Adiante, quando for abordado o plano estratégico da *ação controlada* (item 4.3.1), será afirmado que esse acervo instrumental deverá ser previsto no momento em que a autorização para deflagração da operação for solicitada ao juiz competente. De acordo com os dados inicialmente coletados, a autoridade investigadora deverá se valer da teoria dos modelos e, desde logo, prever os dados faltantes e os instrumentos necessários para sua obtenção. Assim, será possível não apenas demonstrar o condão de atingir a finalidade de obter mais elementos informativos sobre o caso, mas também será atestado o adequado meio de execução do método de investigação, o monitoramento da ação criminosa.

³⁹⁸ Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

³⁹⁹ No entanto, quase todos são meios de obtenção de provas atípicas, de maneira que, para sua utilização, também será necessária uma prévia regulamentação da qual, indiretamente, depende a legalidade da *ação controlada*. Guilherme Madeira Dezem afirma que, apesar do princípio da liberdade das provas, “[...] há a necessidade de estabelecimento de regras claras para a produção desta prova, com a participação das partes, devendo tal prova ser avaliada pelo julgador. O conteúdo do direito à prova liga-se, assim, diretamente à idéia de tipicidade processual.” Ver *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas: atualizado de acordo com as Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08*. Campinas: Millennium, 2008, p. 143.

Conquanto não seja o foco deste estudo analisar cada uma dessas técnicas isoladamente, descrevendo as regras já existentes em nosso ordenamento e sugerindo outras que ainda podem ser positivadas, é importante trazer à baila algumas considerações doutrinárias sobre os mecanismos de vigilância, ideia já introduzida no item 1.3.2.1.1, de modo a compreender melhor a intenção da lei e, também, apresentar técnicas utilizadas em outros países que possam servir de inspiração para futura regulamentação no Brasil.

Como já afirmado no item sobre as *técnicas especiais de investigação*, a incapacidade de os instrumentos existentes atenderem às necessidades que emergem na persecução da criminalidade organizada exige a criação de novos mecanismos que possibilitem ultrapassar a figura dos peões das organizações, atingindo os verdadeiros responsáveis por elas.⁴⁰⁰

Todavia, o desenvolvimento tecnológico é muito mais rápido do que a capacidade do legislador de prever e regulamentar técnicas de monitoramento e vigilância, de maneira que o ideal é prever regras rígidas quanto à preservação dos direitos e garantias fundamentais dos investigados, mas flexíveis no que tange ao instrumento utilizado, isto é, adaptáveis a diversas tecnologias.

Como afirma Gary Marx, as formas de vigilância não são utilizadas de maneira estanque. Ao contrário, vídeo, áudio, entre outros, são geralmente combinados e podem ser ativados das mais diversas formas, incluindo calor, correntes de ar e pressão.⁴⁰¹ Uma forma conhecida de monitoramento que não está prevista expressamente em nossa legislação é a utilização de dispositivos eletrônicos ocultos em veículos da organização criminosa que, por meio da tecnologia de localização por satélites, enviam sinais sobre os percursos

⁴⁰⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson, 2005, p. 219.

⁴⁰¹ Nos Estados Unidos existe, desde 1968, o *Electronic Surveillance Statute*, que possibilita a espionagem eletrônica, dependente de autorização judicial, que permite o acompanhamento ininterrupto dos investigados. BECHARA, Fábio Ramazzini e MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América*. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; e ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coord.). *Crime Organizado – Aspectos Processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 164.

realizados para as autoridades policiais.⁴⁰² Outra é a possibilidade de monitoramento do fluxo financeiro em contas bancárias em tempo real.⁴⁰³ Por fim, interessante mencionar o sistema de intervenção de comunicações exclusivamente digitais existente na Espanha (SITEL).⁴⁰⁴

O autor enumera dez características das novas tecnologias de vigilância que fazem jus à menção, pois levam a interessantes reflexões. Segundo ele, as novas técnicas (i) transcendem distâncias e barreiras físicas; (ii) transcendem barreiras temporais, por permitirem gravações, armazenamento e transmissões; (iii) em geral, são invisíveis ou têm baixa visibilidade; (iv) não dependem da voluntariedade do investigado; (v) visam à redução de riscos, isto é, à prevenção das condutas criminosas; (vi) permitem o monitoramento com menores custos e empenho; (vii) envolvem a descentralização da vigilância, que pode ocorrer em qualquer lugar e a qualquer momento; (viii) alargam o número de suspeitos, isto é, no mundo moderno, qualquer um é um investigado em potencial; (ix) são mais intensivas; e (x) são mais extensivas.⁴⁰⁵

402 Cf. MARX, Gary T. *Undercover: police surveillance in America*. Oakland: University of California Press, 1988, p. 213-215; e OSTERBURG, James W. e WARD, Richard H. *Criminal Investigation: a method for reconstructing the past*. New Providence: Anderson Publishing, 2010, p. 211.

403 Instituto que parece peculiar do direito português, o controle de contas bancárias é autorizado judicialmente e obriga a instituição financeira a comunicar o juízo de qualquer movimentação no prazo de 24 horas. Estabelecida pela Lei 5/2002 no artigo 4º. Ver RUSSO, Luciana e GEMAQUE, Silvio César. Crime Organizado em Portugal. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; e ZANOIDE DE MORAES, Maurício. (coord.). Op. cit., p. 301. O monitoramento financeiro pode trazer muitos benefícios à investigação sendo consequência da já consolidada técnica do *follow the money*: “By tracing the path taken by illicit profits, police can obtain valuable information on cash deposits, property transactions, fund purchases, real estate ownership, and foreign currency transfers.” LYMAN, Michael D. e POTTER, Gary W. *Organized Crime...*, p. 386. No mesmo sentido, Markus Orgis afirma: “Dado que beneficiarse al máximo de su comercio ilegal representa el motivo principal para sus actividades, descubrir el flujo del dinero podría no sólo guiar a los funcionarios de investigación hasta a los traficantes, sino también contribuir de manera sustancial a proporcionar pruebas utilizables en un juicio ante un tribunal penal”. Ver Operaciones impulsadas y guiadas por inteligencia, la mejor opción para combatir las amenazas preeminentes. Cf. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio et. al. *Cuestiones de inteligencia en la sociedad contemporánea*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2012, p. 160.

404 De acordo com José Julio Fernández Rodrigues, o SITEL (Sistema de Interceptación de Telecomunicaciones) é usado para intervir em comunicações efetuadas por telefones celulares, chamadas e mensagens de texto, mas não capta imagens, vídeos, mensagens multimídia ou e-mails, ainda que transmitidos por meio do aparelho móvel. Ver La intervención de las comunicaciones digitales: a propósito del sistema SITEL. In: FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio Fernández et. al. Op. cit., p. 66-67.

405 MARX, Gary T. Op. cit., p. 217-219.

Como se percebe, algumas das características têm em vista uma vigilância constante com o escopo de proteção em uma sociedade que se entende em risco. Quando se fala, por exemplo, que qualquer um pode ser considerado investigado, não se está referindo a uma vigilância com objeto definido como a desenvolvida no âmbito de uma *ação controlada*, mas a um permanente monitoramento de um determinado local com o objetivo de evitar o perigo, por exemplo, uma loja de departamentos na qual se tema a realização de furtos.

Deve-se cuidar, nessa conjuntura, para que não se alargue demasiadamente o âmbito de monitoramento de uma *ação controlada*. Isso porque apesar de o instituto ter como razão de ser a necessidade de obter elementos de prova que atinjam, sobretudo, as pessoas com poder de comando no âmbito de uma organização criminosa, deve-se ter muita cautela para que só sejam constantemente vigiados – e, conseqüentemente, tenham sua esfera individual afetada – aqueles que possuam fortes indícios de ligação com a organização criminosa sob análise. As técnicas de monitoramento, utilizadas com o máximo cuidado e parcimônia, são um mal necessário. O desafio é impedir que se tornem intoleráveis.⁴⁰⁶

Outro problema relevante que surge com o monitoramento de uma ação criminosa é o limite de tolerância às violações de bens jurídicos. A *ação controlada* envolve, em sua natureza, um problema ético, qual seja a permissividade com relação ao cometimento de determinado crime. Ao contrário, o sistema autoriza a prisão em flagrante, apesar de anterior à condenação, porque não se admite presenciar uma lesão a um bem jurídico e nada fazer para cessá-la.⁴⁰⁷ Existe, portanto, uma colisão entre as diretivas.

A justificativa para tanto vem na toada dos instrumentos de combate ao crime organizado, isto é, se existe uma maior lesividade à sociedade, pode-se utilizar mecanismos excepcionais que não apenas intervenham de maneira mais contundente na

⁴⁰⁶ MARX, Gary T. *Undercover: police surveillance...*, p. 233.

⁴⁰⁷ Nesse sentido, Maurício Zanoide de Moraes conclui: “[...] o alto grau de probabilidade é um dos motivos que justifica e faz com que todos aceitem a legitimidade da prisão em flagrante”. Ver *Presunção de inocência no Processo Penal...*, p. 375.

esfera dos direitos e garantias do imputado, mas também tolerem algumas lesões menores a bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica em busca de uma maior eficiência no resultado final da persecução penal. Nesse contexto, a exigência do monitoramento com vistas a acompanhar as lesões aos bens jurídicos tem como objetivo e consequência evitar a efetivação de lesões desproporcionais.⁴⁰⁸

Explica-se com um exemplo. Imagine-se uma organização criminosa cuja principal atividade seja o roubo de cargas e seu posterior escoamento. Pode-se vislumbrar, sem avaliar os crimes-meio, lesão ao patrimônio privado e até à ordem econômica, pois a venda dessa mercadoria por um valor inferior ao razoável prejudicará os empresários que arcam com todos os custos da cadeia produtiva. Pois bem. O tipo penal de roubo tem pena máxima superior a quatro anos. Logo, respeitados os demais requisitos para se afirmar a existência de uma organização criminosa, poder-se-ia imaginar a utilização de uma *ação controlada* na investigação dos fatos quando se tiver notícia de que as cargas são regularmente interceptadas em determinado ponto de uma rodovia.

Coletados os elementos mínimos necessários à instrução de um plano estratégico de *ação controlada* e obtida a autorização judicial, pode ser deflagrado o monitoramento telefônico como técnica instrumental⁴⁰⁹ apta a viabilizar a coleta de elementos necessários ao esclarecimento dos vazios constatados nas hipóteses formuladas pelo investigador. É possível, todavia, que no decurso das escutas, os agentes policiais tenham ciência de que um dos chefes da organização criminosa determinou o assassinato de um de seus membros

⁴⁰⁸ Discussão parecida é travada no âmbito da utilização da figura do agente encoberto que, inclusive, é uma das técnicas que pode ser levada a cabo para viabilizar a ação controlada. Isso porque, quando um agente policial passa a fazer parte das atividades da organização criminosa, ele acaba por ser obrigado a praticar alguns atos ilícitos. E qual o limite disso? A doutrina afirma que não podem ser delitos graves e devem obedecer ao critério da proporcionalidade. Cf. PEREIRA, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 414. A Lei n. 12.850/13 regula o tema de forma insuficiente, mas admite a prática de lesões a bens jurídicos por parte do agente infiltrado se não for possível agir de outra forma, ao passo que o responsabiliza por qualquer atuação desproporcional. Vejamos: Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

⁴⁰⁹ A autorização da interceptação telefônica dependerá do atendimento aos requisitos da lei específica, não sendo automática quando do deferimento da ação controlada.

como punição pelo descumprimento do ‘regimento interno’. Nesse caso, como devem agir as autoridades?

Parece que a solução mais consentânea com a ordem constitucional seja o imediato fim do sigilo das investigações com a respectiva deflagração da operação que estava sendo preparada, tomando-se as medidas necessárias naquele momento para evitar a lesão ao bem jurídico vida, que se sobrepõe ao patrimônio e à ordem econômica no sopesamento de valores.

Embora a lei silencie sobre o tema, a solução emerge da aplicação da máxima da proporcionalidade, não sendo possível admitir que o Estado tolere a prática de crimes contra a vida em prol da formação de um conjunto probatório mais robusto para uma persecução mais eficaz em face de crimes contra o patrimônio ou qualquer outro bem jurídico cujo valor seja inferior à vida. Portanto, o monitoramento serve não apenas para coletar elementos de prova, assegurando a manutenção de uma situação de flagrância para que continuem sendo coletados elementos e, ao final, a atuação estatal ainda seja eficaz, mas também para avaliar a razoabilidade da tolerância com relação aos bens jurídicos tutelados pela ordem constitucional, fazendo emergir a necessidade de encerrar o método de investigação no caso de ser constatado um risco desproporcional ao que se está tentando proteger com a persecução penal, embora essa função não esteja literalmente prevista no texto legal. Isso posto, é o momento de analisar a finalidade da *ação controlada*: a obtenção de elementos informativos suficientes para instruir uma boa acusação.

4.1.2.3 CONCLUSÃO PARCIAL

O esforço empreendido neste item sobre o meio de execução da *ação controlada* (item 4.1.2) teve como objetivo deixar claro que não existe qualquer omissão das autoridades policiais ou administrativas, mas tão somente uma opção estratégica: troca-se a intervenção pela investigação. Assim, por meio do retardamento do cumprimento do dever

legal de agir, que teria como consequência a cessação da prática criminosa, possibilita-se a implementação de técnicas de investigação aptas a obter elementos informativos que tornarão o suporte probatório mais robusto. A técnica central que possibilita o acompanhamento da reiteração das condutas com a convicção de ainda haver situações flagranciais em ocorrência é o monitoramento, que pode ser levado a cabo pelas diversas maneiras descritas acima. Mas, concomitantemente, outros meios de obtenção de prova devem ser executados, caso contrário, haverá a conduta omissiva caracterizadora da prevaricação.

Assim, a condição para a legalidade do retardamento da intervenção da atuação das autoridades policiais e administrativas é o dever de realizar uma intensa atividade de investigação, pois a finalidade da ação *controlada* é o aumento da eficácia da busca pelo suporte mínimo probatório, que deve nortear toda a estratégia investigativa e será analisada no item a seguir.

4.1.3 FINALIDADE: SUPORTE MÍNIMO PROBATÓRIO

Tudo o que foi posto até o momento, isto é, a postergação de um dever legal de agir relativo à ação delituosa de uma organização criminosa por meio de seu monitoramento, depende da existência de uma finalidade específica, conforme disposto no artigo em análise, qual seja “[...] que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações”.

Como já afirmado no item 3.2.2, o sigilo investigativo só será superado pelo direito de defesa no bojo de uma *ação controlada* quando forem obtidos os elementos necessários à propositura da denúncia, o que a doutrina chama de imputação estrita. Esta, por sua vez, terá seu conteúdo antevisto já na elaboração do plano estratégico, com base na metodologia de investigação que indicará os dados necessários à comprovação da hipótese formulada.

Destaque-se que, a *contrario sensu*, uma duração superior à necessária ao alcance do ‘mínimo probatório’ seria atentatória aos direitos e garantias fundamentais.

A expressão ‘mínimo probatório’ ou ‘mínima atividade probatória’ é extraída da obra de Maurício Zanoide de Moraes, que a utiliza para aludir ao material necessário para possibilitar a condenação de um acusado. Seria consequência do viés da presunção de inocência como ‘norma de juízo’, que pode ser sintetizado como “Suficiência do material probatório incriminador para decidir de modo desfavorável ao imputado”. O autor explica, ainda, que apesar de não haver um consenso sobre a definição desse material, é certo que deve ser identificado casuisticamente por meio da combinação de critérios quantitativos e qualitativos de prova. Por fim, afirma que o juiz deverá demonstrar “[...] o mínimo probatório necessário para afastar aquele direito constitucional em todas as decisões penais que for chamado a proferir”.⁴¹⁰ Assim, pode-se falar em ‘mínimo probatório’ tanto com relação ao momento da condenação, quanto ao momento da denúncia, havendo apenas uma diferença na intensidade dos elementos exigidos, como será explicado neste item.

Isso não significa que exista uma situação previsível e imutável desde o início da persecução penal. Ao contrário, no que diz respeito à fase inicial, o investigador pode prever qual seria o material necessário para corroborar a suspeita inicial, mas a quantidade e qualidade desses dados sofre constante modificação no decorrer da atividade investigativa. Poderá reforçar-se até ser suficiente ao escoramento da denúncia ou poderá ser descoberto dado que refute a hipótese inicial, deslegitimando a continuidade da *ação controlada*.

Neste ponto, insta chamar atenção para a exigência legal de ‘maior eficácia’. Conforme afirmado no item 3.5, a eficácia tem a ver com a qualidade do resultado produzido, e não pode estar vinculada a elementos que corroborem a hipótese acusatória. Considerando a finalidade de ‘filtro ao processo’ da fase inicial da persecução penal e o momento em que a *ação controlada* ocorre, apesar de sua relação com a criminalidade de alta complexidade, sua execução também poderá levar à conclusão de impossibilidade de

⁴¹⁰ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no Processo Penal...*, p. 471-472.

incoação do processo por insuficiência do material probatório encontrado. Nessa última hipótese, chegar-se-á à conclusão de que nenhuma medida de intervenção deverá ser perpetrada. Assim, a finalidade de atingir o mínimo probatório deve existir como uma meta e é indispensável para legitimar o uso da *ação controlada*, mas seu alcance não é condição inafastável. Seria uma espécie de obrigação de meio por parte da autoridade policial.

No entanto, será dada ênfase, neste item, à possibilidade de aumento da robustez dos elementos informativos, pois o grau de comprovação mínimo dos fatos exigido servirá de limite positivo à duração desse método investigativo, como foi proposto no item acerca do tempo (item 3.4), sendo necessário defini-lo.⁴¹¹

Antonio Scarance Fernandes ensina que, no bojo de uma investigação, a mera probabilidade caminha em direção à certeza e, havendo elementos que sustentem a hipótese, assume as vestes de elementos suficientes, autorizando o oferecimento da denúncia com a formulação da pretensão penal. De acordo com o autor, a gradação é chamada de imputação progressiva, que, ao atingir o grau máximo, transforma-se na imputação estrita. Esta, por sua vez, deve ser fundada em um juízo de probabilidade.⁴¹²

A imputação estrita, no âmbito da criminalidade organizada, depende da denúncia para ser materializada. Os requisitos para tal estão previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal e já foram tratados em mais de uma oportunidade neste trabalho⁴¹³. Contudo, não são suficientes para a determinação da finalidade e limite da investigação sigilosa atrelada à *ação controlada*, pois prescindem da revelação da intensidade dos elementos exigidos.

⁴¹¹ É claro que não se pode admitir uma duração eterna da *ação controlada* no caso de não ser atingido o patamar mínimo de elementos informativos exigido para uma acusação. No caso de não haver prova contundente de inexistência do fato, por exemplo, e de permanecer a dúvida, a duração será limitada pelo controle periódico efetuado pelo magistrado (com base na finalidade apresentada no plano estratégico elaborado pela autoridade policial em conjunto com o Ministério Público) quando este constatar a estagnação da investigação e a consequente falta de justificativa para a manutenção da restrição ao direito de defesa do imputado, o que será chamado de limite negativo adiante.

⁴¹² SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 154-153. Sobre o tema, ver item 3.2.2.

⁴¹³ Fora da criminalidade organizada também pode ser materializada por meio de queixa. Itens 2.1.4 e 3.2.2.

Dispositivo legal que direciona o raciocínio neste ponto é o artigo 395, III, do Código de Processo Penal, segundo o qual a denúncia deve ser rejeitada se inexistente a justa causa. Apesar de ser um conceito jurídico indeterminado, a justa causa vem sendo entendida como um suporte probatório mínimo que exige a existência material de um crime e da probabilidade da autoria delitiva.⁴¹⁴ Maria Thereza Rocha de Assis Moura, em estudo dedicado integralmente ao tema, ensina que a justa causa, entendida como justa razão para a instauração da ação penal, deve ser analisada tanto em um aspecto abstrato, isto é, a existência de fundamento de Direito que justifique a limitação da liberdade jurídica, quanto em concreto, demonstrando a existência de elementos que, de fato, justifiquem a deflagração do processo.⁴¹⁵ Especificamente sobre o aspecto probatório, esclarece:

Daí decorre que a prova que se exige para a incoação do processo é aquela em grau necessário para submeter alguém a julgamento. Relaciona-se, pois, a justa causa com juízo de mínima probabilidade de condenação. Não se exige, de pronto, a certeza moral quanto à ocorrência do fato, da autoria e da culpabilidade. Esta será imprescindível na final, para autorizar um decreto condenatório.⁴¹⁶

⁴¹⁴ Ver BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 106. Alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça já utilizam a expressão ‘suporte probatório mínimo’ ao lado da justa causa no que tange ao tema de recebimento da denúncia, tendo sido afirmado na APn/DF, Rel Castro Meira, Dje 14.03.2014 que “A Corte Especial do STJ é assente quanto ao reconhecimento de que a justa causa está associada à existência de suporte probatório mínimo da acusação”.

⁴¹⁵ Nos termos da autora: “Em síntese: a justa causa para o recebimento da acusação não sobressai apenas de seus elementos formais, mas, mormente, da sua fidelidade à prova que demonstre a legitimidade da imputação. Segue-se que a necessidade da existência de justa causa funciona como mecanismo para impedir, em hipótese, a ocorrência de imputação infundada, temerária, leviana, caluniosa e profundamente imoral”. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 242 e 247.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 245.

Em geral, o tema é tratado no âmbito da ‘valoração das provas’, atividade consistente na verificação da existência de concordância entre a proposição elaborada na denúncia e as provas produzidas no processo.⁴¹⁷

Embora este estudo tenha por objeto a estratégia desenvolvida na fase inicial da persecução penal, quando não se pode falar em provas, já que não existe produção em contraditório em face do juiz natural, pretende-se transpor os preceitos desse tema processual para a fase de investigação, pois o juiz exerce uma tarefa valorativa ao analisar a denúncia para optar por seu recebimento ou rejeição. Assim, é possível dizer que a probabilidade será auferida pelo magistrado no momento de valoração dos elementos informativos, quando será verificada a concordância entre estes, colhidos na fase pré-processual, e a proposição apresentada na denúncia.

Assim, a tarefa agora é discorrer sobre probabilidade, liame exigido, notadamente, com relação à demonstração da autoria. Quanto à materialidade ou existência do fato, exige-se certeza. A mera probabilidade da existência do fato delituoso justifica apenas o início de uma investigação, mas não o oferecimento de uma denúncia.⁴¹⁸

Embora o Código de Processo Penal não traga uma disposição específica sobre os requisitos para o recebimento da denúncia, mencionando apenas a justa causa no artigo 395, é possível extrair tal conclusão de outros dispositivos legais. O artigo 413, por exemplo, ao definir os requisitos para a decisão de pronúncia fala em ‘materialidade do fato’ e ‘existência de indícios suficientes de autoria ou de participação’. Comentando o dispositivo, Rafael Fecury afirma que “[...] a prova da existência do fato deve ser cabal e incontroversa, exigindo-se a certeza de que o fato típico penal em discussão realmente

⁴¹⁷ De acordo com Rafael Fecury Nogueira, “A ‘valoração racional da prova’, portanto, consiste na adoção de um método empregado para se confirmar se a conclusão judicial pode se dar por corroborada diante das hipóteses existentes. Trata-se de um método que propõe caminhos para se garantir ainda mais racionalidade ao ‘livre convencimento motivado’.” Ver *Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 129.

⁴¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 108.

ocorreu”.⁴¹⁹ Além disso, até mesmo com relação à prisão preventiva o grau de demonstração exigido para a existência do fato é máximo, consignando-se no artigo 312 do Código Penal a necessidade de haver ‘prova da existência do crime’ em contraposição ao ‘indício suficiente de autoria’. Não poderia ser diferente no momento de oferecimento da ação penal, o que refletirá no nosso objeto de estudo.

4.1.3.1 (cont.) PROBABILIDADE, STANDARDS PROBATÓRIOS OU MODELOS DE CONSTATAÇÃO

O conceito de probabilidade surgiu como alternativa para balizar as decisões judiciais quando se constatou a impossibilidade de atingir a verdade absoluta. Antonio Magalhães Gomes Filho relata que a primeira tentativa foi adotar o conceito de probabilidade matemática, considerando-se o número de chances de ocorrência de uma situação num determinado contexto. No entanto, concluiu-se que seria imoral punir alguém da possibilidade de sua inocência. Assim, chegou-se à probabilidade lógica, que toma por fundamento o grau da confirmação proporcionado pelo material probatório para afirmar que uma hipótese é mais provável do que outra. Essa ideia foi considerada mais adequada, porquanto restringe os limites da dúvida ao mesmo tempo em que ressalta a necessidade de ser obtido o maior número possível de dados para a realização da indução na busca pela verdade processual.⁴²⁰

Taruffo segue a linha que defende a probabilidade lógica como objetivo do processo e propõe uma interessante conceituação de probabilidade no contexto em que se reconhece a impossibilidade de atingir a verdade ontológica. Afirma ser a probabilidade sinônimo da verdade que pode ser estabelecida no contexto processual. Assim, poder-se-ia

⁴¹⁹ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação...*, p. 80.

⁴²⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 48-53. Esse é o posicionamento de Michele Taruffo. Ver *Verità e Probabilità nella prova dei fatti*. *Revista de Processo*, v. 154, dez. 2007, p. 207.

falar em verdade provável para indicar a verdade que pode ser atingida no bojo do processo.⁴²¹

O autor conclui o raciocínio dizendo que a verdade relativa se exprime em termos de probabilidade lógica no sentido de que é considerado verdadeiro o enunciado de fato que atinge um grau adequado de confirmação lógica. Assim, a função da prova é fornecer ao juiz os dados cognoscitivos necessários para estabelecer qual é o grau de confirmação esperado e quais dos enunciados podem ser tomados como verdadeiros. Para tanto, propõe um critério racional de decisão, denominado critério da probabilidade prevalente, o qual sugere a escolha da hipótese que, após a fase instrutória, apresenta o grau mais elevado de confirmação lógica. Esse critério inclui duas regras, a do ‘mais provável que não’ e a da ‘prevalência relativa da probabilidade’.⁴²² A perspectiva apresentada possui um viés bastante objetivo, analisando dados e hipóteses, mas não podemos ignorar o conteúdo subjetivo que influencia a escolha do enunciado considerado verdadeiro. A convicção do juiz acerca das proposições indicará o que é mais ou menos provável, de maneira que esbarramos no conceito de certeza, já mencionado acima quando exposta a posição de Scarance Fernandes.⁴²³

Cândido Rangel Dinamarco concorda que verdade e certeza são conceitos absolutos inatingíveis, reconhecendo que o máximo que pode ser obtido é um grau elevado de probabilidade, sob pena de serem inviabilizados os julgamentos e, como é sabido, o juiz não pode pronunciar o *non liquet*.⁴²⁴ Afirma que a exigência de certeza para as decisões feita por alguns autores⁴²⁵ é, na verdade, mera probabilidade, que pode ser definida como

⁴²¹ TARUFFO, Michele. *Verità e Probabilità...*, p. 207.

⁴²² A regra do “mais provável que não” implica a análise das duas hipóteses emergentes dos fatos e das provas, de maneira que o juiz terá que escolher aquela que apresentar um grau maior de probabilidade de ocorrência. Já a regra da prevalência relativa deve ser usada nos casos em que diversos enunciados são narrados de maneiras diversas, e não existem apenas as hipóteses negativa e positiva. Nesse caso, deve ser escolhido o enunciado de fato que tenha recebido da prova o grau de confirmação relativamente maior. Ver TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 207.

⁴²³ SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Reação defensiva à imputação...*, p. 154. Ver item 3.2.2.

⁴²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 291.

⁴²⁵ Carnelutti é um dos autores que afirma que o processo não deve buscar a verdade, mas a certeza. No entanto, segundo Eduardo Cambi, o conceito carneluttiano de certeza não se afasta do de verdade relativa,

“[...] preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes”.⁴²⁶ Entende que o alcance da verdade possível dependerá da verificação de probabilidade das hipóteses, mas não despreza o elemento subjetivo da decisão ao reconhecer que o juiz precisa se convencer da supremacia dos motivos convergentes de forma racional.⁴²⁷

Essa apresentação era necessária para o bom entendimento do tema, mas há que se reconhecer que todo o exposto tem a ver com o grau de probabilidade exigido para uma decisão final. No entanto, a finalidade da *ação controlada* envolve o *standard* necessário para o recebimento da denúncia, que não exige a certeza, já que a fase instrutória do processo permitirá, ainda, produção de outras provas e o desenvolvimento da dialética.

Na tentativa de adaptar o exposto para o limite da *ação controlada*, buscou-se a teoria dos modelos de constatação de Danilo Knijnik, segundo a qual esses modelos definirão o grau de probabilidade exigido para a verificação da corroboração de uma hipótese e variam de acordo com o tipo de processo de que trata. Os modelos de constatação nada mais são do que a quantidade de prova exigida ou os chamados *standard* probatórios.⁴²⁸

Note-se, aqui, o ponto de encontro com a metodologia de investigação proposta no Capítulo II. Da mesma forma que os modelos de investigação servem como parâmetro objetivo para definir o que se espera da conclusão da atividade do investigador, os modelos de constatação objetivam a determinação do grau de probabilidade exigido para cada decisão. A lógica aplicada é a mesma, de modo que o objetivo da *ação controlada* será ditado, de um lado, pelo conteúdo do modelo de investigação que se enquadre ao caso

afirmando que a certeza pertence ao sujeito e a verdade ao objeto. Ver Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. *Revista de Processo*, n. 96, ano 24, out-dez/1999, p. 244.

⁴²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 291.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 291.

⁴²⁸ Discorre o autor: “[...] existem ‘modelos de constatação’, comumente denominados standards, que funcionam como critérios, pelos quais o juízo de fato é formalizado. Esses critérios devem ser postos em discussão para que as opções valorativas do juiz e das partes sejam conhecidas, debatidas em contraditório e, em sendo o caso, corrigidas”. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17-18.

concreto e, de outro, pelo conteúdo do modelo de constatação relativo ao exigido para uma decisão de recebimento de denúncia. Aquele indica o caminho, enquanto este, o ponto de chegada.

Cada sociedade elege a distribuição dos erros que considera mais aceitável, ensejando a criação de *standards* probatórios próprios a cada sistema, cuja grande vantagem é permitir às partes o conhecimento prévio do grau de probabilidade exigido para cada decisão. Nos Estados Unidos, dividem-se, basicamente, em “*preponderance of evidence*” e “*beyond the reasonable doubt*”, falando-se, ocasionalmente, em um terceiro intermediário, “*clear and convincing evidence*”.⁴²⁹

Danilo Knijnik incrementa a doutrina tradicional e divide os modelos de constatação em quatro espécies (sendo a quarta também importada da teoria norte-americana, conquanto não seja unânime): preponderância da prova; prova clara e convincente; prova acima da dúvida razoável e prova incompatível com qualquer hipótese que não a acusação.⁴³⁰

Considerando que esse rol é crescente com relação ao grau de confirmação do probatório exigido, o autor afirma que, tradicionalmente, o modelo da preponderância das provas aplica-se ao processo civil, enquanto o modelo da prova acima da dúvida razoável relaciona-se ao processo penal. A prova clara e convincente seria exigida nos feitos não penais com repercussão significativa, como ações de improbidade, para as quais se exige que o fato seja altamente provável. Por fim, também os feitos criminais passaram a apresentar uma peculiaridade: ao se depender da prova indiciária para a corroboração das hipóteses da denúncia, passou a ser necessário reforçar o modelo de constatação exigido. Assim, em vez de se contentar com a prova além da dúvida razoável, considerando a

⁴²⁹ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação...*, p. 136-137.

⁴³⁰ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...*, p. 45.

potencialidade de erro em um processo instruído dessa maneira, dever-se-ia condicionar a condenação à prova que excluísse qualquer hipótese além da culpa.⁴³¹

Grande desafio consiste na tarefa de precisar o conteúdo desses modelos. Embora sejam necessários para proteger o processo da subjetividade, não é possível estabelecer uma escala métrica. Nesse sentido, Danilo Knijnik afirma ser próprio da racionalidade humana fazer esse tipo de diferenciação, e, de forma crescente, usa expressões coloquiais para descrever o conteúdo dos modelos: “(i) é provável que algo tenha ocorrido; (ii) é altamente provável que algo tenha ocorrido; (iii) é quase certo que algo tenha ocorrido; (iv) é praticamente impossível que algo não tenha ocorrido”.⁴³²

A grande indagação que precisa ser respondida neste item é: qual seria o modelo de constatação ou *standard* probatório correspondente ou o mínimo probatório exigido para o recebimento de uma denúncia que refletirá no limite da duração da *ação controlada*?

A teoria sucintamente exposta acima fala apenas de decisões definitivas. Rafael Fecury, entretanto, em estudo sobre a decisão de pronúncia, debruça-se sobre algumas decisões penais interlocutórias e afirma que a decisão de recebimento de denúncia depende da constatação da probabilidade de ocorrência de que o fato imputado tenha sido praticado pelo imputado, o que deve corresponder ao modelo da preponderância das provas.⁴³³

Maurício Zanoide de Moraes explica que, de acordo com o *in dubio pro reo*, no instante do recebimento da denúncia, o juiz deve decidir apenas sobre a legitimidade da continuidade da persecução, só podendo dar início ao processo se não tiver dúvida quanto:

[...] (i) à demonstração da existência de crime, (ii) à suficiência dos indícios de autoria, (iii) à narrativa escoreita e apta para a compreensão da imputação com todos os seus elementos e circunstâncias e, com isso, servir de base para o exercício da ampla defesa, (iv) à existência de

⁴³¹ KNJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...*, p. 40-42.

⁴³² *Ibid.*, p. 43.

⁴³³ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação...*, p. 172.

condições para o exercício da ação penal ou, ainda, (v) à existência de pressupostos processuais.⁴³⁴

Poder-se-ia indagar se o dispositivo legal ora analisado (art. 8º da Lei n. 12.850/13), ao exigir maior eficácia na obtenção de elementos de prova, não estaria imaginando um *standard* mais elevado como finalidade da estratégia de investigação estudada. No entanto, além do que foi dito sobre a decisão visar avaliar apenas a legitimidade da continuidade da persecução penal, não se pode deixar de lado que nesse momento processual o magistrado examina apenas elementos informativos que não foram submetidos ao contraditório⁴³⁵, o que impede o alcance de um patamar mais elevado de verossimilhança.

Outra solução agrediria o artigo 155 do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz não pode fundar sua convicção apenas em elementos informativos. Ora, se a investigação penal já trouxesse elementos suficientes à condenação que satisfizessem o modelo da dúvida além do razoável teríamos um processo meramente formal. Não é o exigido por nosso sistema constitucional. A dialética processual permitirá a produção de novas provas e o aprimoramento da reconstituição histórica dos fatos, possibilitando o salto da mera probabilidade para a *veritas*.⁴³⁶

⁴³⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal...*, p. 418.

⁴³⁵ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação...*, p. 173.

⁴³⁶ Há que se ter em mente que, muitas vezes, quando uma *ação controlada* é finalizada e deflagra-se uma operação policial, são cumpridos mandados de busca e apreensão que fornecem aos investigadores fontes de prova que ainda deverão ser exploradas. Esse é apenas um exemplo de que a ação controlada nem pode almejar atingir um *standard* probatório muito elevado, sob pena de se efetuar uma violação a um direito fundamental, nem tem o condão de possibilitar a obtenção de todos os dados necessários, uma vez que alguns deles dependerão de uma atividade investigativa ou instrutória ostensiva.

4.1.3.2 (cont.) CONCLUSÕES PARCIAIS

A maior eficácia na formação dos elementos de informação, portanto, deve ser entendida como o preenchimento dos vazios existentes em algumas hipóteses sobre o objeto da investigação. Tal tarefa será efetuada durante a atividade investigativa com a obtenção de novos dados, chegando-se a uma preponderância de elementos que corrobore, de forma suficiente, a proposição formulada no plano inicial da *ação controlada* sobre aquelas que, eventualmente, coloquem-na em dúvida.

Destaque-se, contudo, que a probabilidade concentra-se nos elementos probatórios concernentes à autoria. A existência do fato, pela própria natureza do desencadeamento de uma investigação, terá um grau de comprovação maior em qualquer circunstância, próximo da certeza. Não obstante, as investigações relativas às organizações criminosas apresentam o grande desafio de descobrir quem são os reais comandantes da atividade. Esse, inclusive, é um dos maiores fatores que ensejam a aplicação de uma *ação controlada*, pois, em vez de efetuar a prisão de um mero executor, posterga-se o cumprimento do dever legal para tentar atingir os mentores do complexo de atividades criminosas.

A definição da finalidade na prática é uma grande dificuldade para todos os envolvidos na investigação: seja para a autoridade policial, que deve antevê-lo com o auxílio do Ministério Público, a quem incumbe formular a denúncia e, portanto, deveria saber quais os elementos que devem ser buscados,⁴³⁷ seja para o magistrado, que deverá efetuar a autorização e o controle periódico da *ação controlada*, como será definido adiante, além de prolatar a decisão de recebimento ou rejeição da denúncia.⁴³⁸

⁴³⁷ Sobre a necessidade da participação do Ministério Público na preparação da *ação controlada*: “Ora, o juízo de avaliação da produção probatória deveria estar a cargo daquele para quem a composição probatória é destinada e vai realizar o juízo de valor sobre o início ou não da ação penal, pelo que a fórmula deveria, de lege ferenda, somente admitir a realização da ação controlada, ouvido previamente o Ministério Público.” BITENCOURT, Cezar Roberto e BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa...*, p. 145.

⁴³⁸ Nesse sentido, José Braz salienta: “A escolha do melhor momento de agir é, provavelmente, a principal (e mais difícil) variável que a investigação criminal comporta no plano tático e operacional. [...] Em

Apesar da onerosidade, o plano estratégico da *ação controlada* não poderá ser admitido sem a descrição dessa finalidade. Não haverá legitimidade da postergação do dever de agir das autoridades diante de uma situação flagrancial se não estiver demonstrado o escopo de aumentar a eficácia na obtenção dos elementos informativos. Além disso, o objetivo a ser atingido servirá de parâmetro para o controle que o magistrado efetuará sobre a ‘operação policial’, avaliando: i) se já foi atingido e, portanto, deve ser encerrado o sigilo da investigação; ii) se apesar de não ter sido atingido, não existem indicativos de que novos elementos poderão ser extraídos das fontes de prova e, portanto, deve ser encerrado o sigilo da investigação; ou iii) se o objetivo não foi atingido, mas há demonstração de novas diligências que ainda podem ser feitas e resultar na descoberta dos dados necessários à comprovação das hipóteses formuladas.

O grande esforço argumentativo aqui dispensado para chegar a uma conclusão sobre a definição da finalidade da *ação controlada* revela a necessidade de um maior detalhamento da regulamentação legal do instituto. O ideal seria que houvesse um parágrafo esclarecendo o que deve ser entendido como ‘momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações’, consignando-se a necessidade de coletar elementos aptos a demonstrar a existência do fato e a probabilidade de autoria. Ainda, outro parágrafo deveria deixar clara a necessidade da ativa participação do Ministério Público na atividade de definição da finalidade da *ação controlada*, auxiliando a autoridade policial com seus conhecimentos sobre o que se faz necessário ao recebimento de uma denúncia. Essa atuação conjunta deve ocorrer tanto na elaboração do plano estratégico quanto no acompanhamento do desenvolvimento do método de investigação, o que será retomado no item 4.3 infra.

Assim, no caso de a *ação controlada* ser executada sem a definição da finalidade, deverá ser considerada nula, pois não haverá parâmetro para avaliação e controle do limite

determinadas investigações ocorrem por vezes situações em que o princípio da oportunidade se sobrepõe à urgência e ao imediatismo, exigindo a escolha do momento propício, conveniente e favorável e, nessas circunstâncias, saber esperar pelo momento adequado, constitui um exercício de disciplina e de rigoroso planejamento”. Ver *Investigação Criminal: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 36.

de sua duração, violando-se os direitos e garantias fundamentais dos imputados, sobretudo o direito de defesa alvejado pelo sigilo da investigação. Além disso, a falta de demonstração da finalidade torna ilícito o retardamento da intervenção estatal, pois para descaracterizar a omissão dos agentes é necessário implementar técnicas investigativas visando ao alcance do suporte mínimo probatório.

4.1.4 REQUISITOS LEGAIS

Apresentados o pressuposto, o meio de execução e a finalidade da *ação controlada*, interessa analisar os requisitos exigidos pela lei como condição para sua utilização: a ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada; e a cooperação judicial internacional. Ressalte-se, desde logo, que este último é eventual, ou seja, só será exigido no caso de operações que transcendam fronteiras.

4.1.4.1 AÇÃO PRATICADA POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA OU A ELA VINCULADA

O artigo 8º da Lei n. 12.850/13 autoriza o retardamento da atuação policial ou administrativa com relação à “[...] ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada”. A palavra ‘ação’, aqui, tem a acepção de conduta penal, caso contrário não haveria interesse para a investigação criminal, uma vez que o método estudado está incluído no rol de meios de obtenção de prova da persecução penal.

A redação não foi muito feliz, pois induz à compreensão que a organização criminosa é capaz de praticar ações e cometer delitos, o que não é correto, pois as ações criminosas só podem ser executadas por pessoas físicas. Assim, quem pratica crimes são os membros da organização criminosa e não a organização criminosa propriamente dita.

Portanto, assim será entendido o requisito legal: existência de ação praticada por membro de organização criminosa ou, ainda que não seja diretamente executada por um membro seu, que tenha algum vínculo com ela, de modo a possibilitar a obtenção de elementos de prova relativos à organização.⁴³⁹

Ante o exposto, para haver melhor compreensão do texto legal é necessário tecer algumas considerações sobre a criminalidade organizada, de modo a definir as circunstâncias em que será admitida a utilização da *ação controlada* e, após, com base nessas afirmações, compreender melhor a organização criminosa. Esta última é o verdadeiro critério legal. Por ora, para explicar a abordagem apartada, basta destacar que, enquanto a criminalidade organizada é o fenômeno socioeconômico que preocupa as autoridades internacionais, as organizações criminosas são as associações de pessoas estruturadas para o cometimento dos delitos, sendo que suas características são bastante similares.

4.1.4.1.1 CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Em primeiro lugar, deve-se registrar que o ‘crime organizado’ não se caracteriza pela modalidade de ato praticado, mas sim pela forma de execução, especificamente, pela existência de uma sistematização de condutas de diversos agentes para a realização de determinado fim.⁴⁴⁰⁻⁴⁴¹ Ocorre que o crime é objeto unitário, singular. Assim, se o adjetivo

⁴³⁹ É possível imaginar uma situação em que a autoridade policial deixa de efetuar a prisão de uma ‘mula’ contratada para prestar serviços a uma organização criminosa, mas que dela não faça parte. Nesse caso, a ação de transportar entorpecentes é um ato ilícito vinculado à atividade de uma organização criminosa.

⁴⁴⁰ Tomemos como exemplo o tráfico de drogas. O ato de vender substância entorpecente pode ser praticado por um habitante do interior paulista que vai periodicamente à capital do Estado para adquirir sua mercadoria e revende a droga a quem lhe procura. Por outro lado, a comercialização dos entorpecentes pode ser feita em escala empresarial, por um grupo de pessoas que dividem entre si as atividades de cultivo, armazenamento e revenda de forma organizada e visando à obtenção de lucro. Note-se que a tipificação legal dos atos descritos é a mesma, artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, mas o primeiro exemplo consiste numa prática individual e desorganizada, enquanto que o segundo indica a existência de uma associação de pessoas gerenciadas por alguém que promove a organização dessa atividade criminosa. Assim, o mesmo tipo pode ser praticado por

da expressão ‘crime organizado’ não se refere ao conteúdo do ato ilícito, isto é, não qualifica o verbo nuclear do tipo (por exemplo, matar organizadamente), mas indica o modo de seu cometimento, há um erro de concordância, pois a ideia de organizar pressupõe a existência de mais de um elemento a seguir uma ordem.⁴⁴² Portanto, se pretendemos aludir a um conjunto de crimes cometidos nas mesmas condições, de forma ordenada, é mais adequado falar em criminalidade⁴⁴³ organizada.⁴⁴⁴ Essa criminalidade organizada, portanto, refere-se à prática de delitos já previstos na legislação penal por um determinado grupo de pessoas de maneira planejada. Nesse sentido, Figueiredo Dias, classifica-a como um conceito jurídico instrumental. Explica o autor:

A criminalidade organizada enquanto entidade jurídico-penalmente relevante constitui antes, em meu parecer, um simples conceito jurídico instrumental ou conceito-meio, que se liga, em determinadas condições e pressupostos, à prática ou ao propósito de praticar determinados tipos de crimes já existentes no ordenamento jurídico-penal.⁴⁴⁵

um indivíduo de forma isolada ou dentro de uma organização criminosa. Cf. MINGARDI, Guaracy. O trabalho da Inteligência no Controle do Crime Organizado. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 21, n. 61, 2007, p. 55-56. Ver, também, ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y sistema de derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 126.

⁴⁴¹ Essa afirmação não é consenso na doutrina. Antonio Scarance Fernandes aponta a existência de três linhas doutrinárias e legislativas referentes ao fenômeno: a que parte da noção de organização criminosa para definir crime organizado; a que define o crime organizado sem especificação dos tipos penais; e a que especifica um rol de crimes como sendo crimes organizados. Seguimos a primeira corrente, que foi adotada pelo autor e pelo Projeto Miro Teixeira (de cuja elaboração participou), que deu origem à Lei n.º 9034/95. Referido projeto, ao contrário da lei resultante, trazia a definição de organização criminosa em seu artigo 2º. Ver O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado..., p. 241.

⁴⁴² (or.ga.ni.zar) v. 1. Dar ou assumir (pessoas, coisas, elementos) ordem, disposição ou estrutura adequada para que preencham certas funções, configurações, finalidades. *Dicionário Online Caldas Aulete*. Disponível em: <http://www.aulete.com.br/organizar>. Acesso em: 14 dez. 2014. Michael Lyman e Gary Potter afirmam que o maior problema para a compreensão do termo ‘crime organizado’ não é a palavra ‘crime’, mas sim ‘organizado’. Ver *Organized Crime*. 5th ed. New Jersey: Prentice Hall, 2011, p. 4.

⁴⁴³ (cri.mi.na.li.da.de) sf. [...] 4. Conjunto de crimes cometidos em certo espaço de tempo e lugar. *Dicionário Online Caldas Aulete*. Disponível em: <http://www.aulete.com.br/criminalidade>. Acesso em: 14 dez. 2014.

⁴⁴⁴ Embora o termo ‘criminalidade organizada’ seja mais correto, dado o uso consolidado de ‘crime organizado’, ambas são utilizadas indistintamente neste estudo.

⁴⁴⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 71, v. 16, 2008, p. 14.

Sobre as características dessa criminalidade organizada, importante contribuição foi feita por Zúñiga-Rodríguez, que as divide em ‘essenciais’ e ‘contingentes’. Dentre as primeiras, encontra-se a organização das atividades de acordo com objetivos específicos e comuns, o cometimento de delitos graves e o escopo de lucro. Para tanto, é estabelecida uma divisão de trabalho dentro de uma estrutura permanente e estável, que não existe para o cometimento de um único crime, mas tem um caráter duradouro. Além disso, os membros das organizações criminosas seguem regras de conduta nas quais são definidos, inclusive, os processos de tomada de decisão.⁴⁴⁶

Sobre o cometimento de delitos graves, explica que, embora de um ponto de vista sociológico a violência seja um diferencial da criminalidade organizada, as definições internacionais dão preferência a um ponto de vista jurídico-penal para definir a nocividade da criminalidade organizada, elegendo-se a figura dos delitos graves como traço diferenciador para a caracterização de uma organização criminosa. De qualquer forma, a violência pode ser utilizada como um mecanismo de coação dentro ou fora da organização, pelo que não deve ser ignorada na compreensão do fenômeno.⁴⁴⁷

Alguns elementos, todavia, não são essenciais à definição da criminalidade organizada, podendo estar presentes ou não: a busca da impunidade, por meio da corrupção pública ou privada e pela utilização dos paraísos fiscais; a clandestinidade de suas atividades; o vínculo com o mundo empresarial, sobretudo com o sistema financeiro, para efetuar a lavagem do dinheiro ilícito; as relações com as instituições estatais também com vistas a garantir a impunidade; a busca do domínio do mercado; e o caráter transnacional.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y sistema de derecho penal...*, p. 127-133. Nos Estados Unidos, o Serviço Nacional de Inteligência Criminal elege quatro atributos essenciais para o crime organizado, os quais são quase idênticos aos indicados pela autora estudada. São eles: mínimo de três pessoas; grupo organizado com duração indefinida; objetivo de lucro ou poder; e cometimento de delitos graves. Cf. LYMAN, Michael D. e POTTER, Gary W. *Organized Crime...*, p. 9.

⁴⁴⁷ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Op. cit., p. 138.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 140-149.

Essas observações teóricas são de suma importância para a compreensão do fenômeno em estudo, mas, em nosso ordenamento, em vez de enumerar as características da criminalidade organizada, optou-se por indicá-las no que tange à organização criminosa no bojo da qual são planejados e executados os atos ilícitos. Embora a Lei n.º 9.034/95 não tenha trazido referido conceito, sua ementa utilizava a expressão em comento: “Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”. Além disso, as atualmente vigentes leis sobre o tema, Lei n.º 12.694/2012 e Lei n.º 12.850/2013, não apenas fazem expressa menção à organização criminosa, como trazem conceitos do fenômeno.⁴⁴⁹ Isso posto, cumpre trazer à baila mais algumas considerações doutrinárias sobre a noção⁴⁵⁰ de organização criminosa, cujo teor em muito se aproxima ao já exposto.

4.1.4.1.2 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: NOÇÃO E TRATAMENTO LEGAL

Muitas são as características que podem ser encontradas nas organizações criminosas, similares às mencionadas com relação à criminalidade organizada. Todavia, quatro delas parecem ser essenciais: o grande número de membros; a forma estrutural; a persistência de suas atividades; e a finalidade de se obter alguma vantagem.⁴⁵¹ Outras

⁴⁴⁹ Note-se que a Convenção de Nova Iorque, introduzida em nosso ordenamento pelo Decreto n.º 5.015/2004, não utiliza a expressão ‘organização criminosa’, mas denomina o fenômeno ‘grupo criminoso organizado’ em seu artigo 2º. Embora sejam locuções diversas, ambas carregam o significado de conjunto de pessoas organizadas para executar uma determinada finalidade, o que corrobora nossa afirmação.

⁴⁵⁰ Utilizamos a palavra ‘noção’ em vez de ‘definição’ em decorrência de sua maior abrangência. Com efeito, “[...] o termo noção foi, e continua sendo, empregado de um modo muito geral: chama-se ‘noção’ à ideia ou conceito que se tem de algo e, mais especificamente, a uma ideia ou conceito suficientemente básico.” MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Trad. Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 507. Isso porque, a doutrina aponta características que, em geral, estão presentes nas associações de pessoas para que possam ser classificadas como tal, não havendo, contudo, a necessidade de serem constatadas todas essas propriedades para que exista uma organização criminosa.

⁴⁵¹ Antonio Scarance Fernandes enumera apenas as três primeiras características como elementos essenciais às organizações criminosas. Ver *O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo...*, p. 244. Todavia, a obtenção de vantagem que, em geral, consiste na auferição de lucro, parece ser indissociável dessa realidade, até porque diferencia a criminalidade organizada do fenômeno do terrorismo. Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge.

peculiaridades, porém, são comumente observadas nos grupos criminosos organizados, tais como a hierarquia, a divisão do trabalho, a simbiose com o Estado, o elevado poder de intimidação, a oferta de prestações sociais, a divisão territorial das atividades ilícitas, a regionalização ou internacionalização das atividades por meio da conexão com organizações em outros lugares, o uso de tecnologias modernas, a utilização de mecanismos de lavagem de dinheiro e a prática de crimes graves.⁴⁵²

Observação relevante sobre a estrutura das organizações é a falta de exigência de pessoalidade, isto é, ela perdura independentemente das características dos indivíduos que a compõem, de modo que se um líder for preso ou morto, outro assumirá seu lugar e as atividades continuarão a ser realizadas, assim como em uma empresa. Outro ponto interessante reside na retroalimentação financeira das estruturas criminosas, isto é, o dinheiro proveniente das ações serve não apenas para remunerar seus membros, como também para manter toda a estrutura necessária à perpetração das condutas delituosas.⁴⁵³

Conquanto seja importante a análise ontológica do fenômeno, cumpre, ainda, examinar o tratamento dado pela legislação pátria às organizações criminosas. Até 2012, em virtude da inexistência de definição no direito posto, costumava-se recorrer à Convenção de Palermo para balizar a aplicação da Lei de Crime Organizado que, embora não traga qualquer conceito relativo ao fenômeno que normatiza, condiciona a utilização dos mecanismos nela previstos à existência de uma organização criminosa.⁴⁵⁴ No

Criminalidade organizada..., p. 21; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A investigação o crime organizado..., p. 160; LEMOS JR., Artur Pinto. A investigação criminal diante das organizações criminosas e o posicionamento do Ministério Público. *Caderno Jurídico*, ano 1, nº 3, out/01, ESMP, p. 61; e LYMAN, Michael D. e POTTER, Gary W. *Organized Crime*..., p. 11.

Além disso, essas quatro características são constatadas na definição de Grupo Criminoso Organizado da Convenção de Palermo (artigo 2º do Decreto n.º 5015/2004): "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 [...].

⁴⁵² Cf. SCARANCE FERNANDES, Antonio. Op. cit., p. 240 e MINGARDI, Guaracy. O trabalho da Inteligência no Controle do Crime Organizado. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 21, n. 61, 2007, p. 56.

⁴⁵³ Em decorrência dessa observação, uma das estratégias mais eficientes de combate ao crime organizado é o sufocamento financeiro das organizações criminosas. Sem dinheiro, não é possível financiar as ações, comprar as armas e, assim, os delitos deixam de ser praticados.

⁴⁵⁴ Outras leis também padeciam do mesmo vício, isto é, traziam a previsão de consequências jurídicas para a existência de uma organização criminosa sem, contudo, defini-la, o que prejudicava sua aplicabilidade.

mencionado ano, porém, houve uma alteração legislativa que modificou a realidade normativa, introduzindo um conceito legal de organização criminosa.

Com efeito, a Lei n.º 12.694/2012 traz o seguinte preceito:

Art. 2º - Para os efeitos desta Lei, 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.

Note-se que, além das quatro características essenciais acima mencionadas, o texto legal exige outros três elementos para considerar existente uma organização criminosa, sendo que dois deles são alternativos. As organizações devem, necessariamente, apresentar divisão de tarefas entre seus membros. Além disso, devem promover sua finalidade por meio da prática de crimes graves ou de crimes de caráter transnacional.

Ocorre que o texto de lei prescreve, expressamente, que o conceito nele consignado deve ser utilizado para permitir a realização de suas normas, que se referem ao processo e ao julgamento colegiado nos crimes supostamente praticados por organizações criminosas. Diante dessa previsão, surgiram duas posições: a primeira entende que o conceito deve ser utilizado apenas para os fins processuais previstos na lei, não podendo ser utilizada para preencher as lacunas de direito material.⁴⁵⁵ A segunda, ao contrário, entende superada a

Exemplo disso é a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n.º 9.613/98). Importante mencionar que, antes da edição da Lei n.º 12.694/12, o STF decidiu, no julgamento do HC 96007/SP, envolvendo uma acusação de lavagem de dinheiro por meio de organização criminosa, que o conceito da Convenção de Palermo não poderia ser utilizado para integralizar o tipo penal de lavagem de dinheiro, de maneira que a conduta imputada aos réus seria atípica por falta de previsão legal do referido conceito.

⁴⁵⁵ GRECO FILHO, Vicente. Considerações processuais da lei de julgamento de crimes envolvendo organização criminosa. *Boletim IBCCRIM*, ano 20, n. 239, out/2012, p. 3.

discussão acerca da ausência de definição legal de organização criminosa após a promulgação do diploma legal em questão.⁴⁵⁶

A discussão apresentava grande importância até a promulgação da Lei n. 12.850, em 2 de agosto de 2013, que não apenas trouxe uma definição para o fenômeno em apreço, mas também criou o tipo penal respectivo,⁴⁵⁷ criminalizando as condutas de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa em seu artigo 2º.⁴⁵⁸

Em primeiro lugar, deve ser destacado que a criação do tipo penal acarreta uma importante consequência para a utilização da *ação controlada*, uma vez que a situação de flagrância será mantida enquanto perdurar a própria organização, de maneira que a discussão que outrora existia sobre a necessidade de atuação policial antes da cessação da conduta esvaiu-se.⁴⁵⁹

No item 4.1.1 supra, cuidou-se do pressuposto para a utilização da *ação controlada*, qual seja, a necessidade da reiteração de condutas que se protraíam no tempo. Na oportunidade, foi explicado que a alteração legislativa proporcionou uma situação de flagrância permanente no que tange à prática associativa. No entanto, normalmente são detectadas outras condutas criminosas antes de se constatar a existência da organização criminosa. Assim, a criação do tipo facilita a justificação da manutenção do monitoramento. Todavia, em geral, a participação em uma organização criminosa não será a conduta em face da qual o dever de agir das autoridades será postergado.

⁴⁵⁶ BECHARA, Fabio Ramazzini. O Estado e o Crime Organizado: quebrando paradigmas. *Boletim do IBCCRIM*, ano 20, n. 239, outubro/2012, p. 5.

⁴⁵⁷ Jorge Figueiredo Dias alerta para a desnecessidade e inconveniência de criação de um tipo penal de criminalidade organizada. Todavia, considera de importância singular a existência de um tipo de organização ou associação criminosa. Neste ponto, portanto, nossa legislação parece estar consoante a melhor doutrina. Ver *Criminalidade organizada...*, p. 15.

⁴⁵⁸ Art. 2º 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.

⁴⁵⁹ Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini afirmam que o tipo penal de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa deve ser classificado como crime permanente, cabendo prisão em flagrante em qualquer momento. Ver *Criminalidade econômica organizada...*, p. 179.

No que tange à definição de organização criminosa, cumpre analisar o texto legal:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º 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 superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

O artigo é muito semelhante àquele apresentado na Lei n. 12.694/12. Todavia, dele difere por exigir a associação de quatro pessoas no mínimo, em vez de três. Além disso, a definição legal de organização criminosa introduzida pela Lei n. 12.850/13 substituiu o termo ‘prática criminosa’ por ‘infrações penais’, dando um caráter aparentemente mais abrangente à ação exigida da associação para caracterizá-la como tal, podendo incluir contravenções penais.⁴⁶⁰

O critério de gravidade da prática criminosa é mantido, utilizando como parâmetro a pena máxima cominada.⁴⁶¹ Todavia, enquanto a formação do colegiado satisfaz-se com pena máxima igual ou superior a quatro anos, a nova lei do crime organizado exige que a pena seja superior a esse patamar. Considerando que a maior abrangência do termo

⁴⁶⁰ Esta maior abrangência, entretanto, parece desnecessária, uma vez que as contravenções penais não possuem penas significativas e não satisfazem o critério de gravidade.

⁴⁶¹ Para Figueiredo Dias, a gravidade dos crimes do catálogo é fator essencial para a legitimidade da intervenção diferenciada nos casos de criminalidade organizada. Ver *Criminalidade organizada...*, p. 27. Não nos parece que o critério de crimes com pena máxima superior a 4 (quatro) anos seja satisfatório, uma vez que tipos cuja relevância do bem jurídico afetado é contestada possuem penas iguais ou maiores a essa. Exemplo clássico é o tipo previsto no artigo 273 do Código Penal, que comina pena de 10 a 15 anos de reclusão para a conduta de ‘falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais’.

‘infrações penais’ utilizado na nova lei é meramente retórica, o fato de exigir pena máxima superior a quatro anos demonstra ser mais favorável aos investigados do que a lei anterior.

Questão relevante que emerge é se a definição prevista na Lei n. 12.694/12 foi integralmente substituída pela da Lei n. 12.850/13, inclusive no que tange à formação de colegiados para o julgamento de ações que envolvam organizações criminosas. As poucas opiniões manifestadas sobre o tema divergem. Cezar Roberto Bitencourt é peremptório em afirmar que houve a revogação tácita da definição anterior, pois foi promulgada lei posterior de maior abrangência. Para ele, outra solução atentaria contra a segurança jurídica.⁴⁶² Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, todavia, entendem não ter havido revogação, uma vez que a primeira lei é específica e a segunda, genérica.⁴⁶³ É certo que a existência concomitante de duas definições legais sobre organizações criminosas atentaria contra a segurança jurídica, de modo que deve prevalecer o entendimento segundo o qual a definição da Lei n. 12.694/12 foi revogada pela da Lei n. 12.850/13.

Assim, para a utilização da *ação controlada*, faz-se necessário constatar a existência de uma ação praticada por membro de organização criminosa ou a ela vinculada, utilizando-se o conceito da Lei n. 12.850/13, ou seja, deve haver comprovação da existência de uma associação de quatro ou mais pessoas com estrutura organizacional e a respectiva divisão de tarefas cujo objetivo seja a obtenção de vantagem de qualquer natureza e o meio para tal seja a prática de infrações penais cujas penas máximas superem quatro anos ou que tenham caráter transnacional.⁴⁶⁴

Observe-se a presença, no conceito legal, das três características essenciais apontadas por Zúñiga Rodríguez, quais sejam a organização das atividades, o cometimento

⁴⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Primeiras reflexões sobre organização criminosa: anotações à Lei 12.850/2013*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa/>. Acesso em: 14 dez. 2014.

⁴⁶³ GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. *Criminalidade econômica organizada...*, p. 178.

⁴⁶⁴ Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato esclarecem que a Lei n. 9.034/95 exigia apenas uma suposição de que a ação fosse praticada por organizações criminosas, enquanto a nova lei é mais enfática e exige prova concreta, resultado das interpretações restritivas que já vinham sendo dadas ao dispositivo originário. Ver *Comentários à lei de organização criminosa...*, p. 141.

de delitos graves e o escopo de lucro. Na nossa lei, entretanto, foi alargada a concepção de vantagem, que não precisa ser meramente econômica.

Importante destacar, todavia, que embora a lei não exija a presença de características contingentes para determinar a existência de uma organização criminosa e, conseqüentemente, permitir a utilização da *ação controlada* e outros meios de investigação desde que observados os elementos acima apontados, é dever do investigador e da autoridade judicial, a quem incumbir o controle das atividades, analisar o fenômeno de forma global e constatar a presença de outros elementos inerentes à definição teórica das organizações criminosas para que o uso dos instrumentos não seja banalizado. A permanência, por exemplo, deve emergir como consequência da exigência de uma estrutura com divisão de tarefas, de maneira a não se entender existente uma organização criminosa quando algumas pessoas se organizarem com o escopo de praticar um único ato delituoso.

Frequentemente, uma interpretação estrita e fria da lei pode dar margem a injustiças, e as interferências nos direitos fundamentais resultantes da conclusão da existência de uma organização criminosa não são desprezíveis. O ideal seria que a definição legal fosse mais precisa e já trouxesse uma ponderação de valores, evitando a possibilidade de enquadrar no conceito concursos de crimes e pessoas que não apresentam risco de lesões significativas aos bens jurídicos tutelados. Como já observado no item 3.5, a ameaça à segurança e a respectiva necessidade de proteção das vítimas da criminalidade organizada devem ser significativas para que exista uma resposta diferenciada do sistema processual penal.

Renato de Mello Jorge Silveira bem afirma sobre a existência da criminalidade organizada: “Ela existe e deve ser combatida. Sua abrangência, no entanto, é que parece desmesurada”.⁴⁶⁵ Significa que não é legítimo recorrer à figura da organização criminosa

⁴⁶⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: realidade típica ou contradição em termos? In: OLIVEIRA, William Terra et al (org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 163. Essa preocupação emerge, especialmente, no que tange à criminalidade econômica, tendo em vista a tendência de

única e exclusivamente para autorizar a busca de anteparos probatórios. É preciso haver a correspondente afetação aos bens jurídicos da sociedade para se justificar as limitações dos direitos e garantias ínsitos à posição jurídica do imputado decorrentes da efetivação dos meios de investigação da Lei n. 12.850/13, notadamente a *ação controlada*, que impõe uma investigação sigilosa de duração cronologicamente indeterminada.

Destaque-se, por fim, que o §2º do artigo 1º da Lei n. 12.850/12 estende o âmbito de aplicação dos meios de investigação nela previstos para infrações penais previstas em tratados internacionais e às organizações terroristas internacionais.⁴⁶⁶ Ambos os casos são de difícil compreensão, e pouco foi escrito sobre o tema.

Cezar Roberto Bitencourt esclarece que o legislador pretendeu observar os compromissos internacionais na repressão de crimes praticados por organizações criminosas internacionais, de maneira que os incisos do parágrafo mencionado não devem ser interpretados de forma apartada do resto do artigo. As infrações penais previstas nas convenções internacionais por óbvio devem ter relação com a criminalidade organizada, sob pena de se violar a proporcionalidade existente entre ofensividade e reação estatal. O que parece ser relativizado é a exigência da pena máxima superior a quatro anos de reclusão.⁴⁶⁷

No que tange ao terrorismo, conquanto até o momento não se tenha promovido sua tipificação no ordenamento jurídico brasileiro, a lei, nessa mesma toada de observar

identificar os crimes empresariais com as empresas ilícitas. Uma coisa é o cometimento de atos ilícitos dentro da empresa, os quais devem ser apurados e punidos de acordo com a legislação penal comum. Outra, bem diferente, é uma empresa estruturada para fins ilícitos. Explica Renato Silveira: “A única possibilidade de se alegar presente uma organização criminosa dentro de uma empresa, atuando através desta, no âmbito econômico, seria em casos de empresas propriamente ilícitas, quando, então, poder-se-ia aceitar a imputação de quadrilha ou bando. Em tais casos, o dolo seria constatado na origem da empresa”. Organização e associação criminosa..., p. 171.

⁴⁶⁶ § 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

⁴⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Primeiras reflexões sobre...* .

compromissos internacionais, permite a utilização dos mecanismos de investigação excepcionais para os casos de suspeita de envolvimento de organizações já reconhecidas de acordo com as normas de direito internacional.

Definido, assim, o tipo de ação que permite a postergação do cumprimento do dever de agir das autoridades públicas. Deve-se ressaltar, apenas, o elevado grau de comprovação exigido acerca da existência de uma organização criminosa, não sendo suficiente a mera probabilidade. Não se trata do *standard* relativo à autoria para o recebimento de uma denúncia pelo crime associativo, mas sim de um requisito de legalidade do método de investigação que exige a existência de uma ação praticada por organização criminosa, ainda que não sejam indicados detalhes sobre quem seriam os membros do grupo. Nesse sentido, vale transcrever o trecho de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato:

Consequentemente, não serão suficientes meras suspeitas de que certas atividades delituosas tenham envolvimento ou estejam sendo levadas a cabo por organizações criminosas, mas é preciso prova concreta a este respeito. Interpretar a disposição de modo diverso abriria passo ao seu uso indiscriminado, com riscos, inclusive, de que uma inação completamente injustificável o fosse por meio do mero argumento de parte da autoridade de que “supôs” tratar-se de organização criminosa. E, ademais, equívoco ou não dessa natureza poderá acarretar a produção de prova ilícita.⁴⁶⁸

Portanto, a *ação controlada* padecerá de legalidade e não poderá ser autorizada sem elementos suficientes que comprovem a existência de uma organização criminosa. Se, por um equívoco judicial, for perpetrada, deverá ser anulada. E, no caso de elementos colhidos em seu bojo subsidiarem a propositura de uma denúncia, haverá prova ilícita.

⁴⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto e BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa...*, p. 141.

4.1.4.2 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Finda a análise das exigências do artigo 8º, insta apresentar um requisito eventual, quer dizer, aplicável apenas no caso de haver na investigação a peculiaridade de ‘transposição de fronteiras’. Nesse caso, dita o artigo 9º da Lei 12.850/13 que o retardamento da atuação das autoridades dependerá de cooperação das autoridades dos países pelos quais o investigado passou e no qual esteja instalado, com o escopo de reduzir os riscos de fuga ou extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

É verdade que no atual contexto de criminalidade transnacional esse ‘requisito eventual’ deverá aparecer na maior parte das *ações controladas*, pois, ainda que os membros das organizações criminosas não ultrapassem as fronteiras brasileiras, é quase certo que os recursos financeiros obtidos com a atividade criminosa ou por meio dos quais ela é executada, em algum momento, passarão pelo sistema financeiro de outros países. Isso sem contar operações em que os insumos são importados ou exportados, como nos crimes de tráfico de drogas ou de mulheres.

4.1.5 CONDIÇÃO DE LEGALIDADE: AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA

O §1º do artigo 8ª da Lei 12.850/13 exige que o retardamento da intervenção policial ou administrativa seja “[...] previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público”. Trata-se de uma condição de legalidade da *ação controlada*. Logicamente, é antecedente a todas as demais exigências legais. Todavia, como a análise do magistrado terá como objeto o plano estratégico, no qual deverão estar consignados o pressuposto, o meio de execução, a finalidade e os requisitos, optou-se por tratá-la ao final da análise do dispositivo legal.

A leitura desatenta do preceito pode levar à equivocada conclusão de que não seria necessária uma autorização judicial propriamente dita para a realização de uma *ação controlada*, bastando uma mera ‘ciência’ ao juiz do início do procedimento. Todavia, dois argumentos levam à conclusão contrária:⁴⁶⁹ o primeiro é que se o legislador considerasse suficiente o mero aviso à autoridade judiciária, não se preocuparia em exigir que ela fosse prévia, isto é, se a condição em análise pressupõe que a comunicação seja anterior ao início da operação, é porque importa a concordância do magistrado com a estratégia que será levada a cabo; e o segundo decorre do ordenamento jurídico e da ordem constitucional, pois, em havendo restrição de direito fundamental com o desenvolvimento de uma investigação sigilosa, como foi reiteradamente afirmado neste trabalho, a reserva de jurisdição emerge como condição para a legitimidade do instrumento de investigação.⁴⁷⁰ Portanto, a autorização judicial, com análise de todos os elementos descritos no plano estratégico apresentado pela autoridade policial em conjunto com o Ministério Público, com enfoque na existência do pressuposto, do meio de execução, da finalidade e dos requisitos exigidos pela lei, será condição indispensável à validade de uma *ação controlada*.

A redação do §1º possibilita, ainda, que o juiz estabeleça os limites da *ação controlada* e comunique o Ministério Público. Os dois pontos merecem ressalva. Em um sistema acusatório, não cabe ao juiz definir os rumos da investigação, de forma que esse estabelecimento de limites deve ser restrito à verificação do atendimento aos ditames legais, resultando em autorização ou indeferimento do plano estratégico, não podendo interferir em seu conteúdo. Com relação à comunicação posterior ao Ministério Público, conforme já afirmado nos itens acerca da inteligência criminal⁴⁷¹ e no item sobre a finalidade⁴⁷², o ideal é que haja uma atuação conjunta de diversos órgãos de investigação, sobretudo quando se trata de criminalidade organizada. No caso específico do Ministério

⁴⁶⁹ No mesmo sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto e BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa...*, p. 150.

⁴⁷⁰ VILARES, Fernanda Regina. *Processo Penal: reserva de jurisdição e CPIs*. São Paulo: Onix Jur, 2012, p. 136 e 213-215.

⁴⁷¹ Item 2.3.

⁴⁷² Item 4.1.3.

Público, a relevância de sua participação é indiscutível, uma vez que, sendo o titular da ação penal e o destinatário do resultado das investigações, tem um especial conhecimento do que será necessário ao recebimento da denúncia e, portanto, sua participação será de grande valia na elaboração do plano da *ação controlada*.

Os parágrafos seguintes, nomeadamente, o §2º e o 3º do artigo em apreço, determinam a forma de realização da autorização. Consoante sua natureza de investigação sigilosa, a distribuição perante o Poder Judiciário também deverá ser sigilosa, de modo a impedir que imputados e defensores tenham ciência prévia das diligências, limitando-se o acesso ao juiz, Ministério Público e autoridade policial. Ao final, o §4º exige a elaboração de um termo circunstanciado, ou um relatório final que, embora necessário, não é suficiente para uma investigação em consonância com os preceitos constitucionais.⁴⁷³

Como consequência lógica da natureza de condição de legalidade, a *ação controlada* que for realizada sem prévia autorização judicial deverá ser considerada nula, sendo que os elementos de prova colhidos em seu bojo não poderão subsidiar a propositura de qualquer ação penal. No caso de serem indevidamente utilizados, deverão ser desentranhados por consistirem em prova ilicitamente obtida.

4.2 DETURPAÇÃO DO INSTITUTO NA PRÁTICA

No decorrer de todo o trabalho intentou-se transmitir a ideia de que a *ação controlada* é um instituto cuja utilização prática é deturpada, sobretudo pela incompreensão de sua real natureza. Agora, após a conclusão da análise do tratamento legal do instituto – que já veio acompanhada de algumas considerações de como a lei pode

⁴⁷³ Considerando que nossa tese gira em torno da necessidade de um controle periódico da ação controlada para substituir o limite temporal cronológico costumeiramente imposto aos métodos de investigação, esse ponto será aprofundado no item acerca dos controles sugeridos, pois não basta a existência de um relatório final, sendo necessária a elaboração de relatórios periódicos. Item 4.3.3.

ser interpretada para que a investigação sigilosa seja levada a cabo de forma mais consoante aos direitos e garantias fundamentais do imputado – cumpre tecer algumas considerações mais organizadas sobre sua aplicação prática para avaliar o quanto se distancia da realidade normativa e quais as melhoras legislativas que podem ser propostas para sua adequada utilização, prevenindo-se a indesejada afetação de direitos e garantias fundamentais.

Na realidade da investigação criminal, é patente a utilização desmedida das chamadas ‘operações policiais’. No site da Polícia Federal são encontradas informações sobre todas as operações deflagradas anualmente, com dados sobre a Unidade Federativa em que foram levadas a cabo, a quantidade de prisões resultantes e o número de funcionários públicos presos. Apenas no ano de 2014, foram deflagradas 281 operações.⁴⁷⁴

Embora não haja uma definição sobre o que se enquadra no conceito de ‘operação policial’, o conhecimento sobre seu desenvolvimento e a conversa com alguns agentes policiais levam à conclusão de que ela é resultado da aplicação prática da *ação controlada* às necessidades da investigação criminal. Isso porque o fator tempo é indispensável para a obtenção de todos os dados necessários à elucidação das complexas cadeias de fatos envolvendo a atividade das organizações criminosas e apenas a *ação controlada* permite protelar medidas ostensivas enquanto são perpetradas técnicas investigativas. Assim, denominam ‘operação’ a investigação sigilosa e organizada com o objetivo de identificar (i) os membros do grupo criminoso, sejam da base operacional, sejam das lideranças; (ii) sua forma de atuação; (iii) seu patrimônio; e (iv) eventuais servidores públicos envolvidos. Nos termos do que foi exposto neste trabalho, essa estratégia policial confunde-se com o próprio conceito de *ação controlada*, que se apresenta como algo de maior amplitude do que um mero instrumento da ‘operação’.

⁴⁷⁴ Disponível em: <http://www.dpf.gov.br/agencia/estatisticas/2014>. Acesso: em 14 dez. 2014. Durante mais de um ano travou-se contato com a Assessoria de Imprensa da Polícia Federal com vistas à obtenção de outros dados que pudessem revelar a efetividade de tais operações, notadamente, sua duração. Todavia, esses dados nunca nos foram remetidos. Cumpre, ainda, consignar nossa restrição à utilização das prisões como critério de efetividade, sobretudo por se tratar de prisões cautelares, cuja utilização deve ser excepcionalíssima, não podendo ser utilizada como antecipação de punição sem a observância do devido processo legal e contraditório existentes apenas após o início da ação penal.

Note-se que a identificação da *ação controlada* com o conceito de ‘operação policial’ não é o que caracteriza a deturpação de sua utilização. Na realidade, trata-se apenas de uma consequência da aplicação prática do instituto que deixou de ser uma mera técnica inspirada na entrega vigiada e passou a apresentar feições de método e estratégia. Os grandes perigos são a falta de previsão legal de um procedimento mais detalhado para sua utilização e a inobservância das regras que já existem. Uma das justificativas para esse risco é a falta de uma visão sistêmica do instituto, impedindo enxergar a ameaça que representa para os direitos e garantias fundamentais dos imputados, sobretudo a duração indefinida de uma investigação sigilosa sem controle judicial prévio e periódico.

Por exemplo, é de praxe que as ‘operações policiais’ apresentem desmembramentos temáticos em virtude da descoberta de fatos que, inicialmente, não haviam sido imaginados. Assim, enquanto o investigador acreditar que pode descobrir mais fatos ilícitos não torna pública a atividade policial. Esse é um grande problema, pois ao se aumentar o objeto da investigação, aumenta-se a quantidade de diligências, de imputados e, conseqüentemente, o prazo de duração da investigação, o que representa um ônus ao direito de defesa dos imputados. A solução para eliminar esse tipo de desvio seria limitar a investigação sigilosa ao inicialmente descrito do plano estratégico, não se admitindo aditamento da finalidade nele consignada. No caso de serem descobertos novos fatos, deverá ser elaborado outro plano de investigação e solicitada nova autorização judicial. No entanto, a *ação controlada* originária não poderá ser afetada por essa nova investigação, devendo ser finalizada assim que atingida a finalidade estabelecida em seu plano estratégico inicial.

Outro problema observado na prática diz respeito ao equivocado entendimento do Poder Judiciário sobre os efeitos da *ação controlada*. Nos moldes em que estava posta na Lei n. 9.034/95, muitos operadores do direito entendiam-na como uma ‘vantagem’ aos investigados, uma vez que a lei autorizava a postergação de sua prisão. Por tal razão, consolidou-se um posicionamento de que não seria necessária prévia autorização judicial

para sua efetivação, porquanto não haveria violação de direitos dos imputados.⁴⁷⁵ Nessa conjuntura, a Quinta Turma do STJ pronunciou-se no sentido de que a decisão judicial era desnecessária para a utilização da *ação controlada* sob a égide da Lei n. 9.034/95, no HC 119.205/MS, julgado em 29.09.2009, de relatoria do Ministro Jorge Mussi:

Embora sustente o impetrante a necessidade de autorização judicial para a adoção de tal meio de investigação, tendo em vista o advento da Lei n. 10.217/2007 que introduziu os incisos IV, V e o parágrafo único ao artigo 2º da Lei n. 9.034/95, é certo que o dispositivo que disciplina a ação policial controlada, previsto no inciso II do aludido diploma legal, não condiciona tal medida à prévia permissão da autoridade judiciária, legitimando o policial a retardar a sua atuação para praticá-la no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

Posteriormente, o mesmo entendimento foi repetido pelo Ministro Gilson Dipp no RHC 29.658/RS e o tema não foi objeto de novas discussões. Ressalte-se que a busca por precedentes sobre o tema nos Tribunais Superiores é frustrante, apesar da quantidade imensa de operações deflagradas e em andamento, fato que reforça o descaso com a necessária sistematização do tema. As questões jurídicas aventadas no bojo de uma *ação controlada* são levadas ao Judiciário de forma pontual e isolada. No Supremo Tribunal Federal não foi encontrado nenhum acórdão sobre *ação controlada* com os termos de pesquisa utilizados e no Superior Tribunal de Justiça foram encontrados quatro, sendo que

⁴⁷⁵ É importante destacar que, apesar desse entendimento atentatório a um Estado Democrático de Direito, muitos delegados já adotavam a prática da solicitação de prévia autorização judicial mesmo antes da Lei n. 12.850/13, haja vista a preocupação com a licitude das provas obtidas. Além disso, quase sempre era requerida, concomitantemente, autorização para a efetivação de meios de obtenção de prova como a interceptação telefônica, uma razão a mais para instar o Poder Judiciário a manifestar-se sobre a intervenção nos direitos individuais dos imputados com antecedência.

apenas dois tinham direta relação com o objeto de pesquisa, quais sejam, os julgados mencionados acima.⁴⁷⁶

A situação é preocupante, pois, sendo a jurisprudência um norteador da atuação dos operadores do direito, o entendimento equivocado enseja a utilização ilegal do instituto. Aparentemente, mudanças emergirão da vigência da Lei n. 12.850/13, uma vez que a maior parte da doutrina vem entendendo a autorização judicial prévia como condição indispensável. Todavia, a verdadeira solução depende da mudança de visão sobre a *ação controlada* e da implementação de um procedimento mais rígido, protegendo direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente, a licitude das provas, o que, ao final, permite punir os verdadeiros culpados e absolver os inocentes.

O item a seguir tem como objetivo prescrever o tratamento ideal da *ação controlada*, com vistas a impedir a duração indefinida e sem controle das ‘operações policiais’ que comumente se observa. Com isso se pretende eliminar a deturpação de sua utilização decorrente da falta de consciência de que se trata de um método de investigação sigiloso extremamente danoso aos imputados. Esse tratamento ideal deve ser implementado por meio de alterações legislativas que harmonizem o uso da *ação controlada* com os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente. Todavia, enquanto a reforma legal não for levada a cabo, é possível e necessário que os magistrados e os tribunais valham-se das conclusões aqui expostas para criarem alguns limites não explícitos na lei, mas que emanam das normas constitucionais. Assim, poderão suprir as lacunas legais e viabilizar a utilização do método de combate ao crime organizado sem violar a esfera de direitos dos indivíduos.

Ressalte-se que o uso adequado da *ação controlada* protege, antes de tudo, a sociedade. Isso porque, além de representar uma garantia contra abusos estatais, evita a impunidade em virtude da anulação de operações efetuadas em desacordo com a Constituição Federal. Daí a importância da criação de uma jurisprudência que estabeleça as

⁴⁷⁶ Foram utilizadas as seguintes expressões de busca: ‘ação controlada’, ‘ação policial controlada’, ‘operação policial’, ‘ação controlada 9.034/95’ e ‘ação controlada 12.850/13’.

balizas da utilização desse método de investigação, ainda que a lei não preveja um procedimento mais detalhado.

4.3 TRATAMENTO IDEAL: SUGESTÃO DE PROCEDIMENTO

O artigo 8º da Lei n. 12.850/13 trouxe um conceito de *ação controlada* que revela seus elementos essenciais, dos quais extraímos o pressuposto, o meio de execução, a finalidade os requisitos e a condição de legalidade que devem estar presentes para que se possa recorrer a esse método de investigação. Todavia, o dispositivo legal em enfoque não estabeleceu o procedimento por meio do qual a *ação controlada* deve ser operacionalizada de maneira a serem assegurados, na maior medida do possível, todos os direitos e garantias fundamentais envolvidos. Partindo da premissa de que métodos são os procedimentos aptos a captar a realidade, é inafastável a exigência de que a *ação controlada*, como método que é, seja concretizada por intermédio de um procedimento devidamente previsto em lei como corolário da proporcionalidade, já que envolve a restrição de direitos individuais⁴⁷⁷. No entanto, enquanto não for feita uma reforma legislativa com esse escopo, é dever do Poder Judiciário dar ao instituto o tratamento necessário para harmonizá-lo com as previsões constitucionais ao analisar a legalidade de cada caso concreto, estabelecendo os controles e limites à *ação controlada* em suas razões de decidir.

A aspiração deste item é propor um procedimento para pautar a atuação dos investigadores e Ministério Público quando utilizarem a *ação controlada*, possibilitando o controle de seu emprego. O item será dividido em três subitens: no primeiro, será exposta a importância e utilidade da elaboração de um plano estratégico a ser previamente apresentado à autoridade judiciária; no segundo, serão abordados os aspectos relevantes na determinação da duração da *ação controlada*; e, por fim, no terceiro, será sugerida uma

⁴⁷⁷ Sobre proporcionalidade e reserva legal, cf. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal...*, p. 316-317.

forma de controle da atuação policial no decurso da investigação sigilosa, já que não será estabelecido um limite temporal cronológico.

4.3.1 PLANO ESTRATÉGICO

No Capítulo II⁴⁷⁸ muito foi discutido sobre a importância de se aplicar a metodologia da investigação na prática, notadamente a teoria dos modelos, exemplificando-se com um caso de tráfico de drogas. Além disso, no Capítulo IV⁴⁷⁹ restou estabelecido que o atendimento às exigências legais de utilização da *ação controlada* deve ser examinado pela autoridade judiciária de forma prévia. Todavia, não se esmiuçou a forma pela qual isso seria materializado e efetivado, tarefa que deve ser cumprida neste ponto, apresentando um dos instrumentos que deve ser usado para o controle da *ação controlada*: o plano estratégico.⁴⁸⁰

Considerando a natureza de método e estratégia do instituto estudado, a denominação mais adequada a esse instrumento, que vai aglutinar informações sobre a metodologia de investigação e a análise da existência do pressuposto, do meio de execução, da finalidade e dos requisitos da *ação controlada*, é ‘plano estratégico’.⁴⁸¹

O plano estratégico é uma consequência da utilização da metodologia de investigação. Ao se organizar a atividade investigativa, definindo seus pontos de partida e de chegada, bem como os meios pelos quais esses objetivos serão concretizados, surge a necessidade de registrar o procedimento para assegurar sua continuidade. Ao mesmo tempo, esse registro viabilizará o controle a ser realizado pela autoridade judicial. Sem a

⁴⁷⁸ Item 2.1.4.

⁴⁷⁹ Item 4.1.5.

⁴⁸⁰ Após o início da *ação controlada*, o controle deverá ser exercido por meio da análise dos relatórios periódicos, conforme será explicado no item 4.3.3.

⁴⁸¹ Isso já foi dito no item 2.1.4.3, quando foi exposta a ideia de projeto de investigação preconizada por Eliomar da Silva Pereira.

materialização do raciocínio elaborado pelo investigador não é possível que o juiz proceda a um exame da legalidade da *ação controlada*, de forma que o plano estratégico deve ser considerado tão indispensável para o início dessa estratégia quanto uma petição inicial é para a incoação de uma ação penal. Além disso, deve ser ressaltada a importância da participação do Ministério Público na elaboração desse plano estratégico. Como já afirmado, sendo o titular da ação penal e conhecendo os elementos de que necessita para oferecer uma denúncia, é importante que opine sobre a definição da finalidade e das técnicas que podem ajudar a atingi-la.

No que tange ao conteúdo desse plano, já foi afirmado que, para Eliomar da Silva Pereira, um projeto de investigação deve conter: i) a pré-compreensão do problema; ii) a hipótese legal do crime; iii) a indicação dos dados existentes e faltantes; iv) as técnicas a serem utilizadas; e v) o arbitramento de custos.⁴⁸² Todavia, essa seria uma visão limitada à metodologia de investigação, ignorando outras necessidades que surgem das particularidades da *ação controlada*. Assim, é indispensável que o plano estratégico demonstre, textualmente e com elementos de prova, o atendimento às exigências do artigo 8º da Lei n.º 12.850/13, com exceção da autorização judicial prévia, que só existirá após a apreciação do próprio plano.

Não se pode olvidar, ainda, que algumas dessas técnicas de investigação que possibilitam a obtenção dos dados que atenderão à finalidade da *ação controlada* (suporte mínimo probatório) demandam autorização judicial para serem implementadas, como é o caso da quebra de sigilo bancário e da interceptação telefônica. Nesse caso, é possível e até útil a apresentação conjunta com o plano estratégico, evitando retrabalho no que tange à demonstração dos indícios de autoria de materialidade. Contudo, o plano deve conter itens apartados dedicados às técnicas, de maneira que as exigências legais referentes a cada uma das técnicas sejam avaliadas individualmente pelo magistrado, até porque há vezes em que os *standards* exigidos são diversos.

⁴⁸² Item 2.1.4.3.

Embora a *ação controlada* seja um método de investigação, isto é, implique a existência de atividade de pesquisa e busca de dados, seu início é condicionado à existência de um material probatório prévio, ainda que pequeno. Sem a comprovação de elementos informativos de materialidade e autoria de ação de organização criminosa não se poderia cogitar a postergação de um dever de agir. Se o dever de agir existe, existem elementos concretos que levam à conclusão de que há crime. E mais: no caso estudado, o delito envolve uma organização criminosa. Assim, antes de apresentar o plano estratégico à autoridade judicial, ou seja, para estabelecer as etapas do método que se pretende utilizar, a autoridade policial já deverá ter efetuado algumas diligências e trabalhado os dados obtidos de maneira a produzir um conhecimento inicial, que permita a formulação de hipóteses e a propositura de meios de verificá-las, bem como a definição da finalidade.

Por fim, considerando a tese aqui defendida de que a duração não poderá ser delimitada em termos cronológicos,⁴⁸³ o plano estratégico não trará qualquer elemento temporal. Isso não vale para as técnicas cujas leis específicas contiverem determinações especiais, como a interceptação telefônica, cujo prazo de duração é definido pela lei.

Um exemplo será útil para ilustrar o que foi dito.⁴⁸⁴ Imagine-se que um Procurador da Fazenda Nacional, atuando em uma ação anulatória fiscal, descobre que o processo administrativo indicado pelo contribuinte como crédito a ser compensado não possui lastro fático, ou seja, foi criado apenas no sistema com o objetivo de enganar o Fisco. Diante dessa constatação, relata a seu superior hierárquico que, por sua vez, inicia uma apuração sobre a origem desse processo. Ao identificar o servidor que teria criado o ‘processo-fantasma’, noticia o ocorrido ao Ministério Público. O Procurador da República responsável pelo caso, conhecedor de outras situações similares em que os ‘esquemas’ de corrupção nos órgãos públicos não ocorrem de forma isolada (modelo de comportamento), supõe que outros processos devem ter sido criados e que, provavelmente, continuam a ser criados. Assim, sugere uma averiguação preliminar em busca de outras situações similares,

⁴⁸³ Item 3.4.

⁴⁸⁴ O exemplo é inspirado em uma situação fática real, mas extremamente simplificado para fins didáticos.

noticiando o ocorrido à autoridade policial. Iniciam-se, portanto, as apurações preliminares de coleta de dados num esforço conjunto entre os órgãos envolvidos.

O levantamento inicial de dados revela a existência de outros processos administrativos na mesma condição, além da identidade nos escritórios de advocacia e contabilidade envolvidos nos requerimentos perante a autoridade administrativa. Surge daí a suspeita de haver uma efetiva organização criminosa com infiltração no Poder Público com o escopo de facilitar o cometimento do crime de omissão de receitas e com o consequente cometimento de corrupção ativa e passiva. A reiteração de condutas que se protraem no tempo em conjunto com as fortes suspeitas da existência de uma organização criminosa torna imperiosa a intervenção policial.

Diante dessa situação, a autoridade policial e o Ministério Público entendem ser necessária uma investigação mais profícua, que demandará a utilização de técnicas invasivas e sigilosas e exigirá eventual tolerância diante do cometimento de alguns ilícitos, pois só assim será possível a descoberta de elementos que levem aos mentores do esquema de corrupção, visto que os funcionários públicos, aparentemente, são meros executores e as empresas beneficiadas apenas compram o serviço oferecido. Nessa conjuntura, devem elaborar um plano estratégico no qual relatam o ocorrido, juntam a documentação que comprovem os fatos narrados e propõem a realização de meios de obtenção de prova que venham a demonstrar a hipótese formulada sobre a rede de corrupção, com vistas a criar processos administrativos falsos, nomeadamente quebra de sigilo bancário dos funcionários responsáveis pelos processos criados, monitoramento eletrônico das estações de trabalho e interceptação telefônica. Nesse mesmo plano, discorrem sobre a probabilidade de existência de uma organização criminosa, fato que constitui tanto o pressuposto de utilização da *ação controlada* (por ser crime permanente) quanto um dos requisitos exigidos pela lei. Além disso, comprometem-se a monitorar a atividade criminosa por meio das técnicas propostas e estabelecem os dados que pretendem obter para a propositura de uma denúncia em face dos eventuais mentores da atividade, quais sejam os dirigentes dos escritórios de contabilidade e advocacia. Esse plano é, por fim, submetido à análise de um magistrado, para que avalie a existência de todos os elementos

necessários à efetiva instauração de uma investigação sigilosa por um período indeterminado cronologicamente, mas limitado pelo método e finalidade especificados.

O plano estratégico será uma forma adequada de organização, o aumento da eficiência e o controle da atividade investigativa levada a cabo por uma *ação controlada*. Apesar de ter sido consignada expressamente a impossibilidade de prever a duração desse método de investigação e, conseqüentemente, consigná-la no plano, é importante abrir um item específico para explicitar e consolidar as conclusões acerca do tempo e do limite positivo representado pela finalidade da *ação controlada*, o que servirá de subsídio para a última etapa, a realização dos controles periódicos.

4.3.2 DURAÇÃO

No item 3.4 foi apresentada a concepção de duração defendida por Bergson, que privilegia o conteúdo em detrimento da extensão, assim como o tempo kairológico proveniente da mitologia grega. De acordo com essa percepção, algo deve durar enquanto tiver potência de novidade. Seguindo essa ideia, foi preconizado que a *ação controlada* não deveria ter a duração restringida de forma quantitativa, mas sim, qualitativa.

Essa premissa coaduna-se perfeitamente com o que já havia sido previsto em seu item imediatamente anterior,⁴⁸⁵ que trata do sigilo investigativo. Ao propor o problema acerca da duração da investigação sigilosa, alertou-se para o fato de que a *ação controlada* não se enquadraria naquilo que é aceito pela doutrina sobre a restrição da publicidade dos atos investigatórios na medida do necessário para sua proficuidade. Isso porque sua natureza é mais ampla, consistindo em um método, e trata de uma criminalidade complexa, fatores que exigem uma duração maior. Por fim, criticou-se, com base em experiências estrangeiras, a imposição de critérios cronológicos, pois pode ter o efeito reverso, isto é, o

⁴⁸⁵ Item 3.3.

prazo rígido e curto pode acabar sendo afastado pelos tribunais em vista da realidade cujas exigências são diversas, criando uma situação sem qualquer limite e controle.

Assim, entender que a *ação controlada* não deve ser limitada em termos de unidades quantitativas, e que deve durar apenas enquanto forem obtidos elementos que acrescentem eficácia ao suporte probatório obtido, é um bom ponto de partida. Quando alcançada a finalidade do ‘mínimo probatório’ exigido para o recebimento de uma denúncia ela deverá ser encerrada, pouco importando o tempo para a realização de tal objetivo.⁴⁸⁶ É importante lembrar que o juiz fará esse controle com base na finalidade estabelecida no plano estratégico. Todavia, em respeito ao sistema acusatório, a definição do objetivo da investigação deverá ser feita pela autoridade policial em conjunto com o Ministério Público. Isso posto, cabe recorrer ao escólio de Francesca Molinari para reforçar a conexão dessas conclusões com o exposto sobre finalidade da *ação controlada*.⁴⁸⁷ Segundo a autora italiana, o limite ao sigilo interno de uma investigação deve conjugar o tempo e o grau de conhecimento obtido, ou seja, só pode durar até atingir o acerto fático necessário.⁴⁸⁸ Destaca, portanto, o limite qualitativo, quer dizer, a importância do resultado das investigações como critério definidor do encerramento do sigilo.

Sendo assim, a *ação controlada* deverá ser finalizada ou, nos termos utilizados na prática policial, a ‘operação policial’ deverá ser deflagrada quando os vazios existentes nas hipóteses sobre o objeto da investigação consignados no plano estratégico forem preenchidos. Em outras palavras, quando houver uma preponderância de elementos informativos que corroborem as proposições formuladas pelos investigadores ou, ainda que não comprovadas as hipóteses iniciais, que haja elementos suficientes da probabilidade de ocorrência das hipóteses acusatórias, deve-se encerrar a fase sigilosa de investigação. Em termos mais técnicos, é importante repetir que, para se iniciar uma ação penal, não pode

⁴⁸⁶ Vale mencionar que Eduardo Araújo da Silva já havia consignado ideia parecida, afirmando que, embora não haja limitação temporal, a paralisação da ação controlada deve ocorrer quando satisfeita a formação das provas ou o fornecimento de informações. Ver *Crime Organizado. Procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 95.

⁴⁸⁷ Ver item 4.1.3.

⁴⁸⁸ MOLINARI, Francesca Maria. *Il segreto investigativo*. Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 251 e 266.

haver dúvida sobre a existência do fato criminoso e deve haver suficientes elementos de autoria, preferencialmente com relação aos líderes da organização criminosa.

Deve-se ressaltar, novamente, que esse é o limite máximo e positivo da duração da *ação controlada*. Todavia, é possível vislumbrar o limite negativo da duração da investigação sigilosa, o qual exige seu encerramento quando extinto o potencial de novidade a ser extraído por meio da investigação. Nesse caso, o juiz terá a finalidade do plano estratégico como parâmetro e, com base no resultado das diligências realizadas (que deve constar no relatório) e na proposta de novas diligências, avaliará a possibilidade de serem obtidos novos dados que tenham o condão de atingir o suporte mínimo probatório. É possível, ainda, que no decorrer das investigações fique demonstrada a impossibilidade de prosseguimento da persecução penal, por exemplo, se comprovada a inexistência de organização criminosa. Observe-se que nas duas últimas hipóteses a finalidade do método objeto deste estudo não será atingida.

Importante anotar que a duração da *ação controlada* além do limite estabelecido por sua finalidade enseja a nulidade de toda a investigação pela violação do direito de defesa dos imputados além do tolerado, em virtude do interesse da persecução da criminalidade organizada, de acordo com a proporcionalidade. Isso porque já terão sido obtidos elementos suficientes à propositura da denúncia dos fatos inicialmente consignados no plano estratégico, não sendo possível alargar o objetivo da investigação em decorrência de algum fato descoberto no curso dos trabalhos. Nesse caso, deverá ser iniciada nova *ação controlada* com finalidade diversa e apresentado novo plano estratégico.

Apesar do cerne desta tese estar relacionado ao afastamento da imposição de prazos para a duração da *ação controlada*, tendo em vista o enfoque dado à sua finalidade, os critérios quantitativos contribuem para o controle da utilização dessa estratégia, como se passa a expor.

4.3.3 MECANISMO DE CONTROLE: RELATÓRIOS PERIÓDICOS

Há quem entenda que a falta de previsão de limite temporal para a *ação controlada* cria uma situação perigosa no que tange à proteção de direitos e garantias fundamentais.⁴⁸⁹ Não estamos de acordo com essa premissa, uma vez que, como já dito, os limites rígidos podem causar o efeito oposto, deixando de ser observados por sua falta de aderência à realidade. Além disso, o real fator de risco não é a ausência de limite temporal, mas a inexistência de um procedimento regulamentado e, principalmente, a falta de controle desse método de investigação.

A realização de um controle inicial pelo magistrado, por meio da verificação da existência do pressuposto, do meio de execução, da finalidade e dos requisitos legais no plano estratégico, é condição já exigida pela lei. Para complementar, é necessária a implementação de controles periódicos que possibilitem o exame da subsistência dos elementos autorizadores da *ação controlada*. Nesse sentido, Maurício Zanoide de Moraes propõe a revisão periódica da decisão judicial determinadora de medidas de coação com o objetivo de avaliar se a oportunidade da medida ainda se justifica e se sua proporcionalidade se mantém.⁴⁹⁰ A lógica aplicada é a mesma, pois a cessação da permanência do crime, a interrupção do monitoramento e questões atinentes ao alcance ou não da finalidade da medida podem alterar o substrato fático que justificou seu deferimento em um primeiro momento. Outrossim, considerando que a *ação controlada* envolve técnicas de investigação que interferem na esfera individual dos imputados, é importante que o controle judicial verifique a proporcionalidade dessas medidas.⁴⁹¹

É necessário dar especial atenção ao aspecto da consecução da finalidade. Isso porque quando obtidos os elementos indicados como escopo do método de investigação ela

⁴⁸⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal...*, p. 809.

⁴⁹⁰ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal...*, p. 398.

⁴⁹¹ É certo que algumas dessas técnicas possuem prazos específicos, como a interceptação telefônica. Nesse caso, os requerimentos de prorrogação deverão ser efetuados de forma apartada à apresentação periódica dos relatórios de controle da *ação controlada*.

deverá ser encerrada. Além disso, deve o magistrado ficar atento à possibilidade de evolução da investigação, isto é, se os elementos colhidos demonstrarem a inviabilidade da continuidade da persecução penal, ainda que não atingido o almejado ‘suporte mínimo probatório’, a autoridade judicial deverá indeferir a continuidade da *ação controlada* por falta de atendimento à finalidade da busca de maior eficácia na formação da prova, uma vez que essa busca estaria inviabilizada.

Nesse contexto, é salutar a imposição legal da obrigação de apresentação de relatórios periódicos elaborados pelo Ministério Público em conjunto com a autoridade policial para o magistrado competente,⁴⁹² até que se verifique a existência dos elementos informativos suficientes à propositura de uma denúncia. O papel do juiz será meramente fiscalizador da legalidade da investigação, não podendo determinar qualquer diligência de ofício. Ressalte-se que essa percepção pode ser espontânea por parte dos órgãos de acusação, de modo que ofereçam a denúncia ou efetuem o arquivamento da investigação, ou pode ser imposta pelo magistrado que verificar não haver justificativa para a prorrogação da duração das medidas restritivas de direitos fundamentais.

Destaque-se que, no momento em que se decide pelo encerramento da *ação controlada* e pela deflagração da ‘operação policial’, será necessário que a autoridade policial e o Ministério Público façam requerimentos específicos para as medidas ostensivas, tais como busca e apreensão, prisões cautelares ou temporárias e medidas cautelares reais.

A questão que se coloca neste ponto é a seguinte: qual a periodicidade desse controle, ou seja, com qual frequência a autoridade policial, preferencialmente em conjunto com o Ministério Público, deve apresentar relatórios à autoridade judicial narrando os resultados obtidos por meio da *ação controlada* e informando acerca da pretensão de continuar a investigação?

⁴⁹² Sobre a sugestão do relatório como mecanismo de controle da *ação controlada*, cf. MACHADO, André Augusto Mendes e LOPES, Mariângela Tomé. Meios de investigação no combate ao crime organizado. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio et. al. (coord.) *Estudos de Processo Penal*, São Paulo: Scortecci, 2011, p. 100.

Considerando que o monitoramento é um meio de execução da *ação controlada* e a interceptação telefônica é o mecanismo de vigilância mais utilizado e regulamentado no ordenamento jurídico pátrio, a primeira ideia que surge é utilizá-la como parâmetro. Todavia, o prazo estabelecido pelo artigo 5º da Lei n. 9.296/96 é de quinze dias, admitida a prorrogação por igual período. Essa possibilidade de alargar o período no monitoramento é objeto de intensa discussão jurisprudencial e doutrinária. Atualmente, sobretudo no que tange a investigações relativas à criminalidade organizada, tem-se entendido que a lei não estabelece um limite de prorrogações, sendo elas legítimas desde que devidamente fundamentadas e justificadas.⁴⁹³ No entanto, quinze dias parece ser um prazo muito curto para verificar a evolução relativa a um método de investigação complexo que envolve diversas técnicas visando a clarear o funcionamento de uma organização criminoso. Sendo assim, não poderá servir de inspiração para a periodicidade do controle aqui sugerido.

Sucedendo que o Projeto de Código de Processo Penal em trâmite (PLS 156/09) possui em seu bojo nova proposta de regulamentação para as interceptações telefônicas, trazendo previsão especial sobre o prazo de duração da medida. Prescreve o artigo 252 do referido projeto de lei:

Art. 252. O prazo de duração da interceptação não poderá exceder a 60 (sessenta) dias, permitidas prorrogações por igual período, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da diligência, até o máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, salvo quando se tratar de crime permanente, enquanto não cessar a permanência.

[...]

§ 2º Para cada prorrogação será necessária nova decisão judicial fundamentada, observado o disposto no caput deste artigo.

⁴⁹³ Exemplo é o HC 171910/SP do STJ.

O interregno de sessenta dias parece ser razoável e consentâneo com a finalidade do instituto em exame. Se o legislador, exercendo um juízo de proporcionalidade, entendeu ser possível limitar a privacidade das comunicações de um indivíduo pelo prazo apontado até que nova apreciação judicial seja feita, o mesmo raciocínio pode ser estendido à *ação controlada*, que interfere principalmente no direito de defesa do imputado. De outro lado, sessenta dias é um período em que se vislumbra a possibilidade de evolução da investigação, pois a autoridade policial e o Ministério Público podem trabalhar com os dados obtidos, produzir informação ou conhecimento com base neles, verificando o preenchimento dos vazios apresentados no plano estratégico ou concluindo pela necessidade de novas diligências. Assim, poderão oferecer ao magistrado uma visão da situação em que a investigação se encontra e possibilitar que ele efetue o devido controle da sua legalidade.

Portanto, após o controle inicial efetuado por meio da análise do plano estratégico, considerando que a duração da *ação controlada* é definida por conta de sua finalidade e não em um aspecto quantitativo, é indispensável que haja um controle periódico das atividades desenvolvidas no bojo desse método de investigação. O prazo que se supõe adequado para a apresentação de um relatório à autoridade judicial é de 60 (sessenta dias), inspirado na proposta de regulamentação da interceptação telefônica no Projeto de Código de Processo Penal.

CONCLUSÃO

O interesse no estudo da *ação controlada* surgiu em virtude de duas constatações. A primeira consiste no fato de a investigação da criminalidade organizada ser um grande desafio para os operadores do Direito, notadamente para as autoridades policiais, porquanto os membros das organizações criminosas valem-se do desenvolvimento tecnológico para camuflar suas atividades ilícitas de caráter transnacional, dificultando a persecução dos crimes praticados. Já a segunda refere-se à pouca atenção dada pela doutrina ao tema, embora a *ação controlada* esteja no rol dos procedimentos de investigação referentes às ações praticadas por organizações criminosas desde a Lei n. 9.034/95 e tenha se transformado na moldura de quase todas as investigações de envergadura atualmente, denominadas ‘operações policiais’.

A primeira grande dificuldade encontrada foi o estabelecimento da ordem de tratamento dos tópicos necessários ao desenvolvimento das premissas da tese. Isso porque os assuntos apresentam uma interdependência que impede seu tratamento isolado e em uma sequência linear. Por tal razão, o trabalho é repleto de idas e vindas e alguns temas foram abordados paulatinamente, sendo introduzidos nos primeiros capítulos e concluídos no último. É importante notar que isso influencia o formato desta conclusão, que, contrariando a norma, não tocará nos pontos abordados na tese na ordem em que se encontram no sumário, mas terá a função de sintetizar as ideias norteadoras do trabalho, fundamentando a proposta de controles à atividade investigativa apresentada.

Definir que a *ação controlada* não é um meio de obtenção de prova, como anuncia o artigo 3º da Lei n. 12.850/13, mas um método de investigação, foi o primeiro passo para justificar a necessidade de recorrer à metodologia de investigação científica e criminal para definir o procedimento adequado a sua execução. Chegou-se a essa conclusão por meio da análise de seu desenho legal, da observação de seu emprego na prática e da comparação de sua natureza com a das *técnicas especiais de investigação*: enquanto estas permitem a extração de dados das fontes de prova, a *ação controlada* funciona como um plano de ação. É importante destacar que uma das características compartilhadas tanto pelas técnicas

quanto pelo método de investigação da criminalidade organizada é a clandestinidade, isto é, a necessidade de sua realização em sigilo. Isso significa que sua eficiência depende da ignorância dos investigados sobre as diligências em andamento, sob pena de inviabilizar a obtenção das informações necessárias.

É certo que a investigação de qualquer tipo de criminalidade será favorecida pela utilização de procedimentos pré-determinados com vistas ao esclarecimento dos fatos. Todavia, a complexidade da criminalidade organizada exige uma atuação estratégica e bem pensada, de maneira que se mostra indispensável o rigoroso cumprimento de etapas que permitam uma melhor compreensão da situação inicialmente entendida como um problema a ser resolvido.

O método de investigação estudado poderá utilizar-se de técnicas investigativas ou meios de obtenção de prova para alcançar seu objetivo, qual seja de se obterem os dados faltantes ao esclarecimento do problema inicialmente constatado, ou, em outras palavras, para aumentar a eficácia do conjunto de elementos informativos colhidos. Importante destacar, todavia, que a escolha adequada das diligências que terão o condão de trazer as informações necessárias dependerá de dois fatores: um estudo prévio de Inteligência Criminal sobre como as condutas geralmente são praticadas e o emprego dos ‘modelos-ponte’. Esse conceito importado da metodologia científica é capaz de fazer a intermediação entre os conhecimentos teóricos e a realidade, possibilitando a imaginação e a proposição das técnicas que poderão confirmar ou refutar as hipóteses inicialmente elaboradas pelo investigador.

Contudo, ainda que a criminalidade organizada apresente elevado risco de danos à sociedade, a busca por dados e informações não pode ser desmedida. A atividade investigativa possui limites, não podendo ter como objetivo a reconstrução histórica perfeita. Nesse sentido, foi exposta a noção de verossimilhança, decorrente de uma concepção dialética da verdade que respeita os direitos e garantias dos investigados. Estabeleceu-se, portanto, que a posição jurídica do imputado produz reflexos no método e nos instrumentos da investigação.

É verdade que o sigilo temporário de uma investigação sobre a criminalidade organizada é necessário para possibilitar um melhor acerto fático. Todavia, o impacto que causa no direito de defesa dos imputados não pode ser ignorado. Aliás, deve-se tentar minimizá-lo o máximo possível. Diante desse dilema, propusemos utilizar um critério qualitativo para limitar a duração dessa investigação sigilosa, isto é, ela deve durar apenas na medida do que for estritamente necessário para a obtenção dos dados essenciais à elaboração de uma imputação. O limite positivo do sigilo investigativo deve ser determinado pela quantidade de elementos informativos a serem obtidos e não por critérios cronológicos. Transpondo essa assertiva para o âmbito do regramento legal *da ação controlada* desde logo, sua duração deve ser determinada pelo tempo necessário ao alcance do suporte mínimo probatório, ou seja, à obtenção dos elementos que demonstrem a probabilidade da ocorrência de uma hipótese, possibilitando a propositura de uma denúncia em face dos membros mais importantes de uma organização criminosa.

Nesse contexto de necessário respeito aos direitos e garantias fundamentais dos imputados, é válido recorrer à construção doutrinária de equilíbrio entre eficiência e garantismo, que defende não apenas ser possível a convivência dos objetivos, mas também postula que só será eficiente a persecução penal que assegurar os direitos de seus imputados. Todavia, é indispensável alertar que, em havendo uma situação limite na qual seja preciso decidir entre continuar averiguando uma conduta criminosa e encerrar uma restrição à esfera de direitos de um indivíduo que ultrapasse os limites da proporcionalidade e não tenha justificação constitucional, a última opção deve ser escolhida, sob pena de nulidade de toda a investigação.

No plano legislativo, foi levada a cabo uma análise do artigo 8º da Lei n. 12.850/13, dissecando seu texto e concluindo-se que sua utilização depende da existência de: i) um pressuposto, a existência de uma conduta criminosa reiterada que se protraia no tempo (crime permanente, crime habitual, crime continuado ou concurso material de condutas); ii) um meio de execução, o retardamento de uma intervenção policial ou administrativa – não necessariamente uma prisão em flagrante como se acreditava – com o consequente monitoramento da ação criminosa e implementação de outras técnicas investigativas; iii) uma finalidade, a obtenção do suporte mínimo probatório; iv) dois requisitos, a existência

de uma ação vinculada à uma organização criminosa e a cooperação jurídica internacional se for o caso de crimes transnacionais; e v) uma condição de legalidade, a decisão judicial avaliando a existência de todos esses elementos. Todas essas exigências devem estar consignadas em um plano estratégico que será apresentado à autoridade judicial para verificação da legalidade da *ação controlada*. É importante observar que a finalidade não precisa ser atingida para que o método de investigação seja lícito. Ela deve existir como objetivo e será utilizada como parâmetro para o controle da duração da investigação sigilosa. Todavia, considerando a função de ‘filtro ao processo’ exercida pela fase inicial da persecução penal, é possível que não sejam colhidos elementos suficientes à propositura de uma denúncia, encerrando-se a investigação.

O plano estratégico ainda não está positivado como obrigação legal, mas deve ser utilizado na medida do possível, uma vez que traz grandes benefícios a todos os envolvidos na investigação. Aos imputados, proporciona segurança, e para os investigadores, assegura a eficiência. Além disso, é de fulcral importância para o controle periódico que deve ser levado a cabo pelo magistrado para avaliar a necessidade de manutenção da restrição ao direito de defesa dos investigados, isto é, para averiguar a existência de razão que justifique a continuidade do sigilo investigativo. Para tanto, as autoridades policiais em conjunto com o Ministério Público deverão apresentar relatórios bimestrais ao Poder Judiciário. Assim, cotejando os objetivos consignados no plano estratégico com o resultado das diligências já realizadas, o magistrado deverá ponderar se as novas diligências propostas ou a continuidade das antigas apresentam potencialidade de novidade e justificam o prosseguimento da *ação controlada*.

É comum observar alguns desvios dessas regras na utilização prática do instituto, sobretudo no que tange ao conteúdo do pedido de autorização para o início da *ação controlada* e a sua duração. Todavia, uma postura consoante com a Constituição Federal exige que, ainda que não haja lei regulamentando um procedimento detalhado para o método em estudo, os magistrados devem implementar as exigências necessárias para que não sejam cometidos abusos. Assim, a inobservância de qualquer dessas exigências legais acarretará a nulidade da *ação controlada* e consequente impossibilidade de se utilizarem os

elementos informativos colhidos por seu intermédio na propositura de uma denúncia, sob pena de se configurar prova ilícita.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *O Processo Criminal Brasileiro*. 3. ed. aum. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920. 2 v.
- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica, Pensamento Formal e Argumentação: Elementos para o Discurso Jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- ANDREATO, Danilo. *Técnicas Especiais de Investigação: premissas teóricas e limites constitucionais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: CARLI, Carla de. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 403-460.
- ARENAL, Maria Amparo Renedo. *Problemas del imputado en el proceso penal*. Madrid: Editora Universitaria Ramon Areces, 2007.
- AZEVEDO, Francisco Ferreira dos Santos. *Dicionário analógico da língua portuguesa: ideias afins/thesaurus*. 2. ed. atual. e rev. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012.
- _____. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade de substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHEL, Flávio Luiz e ZANOIDE DE MORAES, Maurício. (coord.) *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 341-352.
- _____. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BARBOSA, Adriano Mendes. A atividade de inteligência de Segurança Pública. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 11-30, jan/jun 2011.
- BECHARA, Fabio Ramazzini. O Estado e o Crime Organizado: quebrando paradigmas. *Boletim do IBCCRIM*, ano 20, n. 239, out./2012, p. 4-5.
- BECHARA, Fábio Ramazzini; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de e ZANOIDE DE MORAES, Maurício. (orgs.). *Crime Organizado – Aspectos Processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 153-184.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Primeiras reflexões sobre organização criminosa: anotações à Lei 12.850/2013*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa/>. Acesso em: 14 dez. 2014.

- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BLACKBURN, Simon. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Desiderio Murcho (coord.), Pedro Galvão, Ana Cristina Domingues et. al. Lisboa: Gradiva, 1997.
- BLANCO CORDERO, Isidoro; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio, in VV. AA.: *Criminalidad organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999, p. 17-53.
- BONATO, Gilson; BASTOS, Cleverson; CORREA, Murilo Duarte Costa. *Dobraduras do tempo: ensaios sobre a história de algumas durações no direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BRAZ, José. *Investigação Criminal: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CAFFERATA NORES, José I. La eficacia de la investigación penal y el estado de derecho. In: CAFFERATA NORES, José I. et al. *Eficacia del sistema penal y garantías procesales – (contradicción o equilibrio?)*. Buenos Aires: Mediterránea, 2002, p. 41-54.
- CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. *Revista de Processo*, ano 24, n. 96, p. 234-249, out-dez/1999.
- CASTRO, Tony Gean Barbosa de. Segurança Pública, Inteligência e Cooperação Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 89-107, jul/dez 2011.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal "De Emergência": Avaliação nos 20 Anos de Vigência da Constituição de 1988. In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo. (coord.) *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 209-225.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 77-94, 2004.
- _____. O sigilo do inquérito policial e os advogados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 18, p. 123-134, abril/junho 1997.
- DAVENPORT, Thomas H. *Ecologia da informação: por que só a tecnologia não basta para o sucesso na era da informação*. Trad. Bernadete Siqueira Abraão. São Paulo: Futura, 1998.
- DESCARTES, René. *O Discurso do Método*. Disponível em <http://www.fae.edu/pdf/biblioteca/O%20Discurso%20do%20metodo.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2014.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas: atualizado de acordo com as Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08*. Campinas: Millennium, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Brita Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- DUROZOI, Gérard; e ROUSSEL, André. *Dicionário de Filosofia*. 2. ed. Campinas: Papirus, 1996.
- DUTRA, Luiz Henrique de Araujo. Pragmática da investigação: modelos intencionais na investigação policial. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 137-152, jan-jun/2010.
- _____. A ciência e o conhecimento humano como construção de modelos. *Philosophos*, v. 11, n. 2, p. 247-286, ago/dez. 2006.
- _____. Os Modelos e a Pragmática da Investigação. *Scientiae Studia*, São Paulo, v. 3, n.2, p. 205-232, 2005.
- FACHIN, Odília. *Fundamentos de Metodologia*. 5. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. La intervención de las comunicaciones digitales: a propósito del sistema SITEL. In: FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio Fernández et. al. *Cuestiones de inteligencia en la sociedad contemporánea*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2012, p. 61-77.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verità nel diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004.
- FERRY, Luc. *A sabedoria dos mitos gregos: aprender a viver II*. Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 16, n. 71, p. 11-30, 2008.
- _____. *Direito Processual Penal*, v. I. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda., 1974.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GOMES, Luis Flávio; e BIANCHINI, Alice. Criminalidade econômica organizada. In: OLIVEIRA, William Terra et al. (org.) *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 175-189.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHEL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. (coord.) *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318.
- _____. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *As medidas de coação no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2011.
- GRECO FILHO, Vicente. Considerações processuais da lei de julgamento de crimes envolvendo organização criminosa. *Boletim IBCCRIM*, ano 20, n. 239, p. 2-3, out/2012.

- GREVI, Vittorio. *Alla Ricerca di um Processo Penale Giusto: itinerari e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, n. 347, p. 3-10, jul-set./1999.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: José María Bosch, 1984.
- HAY, Bruce. Sting Operations, Undercover Agents, and Entrapment. *Discussion Paper*, n. 441, Harvard Law School, p. 1-63, 10/2003. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=469960. Acesso em: 14 dez. 2014.
- JESUS, Francisco Marcolino de. *Os meios de obtenção da prova em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011.
- KHALED JR., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal (desconstrução hermenêutica do mito da verdade real)*. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n. 80, p. 119-149, set-out/2009.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LEMONS JR., Artur Pinto. A investigação criminal diante das organizações criminosas e o posicionamento do Ministério Público. *Caderno Jurídico*, ano 1, n. 3, p. 57-114, out/01, ESMP.
- LINARES HAMANN, Jorge Enrique. Redes criminales transnacionales: principal amenaza para la seguridad internacional en la posguerra fría. *Revista Criminalidad*, v. 50, n. 1, p. 371-383, 2008.
- _____. Evolución de los instrumentos internacionales en la lucha contra el crimen organizado. *Revista Criminalidad*, v. 48, p. 90-97, 2006.
- LIRA, Rafael de Souza. *Mídia sensacionalista: o segredo de justiça como regra*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. (Des)Velando o Risco e o Tempo no Processo Penal. In: GAUER, Ruth M. Chitto. (org.) *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 139-177.
- LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LYMAN, Michael D.; POTTER, Gary W. *Organized Crime*. 5th ed. New Jersey: Prentice Hall, 2011.
- MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação Criminal Defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MACHADO, André Augusto Mendes; LOPES, Mariângela Tomé. Meios de investigação no combate ao crime organizado. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio et al. (coord.) *Estudos de Processo Penal*. São Paulo: Scortecci, 2011.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda, 2009.

- MARTINS DA COSTA, Paula Bajer Fernandes. Publicidade na investigação criminal. *Boletim do IBCCrim*, n. 84, nov./1999, p. 13.
- MARTINS, José Clerton de Oliveira et al. De Kairós a Kronos: metamorfoses do trabalho na linha do tempo. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*, v. 15, n. 2, p. 219-228, 2012.
- MARX, Gary T. *Undercover: police surveillance in America*. Oakland: University of California Press, 1988.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. O sigilo da fase pré-processual. *Boletim do IBCCrim*, n. 83, out./1999, p. 10-11.
- MERCONE, Mario. *Diritto Processuale Penale*. XVI Edizione. Napole: Edizione Giuridiche Simone, 2008.
- MINGARDI, Guaracy. O trabalho da Inteligência no Controle do Crime Organizado. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 51-70, 2007.
- _____. Inteligência policial e crime organizado. In: LIMA, Renato Sergio de; PAULA, Liana de. (orgs.) *Segurança Pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?* São Paulo: Contexto, 2006, p. 41-51.
- MOLINARI, Francesca Maria. *Il segreto investigativo*. Milano: Giuffrè Editore, 2003.
- MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Trad. Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- NILSSON, Hans G. Special investigation techniques and developments in mutual legal assistance: the crossroads between police cooperation and judicial cooperation. Work product of the 125th International Training Course Visiting: Experts' Papers. *Resource Material Series*, n. 65, p. 39-45. Disponível em: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No65/No65_07VE_Nilsson2.pdf. Acesso em: 14 dez. 2014.
- NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação*. 2012. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade de São Paulo, São Paulo.
- ORGIS, Markus. Operaciones impulsadas y guiadas por inteligencia, la mejor opción para combatir las amenazas preeminentes. In: FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio Fernández et. al. *Cuestiones de inteligencia en la sociedad contemporánea*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2012, p. 143-166.
- OSTERBURG, James W. e WARD, Richard H. *Criminal Investigation: a method for reconstructing the past*. New Providence: Anderson Publishing, 2010.
- PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed., rev. ampl. e atual. com as Leis 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), 11.343/2006 (Lei Antidrogas), 11.417/2006 (Súmula Vinculante), 11.435/2006, 11.449/2006 e 11.464/2007 e a ADI 3112-STF. Niterói: Impetus, 2008.
- PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O Prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal*. Coimbra: Almedina, 2010.
- PEREIRA, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Juruá, 2013.

- PITOMBO, Cleunice. *Processo penal: prova e verdade*. 2003. Tese (Doutorado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 209 p.
- PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. O juiz penal e a pesquisa da verdade material. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques e SILVA, Marco Antonio Marques da. (orgs.) *Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 72-77.
- PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, v. 1: Parte Geral – arts. 1º a 120, 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- RASCOVSKI, Luiz. *Entrega vigiada: meio investigativo de combate ao crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Lições preliminares de Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RUSSO, Luciana; GEMAQUE, Silvio César. Crime Organizado em Portugal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. (coord.) *Crime Organizado – Aspectos Processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 280-303.
- SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2005.
- SANTOS, Célio Jacinto dos. Investigação Criminal e Inteligência: qual a relação? *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 2, n. 1, jan-jun/2011, p. 103-131.
- SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. (coord.) *Crime Organizado – Aspectos Processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-28.
- _____. Noções de eficiência e garantismo. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. (coords.) *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 9-28.
- _____. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 70, p. 229-268, jan-fev/2008.
- _____. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SENDRA, Vicente Gimeno. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 3a ed. Madrid: Colex Editorial, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3a ed. ampl. Madrid: Edisofer S. L., 2011.
- SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais*. 2009. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade de São Paulo, 302p.
- _____. Sigilo interno e externo na investigação criminal. *Boletim do IBCCrim*, n. 177, ago/2007, p. 12.
- SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado. Procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

- SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. v. II. 5. ed. rev. e atual. Lisboa: Babel, 2011.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Verdade e significado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 5, mar-abr/2005, p.76-97.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: realidade típica ou contradição em termos? In: OLIVEIRA, William Terra et al. (org.) *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 157-173.
- _____. Da verdade dada à verdade buscada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 101, abr/2001, p. 12-14.
- TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *Revista de Processo*, ano 35, n. 181, mar/2010, p. 167-172.
- _____. Verità e Probabilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, v. 154, dez/2007, p. 207-222.
- TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- TORON, Alberto Zacharias. Quem tem medo da publicidade no inquérito?. *Boletim do IBCCrim*, n. 84, nov/1999, p. 13-14.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 6. ed. rev., atual., e aum. São Paulo: Saraiva, 2004.
- UBERTIS, Giulio. La ricerca della verità giudiziale. In: UBERTIS, Giulio. (org.) *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Ciência Policial: contributos reflexivos epistêmicos. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 79-86, jul-dez/2010.
- _____. A investigação do crime organizado – buscas domiciliares noturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. (coord.) *Criminalidade organizada e criminalidade em massa: interferências e ingerências mútuas*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 159-184.
- VILAPLANA, Alicia Armengot. *El imputado en el proceso penal*. Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 2013.
- VILARES, Fernanda Regina. *Processo Penal: reserva de jurisdição e CPIs*. São Paulo: Onix Jur, 2012.
- ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. Publicidade e Proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; e ZANOIDE DE MORAES, Maurício. (coords.) *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 29-55.
- ZARZA, Ángeles Guitiérrez (coord.). *Nuevas tecnologías, protección de datos personales y proceso penal*. Madrid: La Ley, 2012.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y sistema de derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Editorial Comares, 2009.

ARTIGOS CIENTÍFICOS CONSULTADOS

<http://www.astropt.org/2013/08/05/o-que-e-essa-tal-fisica-quantica/>. Acesso em: 14 dez. 2014.

<http://hypescience.com/o-universo-e-na-verdade-um-holograma/>. Acesso em: 14 dez. 2014.

CONVENÇÕES E TRATADOS E LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

<http://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/imputato.asp>. Acesso em: 14 dez. 2014.

<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/>. Acesso em: 14 dez. 2014.

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em: 14 dez. 2014.

<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em: 14 dez. 2014.

<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 dez. 2014.

DICIONÁRIOS ON-LINE CONSULTADOS

<https://acesso.uol.com.br/login.html?skin=houaiss&dest=REDIR|http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=retardar>. Acesso em: 14 dez. 2014.

<http://www.aulete.com.br/organizar>. Acesso em: 14 dez. 2014.

NOTÍCIAS DE JORNAL

<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=226260&c=5022&q=definido-grupo-que-coordenaru-a-agencia-de-combate-ao-crime-organizado>. Acesso em: 14 dez. 2014.

<http://www.dpf.gov.br/agencia/estatisticas/2014>. Acesso em: 14 dez. 2014.