

# APLICAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS PREVISTOS NA LEI N. 9.034/95: ENFOQUE A PARTIR DAS NOVAS TÉCNICAS DE APURAÇÃO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA

Luciana Briedis<sup>1</sup>

Sumário: 1 Efetividades das investigações: a utilização de mecanismos que priorizam os fins em detrimento das liberdades públicas; Considerações Finais; Referências das fontes citadas.

Resumo: Este artigo trata das modernas tendências de investigação aplicáveis aos delitos econômicos, notadamente as previstas na Lei n. 9.034/95, quais sejam: a infiltração policial, a ação controlada, o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias e financeiras e a interceptação ambiental. Tendo em vista a dificuldade enfrentada pelos órgãos estatais na investigação dos delitos econômicos, a qual revela a necessidade do emprego de novos meios de investigação, os quais, por serem tendencialmente mais eficazes, representam maiores restrições às garantias individuais, exigindo disciplina legal minuciosa, em consonância com os postulados do princípio da proporcionalidade, na medida em que deverão ser utilizados de modo equilibrado, tendo por norte as garantias constitucionais.

Palavras-chave: Criminalidade Econômica. Investigação Criminal. Infiltração Policial. Ação Controlada. Quebra de Sigilo Bancário. Quebra de Sigilo Fiscal. Interceptação Ambiental.

---

<sup>1</sup> Pós Graduada em Ciência Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP/LFG e Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina, Brasil.

## APPLICATION OF INVESTIGATIVE PROCEDURES SET BY LAW Nº 9.034/95: FOCUS ON THE BASIS OF NEW TECHNIQUES FOR DETERMINATION OF ECONOMIC CRIME

**Abstract:** This article deals with modern trends of research relating to economic crimes, especially those contained in Law No. 9.034/95, which are: police infiltration, the controlled action, access to data, documents, tax information, banking and financial and environmental interception. Given the difficulty faced by state agencies in investigating economic crimes, which reveals the necessity of using new means of investigation, which, because they tend to be more effective, pose major constraints to the individual guarantees, requiring thorough legal discipline in consistent with the tenets of the principle of proportionality, in that it should be used in a balanced way, with the U.S. constitutional guarantees.

**Keywords:** Economic Crime. Criminal Investigation. Police infiltration. Controlled Action. Sneakers Banking. Sneakers Tax. Environmental interception.

### INTRODUÇÃO



partir da globalização e da nova realidade social dela emergida, houve o aparecimento e o incremento de espécies delitivas com um alto potencial de danosidade. Trata-se da chamada criminalidade moderna, a qual, grosso modo, possui uma estrutura complexa e organizada e atinge bens jurídicos transindividuais, como o meio ambiente e a economia. Esse fenômeno constitui uma das características do Direito penal moderno, qual seja a “evolução” de uma criminalidade clássica, que envolvia bens jurídicos interindividuais, a uma crimina-

lidade moderna, que envolve, por sua vez, danos transindividuais.

Tendo em vista a danosidade dessa moderna criminalidade, percebe-se uma grande preocupação por parte da sociedade e do Estado em sua contenção. Da mesma forma, há uma crença generalizada de que o Direito penal é o único instrumento eficaz nesse “combate”. De outra parte, contudo, constata-se que o Direito penal e seus tradicionais procedimentos mostram-se em crise diante da nova realidade criminal, não correspondendo às aspirações coletivas por respostas rápidas e eficazes.

Dentre os procedimentos em crise, encontram-se os meios tradicionais de investigação criminal, os quais se apresentam obsoletos quando se trata da criminalidade moderna e dos delitos econômicos em especial. Em face a essa realidade, os Estados nacionais têm procurado instituir e empregar novas técnicas ou métodos de investigação, afinal, cuida-se de fase extremamente relevante para o processo e para a consequente persecução penal. Nesse contexto, destacam-se as técnicas das ações de infiltração, das ações controladas, das quebras de sigilo bancário e fiscal e das interceptações ambientais.

Ocorre que a investigação criminal comporta uma temática, além de relevante,

bastante delicada. Visto que age, quase sempre, invadindo a esfera dos direitos e garantias fundamentais, provocando eventuais danos aos acusados ou a terceiros envolvidos. Com isso, advém a discussão doutrinária acerca dos limites da investigação criminal, pois, além do direito de punir do Estado, a Constituição brasileira abrange os direitos e garantias fundamentais dos acusados.

De se observar, porém, que muitas das novas técnicas de investigação, em busca da eficiência, acabam por vezes afetando, de maneira desproporcional, direitos e garantias dos investigados protegidos constitucionalmente. Eis, então, o surgimento do dilema: combater a moderna criminalidade, diante da

qual se impõe a utilização de meios mais eficazes e mais restritivos, sem, contudo, extrapolar desproporcionalmente os limites legais da investigação, invadindo os direitos fundamentais dos investigados.

No Brasil, a problemática se agrava ainda mais quando se percebe que o ordenamento jurídico não disciplinou adequadamente a matéria das novas técnicas de investigação, dificultando sobremaneira sua utilização de forma equilibrada e consciente, senão contribuindo para uma utilização arbitrária e desproporcional.

É em torno dessas preocupações que o presente artigo orbitará, no sentido de enfrentar o paradigma do crescimento da moderna criminalidade econômica em contraposição à atual insuficiência do Direito penal e processual penal e dos tradicionais meios de investigação criminal.

O desfecho dessa problemática é procurado, prioritariamente, no emprego de novos métodos de investigação. Nessa linha, a legislação brasileira quanto aos crimes cometidos por organizações criminosas (Lei n. 9.034/95) instituiu os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: ação controlada; acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias financeiras e eleitorais; captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos; e infiltração por agentes de polícia ou de inteligência.

Esses são, enfim, os mecanismos que serão abordados de forma individualizada neste artigo. Momento em que serão apresentados seus conceitos, as restrições que seus usos podem acarretar nos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, a ponderação dos interesses em conflito, algumas questões controvertidas que envolvem a sua regulamentação e consequente atuação.

Com esse estudo, objetiva-se avaliar a aplicabilidade desses novos meios de investigação no ordenamento brasileiro, e contribuir para sua utilização de maneira consciente e equili-

brada.

## 1. EFETIVIDADES DAS INVESTIGAÇÕES: A UTILIZAÇÃO DE MECANISMOS QUE PRIORIZAM OS FINS EM DETRIMENTO DAS LIBERDADES PÚBLICAS

Quando se aborda a investigação criminal no âmbito dos delitos econômicos, se percebe que, ao mesmo tempo em que há uma preocupação cada vez maior com investigação desses delitos, em virtude da grande demanda, os métodos tradicionalmente utilizados não se mostram eficazes em sua finalidade de descobrir o fato e de coletar provas.

Com isso, os Estados nacionais passaram a empenhar-se na busca de um novo modelo de investigação criminal, que possa fazer frente ao poderio econômico-financeiro dessa criminalidade, e que atualize os instrumentos e métodos de investigação criminal, dada, justamente, a complexidade com que se praticam os atos delituosos<sup>2</sup>.

Nesse contexto, então, os Estados procuram dispor de novos meios tanto de direito penal material, de política criminal e de direito penal processual, em que se encontram as novas técnicas de investigação criminal, tais como as infiltrações de agentes, as ações controladas, a quebra do sigilo bancário e fiscal, as interceptações ambientais, as equipes conjuntas de investigação, as provas periciais de inteligência, entre outras. Além, ainda, da reclamação por uma maior atuação do Ministério Público na condução das investigações e da instituição da delação premiada.

Ora, se é permitido, ainda que excepcionalmente, o recurso a esses meios especiais de investigação que podem invadir direitos fundamentais, resta determinar quando se dá essa

---

<sup>2</sup> COSTA, Jorge Gustavo Serra de Macedo. “Investigações preliminares e a polícia judiciária nos crimes de ‘colarinho branco’”. In: Cadernos do CEJ. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, v. 25, p. 18-22, jan. 2005, p. 22.

exceção, isto é, quando esses métodos excepcionais e sob que condições podem ser admitidas.

Aí se deve recorrer ao princípio da proporcionalidade<sup>3</sup> como indicador do ponto de equilíbrio, isto é, como “diretriz essencial para verificar eventuais excessos ou abusos na previsão e na utilização de meios especiais de investigação”<sup>4</sup>. De fato, veja-se a constatação de Humberto Ávila: “O postulado da proporcionalidade cresce em importância no Direito brasileiro. Cada vez mais ele serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público”<sup>5</sup>.

O princípio da proporcionalidade, todavia, não possui aplicabilidade irrestrita, sua aplicação depende de certos pressupostos e requisitos (intrínsecos e extrínsecos), os quais devem ser satisfeitos diante de uma medida excepcional de restrição a direitos individuais. O seu pressuposto principal é o princípio da legalidade, assim, o uso de meios especiais de investigação só será possível, com invocação da proporcionalidade, se for expressamente permitido pela legislação<sup>6</sup>.

Deve a lei, portanto, fixar os limites do exercício dos poderes investigativos especiais, definindo o tipo, a espécie e a

---

<sup>3</sup> Trata-se, no direito processual, em uma primeira análise, da proporção entre o gravame ocasionado e a finalidade a que se destina o ato processual. Contudo, ele só se aplica nas situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa averiguar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (cf. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112-113).

<sup>4</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. “O equilíbrio na repressão ao crime organizado”. In: \_\_\_\_\_; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAIS, Maurício Zanoide de (coord.). Crime organizado: aspectos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-28, p. 11.

<sup>5</sup> ÁVILA, Humberto. Obra citada, p. 112.

<sup>6</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. “O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado”. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 16, n. 70, p. 229-268, jan./fev. 2008, p. 238.

natureza da informação que pode ser recolhida e conservada, as categorias de pessoas em relação às quais podem ser levadas a cabo as medidas para obtenção de informação, as circunstâncias em que as medidas podem ser executadas e o procedimento a seguir, além de estabelecer provisões legais detalhadas relativamente às pessoas legitimadas a solicitar o uso desses meios especiais de investigação, as autorizadas a empregá-los em suas atividades e as encarregadas de fiscalizar a sua utilização. Além disso, deve a lei condicionar o uso do meio a prévia, circunstanciada e fundamentada decisão judicial, bem como os requisitos a serem preenchidos para a autorização <sup>7</sup>.

Como requisitos intrínsecos, têm-se: a adequação ou a idoneidade da medida restritiva, que se dá quando a restrição (meio) for apta e relevante para demonstrar a prática do crime investigado ou imputado a alguém (fim), em duração razoável e que atinja o indivíduo sobre o qual incidam as circunstâncias que conduzam à obtenção ou à produção da prova <sup>8</sup>. Com isso, a autorização judicial não poderá deixar de proceder a uma delimitação temporal e geográfica das medidas aludidas.

O segundo requisito é o da necessidade, intervenção mínima ou subsidiariedade, assim, não basta a adequação do meio ao fim, esse deve promover o fim de maneira que haja a menor restrição possível. Isto é, deve o juiz concluir que dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outra medida menos restritiva dos direitos fundamentais afetados <sup>9</sup>. Segundo António Henriques Gaspar, a necessidade, em uma sociedade democrática, significa: “a utilização da medida invasiva dos direitos deve ser imposta por uma necessidade social imperiosa, e reverte a estritos critérios de

---

<sup>7</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. “O equilíbrio na repressão ao crime organizado”, p. 12.

<sup>8</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. “O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado”, p. 238.

<sup>9</sup> ÁVILA, Humberto. Obra citada, p. 112.

proporcionalidade”<sup>10</sup>. O terceiro requisito é o da proporcionalidade em sentido estrito, o qual irá nortear a verificação do justo equilíbrio entre a restrição a um direito provocada pela adoção do meio e a proteção desse mesmo direito como realização do fim, em cada caso concreto<sup>11</sup>. Desse modo, a medida invasiva tem de ser proporcional à finalidade prosseguida, o que significa, conforme leciona António Henriques Gaspar, que “deve existir uma relação racional entre o fim prosseguido pela medida especial de investigação e os meios utilizados, e que se verifique um equilíbrio justo e razoável entre o interesse geral da comunidade e a proteção dos direitos individuais”<sup>12</sup>.

Certo é que não se trata de exames singelos, o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, principalmente quanto aos dois últimos, os quais dependem de uma avaliação de forte grau de subjetividade. Veja-se, nesse sentido, o entendimento de Humberto Ávila: “[...] a comparação do grau de restrição dos direitos fundamentais e do grau de promoção da finalidade preliminarmente pública pode envolver certa complexidade”<sup>13</sup>.

Por isso, enfim, que se tem, como requisito extrínseco do princípio da proporcionalidade, a necessidade de a restrição ser precedida de autorização judicial, fundamentada, na qual devem ser examinados e ponderados os requisitos acima referidos<sup>14</sup>.

Dessa forma, observa-se que as técnicas modernas devem ser normatizadas e executadas de forma adequada, em consonância com os princípios constitucionais e processuais supracitados, sob pena de serem utilizadas de forma arbitrária e, portanto, serem nulas, por provocarem injustificada vulneração a

---

<sup>10</sup> GASPAR, António Henriques. Obra citada, p. 267.

<sup>11</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Idem, p. 239.

<sup>12</sup> GASPAR, António Henriques. Idem, p. 269.

<sup>13</sup> ÁVILA, Humberto. Idem, p. 124.

<sup>14</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. “O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado”, p. 239.



direitos e garantias dos investigados.

Faz-se, portanto, necessário, estudar a viabilidade e possibilidade de legalização e utilização desses novos métodos de investigação que podem vir a ser utilizados no âmbito dos delitos econômicos. É o que se fará nos tópicos seguintes em relação aos métodos previstos na lei brasileira de “combate às ações praticadas por organizações criminosas”, que são: o agente infiltrado, a ação controlada, a quebra de sigilo bancário e fiscal e a interceptação ambiental, sempre os confrontando com o núcleo dos direitos fundamentais, sem cujo respeito não há devido processo legal.

### 1.1. AGENTE INFILTRADO

A figura do agente infiltrado (ou encoberto) é um meio extraordinário de investigação que vem sendo utilizado pelos corpos policiais de diversos Estados nacionais para conseguir uma maior eficácia na investigação da moderna criminalidade organizada. Afinal, a infiltração de um agente na estrutura da criminalidade organizada, participando em suas atividades, pode, de fato, revelar abundante informação sobre seu esquema e funcionamento. Contudo, essa técnica de investigação gera graves problemas de aplicação do ordenamento penal, processual e material, assim como importantes riscos para as garantias processuais de um Estado de Direito<sup>15</sup>.

No Brasil, após ser vetada pelo Presidente da República quando da edição da Lei n. 9.034/95, a infiltração de agentes foi introduzida com a publicação da Lei n. 10.217/01, que, dentre outras alterações, incluiu o inciso V ao artigo 2º daquela Lei<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> SILVA, Eduardo Araújo da Silva: Crime Organizado: procedimento probatório. – 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 142 e 143.

<sup>16</sup> Também se verifica a permissão para atuação do agente infiltrado no artigo 53, inciso I, da Lei n. 11.343/06, em relação aos crimes nela previs-

Da leitura do artigo 2º, inciso V, da Lei n. 9.034/95, percebe-se que somente dois pontos estão regulados: quem pode infiltrar-se e quem deve autorizar a infiltração. Trata-se, portanto, de uma regulação bastante precária, que não disciplina a matéria a contento, deixando, nas palavras de Antonio Scarance Fernandes, “um vazio legislativo”<sup>17</sup>, que, por sua vez, acarretará em alguns problemas de aplicação do agente infiltrado no ordenamento brasileiro, os quais virão à tona após a análise do instituto.

Entende-se por infiltração o procedimento pelo qual agente policial (ou de inteligência, ou ainda, terceiros sob controle do Estado, conforme dispuser a legislação de cada país), uma vez tendo suas identidades modificadas pelo Estado, ingressa em uma organização criminosa, simulando a condição de integrante, com o objetivo de obter informações a respeito de seu funcionamento, bem como de colher elementos para a prova de suas infrações, que conduzam à instrumentalização dos órgãos de acusação<sup>18</sup>.

O agente infiltrado apresenta, segundo a doutrina, três características básicas ou técnicas de perpetração: (1) a dissimulação, isto é, a ocultação da condição de agente oficial e de suas verdadeiras intenções; (2) o engano, uma vez que toda operação de infiltração apóia-se numa encenação que permite ao agente obter a confiança do suspeito; e (3) a interação, que é a relação direta e pessoal entre o agente e o investigado<sup>19</sup>. Do conceito e das características que envolvem o agente infiltrado, percebe-se que se trata de um método secreto de investigação de delito.

Com a intromissão na vida privada das pessoas, o agente

---

tos.

<sup>17</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. “O equilíbrio na repressão ao crime organizado”, p. 19.

<sup>18</sup> SILVA, Eduardo Araújo da Silva: Crime Organizado: procedimento probatório. – 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 143 e 144.

<sup>19</sup> SILVA, Eduardo Araujo da. Idem, p. 86.

infiltrado acaba por ofender, em primeiro lugar, o respeito à dignidade humana<sup>20</sup>, em função da ofensa a outros princípios correlatos, como: a intimidade, o segredo das comunicações e a inviolabilidade do domicílio.

Com efeito, a infiltração permite ao agente ter acesso a facetas da intimidade pessoal dos sujeitos investigados e de outros cidadãos que não têm nada a ver com a investigação<sup>21</sup>, uma vez que, ocultando sua condição de agente policial, o infiltrado fica em condições de ouvir conversas alheias, bem como de observar condutas que têm lugar em sua presença<sup>22</sup>.

Quanto à ofensa ao direito de defesa, ela manifesta-se na medida em que o investigado acaba prestando declarações, a serem introduzidas no processo, como se estivesse prestando um interrogatório, não lhe sendo asseguradas, todavia, as garantias do direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si<sup>23</sup>. Ainda, se houver a manutenção da identidade falsa do agente durante a tramitação do processo penal e durante, portanto, seu depoimento, também haverá ofensa ao princípio da defesa, porque esta fica privada de dados que poderiam provar, por exemplo, que o agente era inimigo ou indigno de crédito<sup>24</sup>.

Pelo exposto, percebe-se a necessidade de se estabelecer, com clareza, limites à atividade do agente infiltrado, para que, durante a realização da infiltração, lesione o menos possível,

---

<sup>20</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. “O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado”, p. 252.

<sup>21</sup> GOMES, Rodrigo Carneiro. A repressão à criminalidade organizada e os instrumentos legais: ação Controlada. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1142, 17 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8745>>. Acesso em: 26 mai. 2011.

<sup>22</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín. Obra citada, p. 102-103.

<sup>23</sup> NEISTEIN, Mariângela Lopes. O agente infiltrado como meio de investigação, p. 154 apud FERNANDES, Antonio Scarance. “O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado”, p. 252-253.

<sup>24</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín. Obra citada, p. 125.

assim como não invada de forma desproporcional, os direitos fundamentais a que se fez referência.

Assim, para além da ofensa a várias garantias constitucionalmente protegidas, a figura da infiltração policial deve, igualmente, estar sujeita a alguns princípios constitucionais, aqueles que determinam a zona de equilíbrio entre eficácia e garantias no processo penal, que são os princípios: da proporcionalidade, da legalidade e o da necessidade.

Diante da hipótese fática de requerimento para autorização de uma operação por meio do agente encoberto, deverá o juiz, à luz do princípio da proporcionalidade, em primeiro lugar, verificar se há indícios suficientes de que o sujeito esteja cometendo um delito, não um delito qualquer, mas aquele determinado por lei como suscetível de sofrer a medida; em segundo lugar, verificar se a medida em questão é suficientemente idônea para se alcançar os objetivos propostos com a investigação; e, em terceiro lugar, verificar se a medida aparece como necessárias para essa finalidade, isto é, se nenhum outro meio menos gravoso possa alcançar a mesma finalidade<sup>25</sup>.

Apesar de toda a complexidade que envolve a matéria, o ordenamento brasileiro não disciplinou um procedimento próprio para o processamento do agente infiltrado, limitando-se a poucas considerações. É dizer, exige autorização judicial, mas nada prevê sobre os requisitos a serem observados pelo juiz para a autorização, nem quem tem legitimidade para requerê-la e, tampouco, se o juiz pode determiná-la de ofício ou não.

A lei nacional não fez, ainda, qualquer alusão quanto ao prazo de duração da operação de infiltração, e se é possível sua renovação. Segundo Damásio de Jesus, há uma intencionalidade nessa omissão legislativa, consistente no fato de que “a determinação do prazo deve se orientar pela necessidade do caso concreto e pelo bom senso e responsabilidade do juiz”<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Idem*, p. 107.

<sup>26</sup> JESUS, Damásio de. “Agente infiltrado: reflexos penais e processuais”.

Ante a situação legislativa no âmbito da infiltração de agentes, a doutrina pátria tem admitido a interpretação, por analogia e no que couber, do procedimento previsto na Lei n. 9.296/96, que disciplina a interceptação das comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, pois esta lei, segundo Eduardo Araujo da Silva, “reflete a moderna concepção do princípio da proporcionalidade em relação à matéria que igualmente pode resultar em restrição ao direito à privacidade”<sup>27</sup>. Bem como, é claro, a aplicação da Lei n. 11.343/06 (especificamente do artigo 53, inciso I) também quanto aos crimes previstos na Lei 9.034/95, isto é, quanto às ações praticadas por organizações criminosas.

Nesse rumo, dois são os requisitos legalmente previstos (da combinação das legislações) para o deferimento do pedido (quanto a um suposto delito econômico): (a) impossibilidade da prova ser recolhida por outros meios disponíveis; (b) o fato investigado constituir ilícito decorrente de “ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”; (c) autorização judicial e oitiva do Ministério Público. Por outro lado, têm legitimidade para requerê-la a autoridade policial, no curso de inquérito policial, e o Ministério Público, na fase de investigação criminal e de instrução processual (artigo 3º, incisos I e II, da Lei n. 9.296/96). Ainda, segundo a Lei “das interceptações”, poderá o juiz determinar sua realização de ofício, se entender conveniente (artigo 3º, da Lei n. 9.296/95)<sup>28</sup>.

Quanto ao prazo de duração, será aquele permitido para a interceptação telefônica, que é de 15 dias, prorrogáveis por igual prazo (artigo 5º da Lei n. 9.034/95).

---

In: Revista do Tribunal Regional Federal da 3.º Região. São Paulo: publicação oficial, n. 80, p. 81-85, nov./dez. 2006, p. 82. Esse raciocínio sustenta-se ainda pelo fato de que também as legislações espanhola e portuguesa são omissas quanto ao período de duração da infiltração.

<sup>27</sup> SILVA, Eduardo Araujo da. Obra citada, p. 88.

<sup>28</sup> SILVA, Eduardo Araujo da. Idem, *ibidem*.

Pode, ainda, segundo Sérgio Sobrinho, “invocar-se a proporcionalidade para ampliá-lo por tempo suficiente, desde que motivadamente”<sup>29</sup>.

A lei brasileira igualmente não dispôs a respeito dos limites que deverão ser observados pelo agente policial quando da infiltração autorizada judicialmente, uma das questões mais duvidosas nessa matéria. Assim, não se sabe a respeito da responsabilidade penal do agente infiltrado, bem com qual seria a natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado: se causa de exclusão da culpabilidade, em razão da inexigibilidade de conduta diversa, ou se exclusão da ilicitude, pelo estrito cumprimento de obrigação legal ou, ainda, uma escusa absolutória.

Importante ressaltar que apesar das críticas despendidas, há aceitação dessa técnica de investigação junto à jurisprudência brasileira<sup>30</sup>. Verifica-se, contudo, sua aplicação majoritariamente no âmbito dos crimes de tráfico de drogas (previstos na Lei n. 11.343/06), naquele procedimento em que agentes policiais “infiltrados” simulam a aquisição de substância entorpecente do suspeito. Procedimento que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, não configura hipótese de agente provocador, quando a droga já se encontrava na posse do investigado quando da operação, circunstância que o incriminaria não no tipo de venda, mas no de outro verbo nuclear dos tipos descritos nos artigos 28 ou 33 da Lei n. 11.343/06<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> SERGIO SOBRINHO, Mário. “O crime organizado no Brasil”. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAIS, Maurício Zanoide de (coord.). Crime organizado: aspectos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29-64, p. 45.

<sup>30</sup> SILVA, Eduardo Araujo da. Obra citada, p. 89.

<sup>31</sup> Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC n. 81970, de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes. Acórdão de 28 jun. 2002. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(81970.NUME. OU 81970.ACMS.\)&base= baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(81970.NUME. OU 81970.ACMS.)&base= baseAcordaos)>. Acesso em:

Por fim, cumpre referir que, neste momento, ainda é impossível fazer uma valoração real a respeito da operatividade do agente infiltrado. Pode-se, contudo, afirmar que sua eficiência resta bastante discutível, pois apresenta uma série de limites, lacunas e problemas de correta aplicabilidade que se apresentam de difícil solução, dentre os quais se destacam: quem penetra na organização, para não ser descoberto, deve agir como se fosse um membro dela e, assim, deve também praticar crimes, outro perigo é de o agente passar a atuar para as organizações, com ela colaborando até mesmo no fornecimento de informações sobre a polícia.

## 1.2. AÇÕES CONTROLADAS

A ação controlada consiste em um meio excepcional de investigação que nasceu com o propósito de fazer frente aos delitos de tráfico de drogas, como medida político-criminal para atingir o lado mais “forte” da criminalidade, não só os que ficam na linha de frente do tráfico, como as chamadas “mulas”<sup>32</sup>.

Dessa forma, a Convenção de Palermo e a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, ao contrário do que ocorreu na Convenção de Viena de 1988 em relação à ação controlada quanto ao tráfico de drogas e na Convenção Interamericana Contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições e Outros Materiais Correlatos (CIFTA) quanto ao tráfico de armas, não determinaram qual bem que poderia sofrer a ação controlada, admitindo, implicitamente, que seja o mais amplo possível, desde que associado ao crime organizado<sup>33</sup>.

---

30 mai. 2011.

<sup>32</sup> São pessoas aliadas pela organização criminosa de tráfico de drogas exclusivamente para transportar drogas entre cidades, estados e países.

<sup>33</sup> GOMES, Rodrigo Carneiro. “Limites constitucionais das investigações

No Brasil, a ação controlada está prevista no artigo 2º, inciso I, da Lei n. 9.034/95 e trata-se de uma técnica investigativa que possibilita aos agentes policiais retardarem suas intervenções em relação a infrações em curso, praticadas por organização criminosa, para aguardar ocasião mais propícia para agir e, assim, obter melhor prova, com a descoberta de maior número de membros e de membros com posições proeminentes na estrutura da organização criminosa<sup>34</sup>.

Há três alternativas de execução (ou procedimentos operacionais) da ação controlada, as quais não são excludentes entre si: (1) a interdição, em que se interrompe a ação criminosa (normalmente a entrega de algum bem) e apreende-se o respectivo bem (carga, mercadoria ou droga); (2) a substituição, em que a carga ilícita é substituída, antes de ser entregue ao destinatário final, por outro produto qualquer, para que não haja risco de perda ou extravio; (3) acompanhamento, em que a operação criminosa é acompanhada, sob vigilância, a fim de se atingir o objetivo de identificar o maior número possível de integrantes, o modus operandi e uma quantidade maior de mercadorias ilícitas<sup>35</sup>.

Quando da operação da ação controlada, em que o agente policial não cumpre com seu dever de proceder imediatamente à prisão em flagrante, importante ressaltar que não há falar-se em crime de prevaricação<sup>36</sup>; afinal, o ânimo do agente, no re-

---

no Brasil. Investigação criminal na Convenção de Palermo: instrumentos e limites”. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). Limites constitucionais da investigação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 356- 383, p. 373.

<sup>34</sup>FERNANDES, Antonio Scarance. “O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado”, p. 251; GOMES, Rodrigo Carneiro. “A repressão à criminalidade organizada e os instrumentos legais: ação controlada”. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT. Ano 96, v. 858, p. 455-464, abr. 2007, p. 456; SILVA, Eduardo Araujo da. Obra citada, p. 303.

<sup>35</sup>GOMES, Rodrigo Carneiro. “A repressão à criminalidade organizada e os instrumentos legais: ação controlada”, p. 460.

<sup>36</sup>Previsto no artigo 319 do Código Penal brasileiro.



tardamento de sua conduta, é o de obter maior êxito na colheita dos elementos de prova e de maneira nenhuma o de satisfazer interesse ou sentimento pessoal <sup>37</sup>.

Além disso, apesar de a regra geral quanto à prisão em flagrante dispor que as autoridades policiais e seus agentes têm a obrigação de prender quem se encontre em flagrante delito <sup>38</sup>, com a edição da Lei n. 9.034/95, adveio ao ordenamento processual penal pátrio a possibilidade legal de retardamento ou prorrogação do flagrante, em algumas situações, trata-se, justamente, da previsão da ação controlada.

Note-se que o flagrante prorrogado justifica-se, ainda, como lembra Luiz Flávio Gomes <sup>39</sup>, devido à natureza permanente das situações para as quais ele é previsto (como a criminalidade organizada), em que, portanto, a flagrância também se apresenta permanente, tendo em vista o artigo 303 do Código de Processo Penal brasileiro, que entende o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Tratando-se de um meio excepcional de investigação que “pode resultar em violação do direito à intimidade e à vida privada dos cidadãos investigados” <sup>40</sup>, a ação controlada deve ser empreendida somente quando atender aos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da necessidade. Da mesma forma, deverão ser obedecidos esses princípios quando da execução da medida, sob pena de haver lesão desproporcionada aos direitos e garantias dos investigados.

---

<sup>37</sup> Nesse sentido é o entendimento de PEREIRA, Flávio Cardoso. “A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência”, p. 123; e, SILVA, Eduardo Araujo da. Obra citada, p. 93.

<sup>38</sup> Conforme dispõe o artigo 301, do Código de Processo Penal brasileiro.

<sup>39</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 116-117.

<sup>40</sup> SILVA, Eduardo Araujo da. Obra citada, p. 94.

Nesse sentido, Flávio Cardoso Pereira elenca alguns requisitos essenciais ao êxito e à legalidade das ações controladas: por primeiro, deverá a lei sempre exigir autorização judicial, a qual deverá conter uma detalhada fundamentação das razões da concessão do direito à execução da ação controlada. Em segundo lugar, deverá a lei prever o controle judicial sobre a medida, afinal o juiz deve funcionar como garantidor dos direitos dos envolvidos. Em terceiro, reputa o autor ser imprescindível a realização em conjunto, pelo Ministério Público e a Polícia, de um planejamento operacional estratégico, uma vez que seria o “momento em que se analisará a viabilidade e necessidade da utilização desse meio de investigação”<sup>41</sup>. Ponderação de fundamental relevância para a qualidade da investigação, pois contribuirá, decisivamente, para o sucesso da mesma, é dizer, sua utilização de maneira equilibrada, atendendo aos pressupostos da adequabilidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A atuação da ação controlada exige, ainda, algumas limitações: não poderão os policiais praticar atos que comprometam a intimidade e a vida privada dos investigados, salvo mediante prévia autorização judicial, assim como não poderão retardar suas condutas por tempo indeterminado, sob pena de ensejar especulações sobre os reais motivos desse retardamento<sup>42</sup>. O ideal, em questões de duração da operação, seria que a lei determinasse o prazo máximo, sujeitando sua prorrogação à autorização judicial fundamentada.

Feitas essas observações, resta intuitivo perceber a precariedade da regulação desse tema junto ao ordenamento jurídico-penal brasileiro, por meio da Lei n. 9.034/95, a qual se limitou a exigir um único requisito: que a suposta ação criminosa

---

<sup>41</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. “A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência”, p. 126.

<sup>42</sup> SILVA, Eduardo Araujo da. Obra citada, p. 94-95.

seja praticada por organização criminosa ou a ela relacionada, o que praticamente não diz nada, vez que o conceito de organização criminosa ainda resta vago no ordenamento brasileiro <sup>43</sup>.

Apesar de a Lei n. 11.343/06 ainda não ter esgotado devidamente as questões que envolvem esta medida extraordinária de investigação e, assim como a Lei n. 9.034/95, carecer de reformas, representou uma evolução legislativa em relação a esta lei. Devendo-se, portanto, aplicá-la por analogia também no âmbito do crime organizado. Nesse sentido, disserta Antonio Scarance Fernandes: “Ante a pobreza na especificação pela Lei do Crime Organizado, a respeito dos requisitos necessários para a ação controlada, adota-se a Lei Antidrogas como forma de suprir as lacunas” <sup>44</sup>.

Não obstante esse entendimento doutrinário, a jurisprudência brasileira ainda tem admitido a utilização da ação controlada sem autorização judicial <sup>45</sup>.

Enfim, da mesma forma que as infiltrações policiais, deverá a ação controlada ser tratada com mais seriedade, tanto

---

<sup>43</sup> Isso devido à demasiada abrangência do conceito; note-se, a respeito, a exposição de Ney Fayet Júnior e Paulo Fayet: “[...] a redação da Lei n.º 9.034/95 implementou, primeiramente, o uso de duas formas de associação de pessoas para o cometimento de delitos: a modalidade de ‘quadrilha ou bando’, já definida pelo art. 288 do CP, e a de ‘organizações criminosas’ (termo inexistente, até então). A essas duas figuras, em face das alterações sobrevindas na Lei n.º 10.217/2001, foi agregada ao universo jurídico-normativo uma outra forma: a ‘associação criminosa’” (em “Direitos fundamentais fragmentados: a construção tipológica (da categoria) do crime organizado na legislação brasileira em face do princípio da legalidade substancial”. In: *Novatio Iuris: doutrina internacional, doutrina nacional, espaço discente*. Porto Alegre: ESADE, v.1, p.79-96, 2008, p. 85).

<sup>44</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. “O equilíbrio na repressão ao crime organizado”, p. 17.

<sup>45</sup> Veja-se, nesse sentido: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3.º Região. Segunda Turma. HC n. 26302, de Mato Grosso do Sul. Relator: Des. Cotrim Guimarães. Acórdão de 27 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vi d=trf3e:trf3ve>>. Acesso em: 30 mai. 2011.

por parte da legislação, quanto da jurisprudência, a fim de evitar que a prática de ações controladas venham a violar desproporcionalmente direitos e garantias das pessoas investigadas, buscando-se, em última análise, encontrar os pontos de equilíbrio que deverão nortear a atuação dos agentes estatais.

### 1.3. ACESSO A DADOS, DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES FISCAIS, BANCÁRIAS E FINANCEIRAS

A Lei n. 9.034/95 prevê ainda como um dos meios de obtenção da prova em relação às atividades desenvolvidas pelas organizações criminosas o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias e financeiras. Trata-se do que se convencionou chamar de investigação patrimonial, a qual constitui um dos principais instrumentos comprobatórios na apuração de ilícitos econômicos, associados à criminalidade organizada e à lavagem de dinheiro.

Segundo Luiz Flávio Gomes, está correto a orientação da lei em dar prioridade (destaque) aos dados fiscais, bancários e financeiros, por que: O mundo dos negócios hoje (e o crime organizado é, em certo sentido, um “negócio”) passa pelo fisco, pelos bancos ou pelas entidades financeiras. Os dados e papéis constantes dessas entidades podem ser e efetivamente são extremamente úteis para investigar [...] a vida de algum “suspeito”<sup>46</sup>.

Com efeito, a necessidade de acesso a dados financeiros e fiscais torna-se bastante comum na elucidação de crimes econômicos e cometidos por organizações criminosas, afinal as ações praticadas não raramente se materializam na forma de transações financeiras (nesse sentido, por exemplo, tem-se que o “dinheiro obtido com as atividades ilícitas também tramita

---

<sup>46</sup> ESTORILIO, Jairo Amodio. Investigação nos delitos empresariais. Curitiba: Juruá, 2009, p. 173.

por instituições financeiras”<sup>47</sup>). Além disso, com o acesso a documentos financeiros, consegue-se “informações sobre as rendas e a situação econômico-financeira do indiciado ou réu, podendo-se avaliar a coerência e compatibilidade dos dados com sua vida real”<sup>48</sup>.

Ocorre que esses dados, ao informarem aspectos da vida privada dos investigados<sup>49</sup>, são protegidos pela Constituição Federal brasileira quando esta, em seu artigo 5.º, X, insere entre os direitos e garantias individuais a proteção à esfera privada. Em princípio, portanto, todas as informações a respeito da vida privada das pessoas seriam objeto de sigilo.

Corroborando essa informação, tem-se, ainda, a declaração do artigo 5.º, XII, da Constituição Federal, a respeito da inviolabilidade de dados, prevendo a possibilidade de violação somente da comunicação telefônica para fins de investigação criminal ou processo criminal, mediante interceptação autorizada judicialmente.

#### 1.4. INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL

Das novas técnicas investigativas, a interceptação ambiental constitui modalidade de meio de prova cuja discussão não de hoje permeia o cenário jurídico, doutrinário e jurisprudencial brasileiro, cujo cerne girava em torno da sua compatibilidade ou não com os princípios constitucionais (como a privacidade), ora sendo admitida, ora não.

Trata-se de instrumento de investigação bastante visado

---

<sup>47</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Obra citada, p. 125.

<sup>48</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. “O equilíbrio na repressão ao crime organizado”, p. 22.

<sup>49</sup> MENEGAZ, Daniel da Silveira. “Os mecanismos de controle penal em processos de lavagem de dinheiro na justiça criminal federal da 4.º região e as garantias constitucionais: colarinho branco e organizações criminosas na sociedade contemporânea”. In: Revista de Estudos Criminais. Ano VII, n. 27, p. 163-198, out./dez. 2007, p. 187.

pela atividade persecutória estatal devido à sua capacidade de demonstração do fato oculto.

Com isso, e em vista do grau de dificuldade que essa atividade estatal encontra na elucidação de crimes como o econômico-financeiro e organizado, há uma tendência nas legislações processuais modernas em admiti-la, conferindo-lhe, inclusive, o mesmo tratamento jurídico dados às interceptações telefônicas<sup>50</sup>.

A despeito dessa tendência, a legislação brasileira que veio a regulamentar as interceptações telefônicas no país — Lei n. 9.296/96 — não disciplinou as interceptações ambientais, perdendo grande oportunidade para tanto.

Esse vazio legislativo a respeito das interceptações ambientais foi parcialmente suprido com a edição da Lei n. 10.217/01, que, alterando a Lei n. 9.034/95, admite a “captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial” (artigo 2º, inciso IV), no âmbito da criminalidade organizada.

A interceptação ambiental dá-se, por óbvio, sobre as comunicações ambientais, que são aquelas realizadas diretamente no meio ambiente, sem transmissão e recepção por meios físicos artificiais, como fios elétricos, cabos óticos etc. As comunicações ambientais podem, ainda, ser divididas em: (a) acústicas ou sonoras, que são as percebidas pelo ouvido humano, assim, por exemplo, uma conversa oral entre duas pessoas em uma sala; (b) óticas, perceptíveis pela visão, assim uma comu-

---

<sup>50</sup> Afinal, “somente pessoas muito ligadas ao titular da conta, afora, está claro, os funcionários encarregados de mantê-la, é que alcançam o conhecimento acerca do seu numerário, seu movimento, suas entradas e retiradas, suas aplicações, a origem do dinheiro e seu destino” (cf. TAVARES, Jua-rez. “A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada”. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT. Ano 1, n. 1, p. 105-111, jan./mar. 1993, p. 106-107).

nicação entre duas pessoas utilizando-se de dispositivos óticos; (c) radioelétricas, que são utilizadas em emissão e recepção radiofônicas, sem necessidade de utilização de fios, assim, pessoas dialogando por meio de radiotransmissores; e, (d) eletromagnéticas, comunicações que utilizem as demais ondas eletromagnéticas diversas das radioelétricas e das óticas <sup>51</sup>. Todos esses modos de comunicação ambiental estão previstos na lei e podem sofrer a captação e a interceptação.

Assim, pelo texto legal, poderão os agentes de polícia, mediante prévia autorização judicial, instalar aparelhos de gravação de som e imagem em ambientes fechados (residências, locais de trabalho, estabelecimentos prisionais etc.) ou abertos (ruas, praças, jardins públicos etc.), com a finalidade de gravar não apenas os diálogos travados entre os investigados (sinais acústicos), mas também de filmar as condutas por eles desenvolvidas (sinais ópticos). Ainda poderão os policiais registrar sinais emitidos pelos aparelhos de comunicação, como rádios transmissores (sinais eletromagnéticos) <sup>52</sup>.

Ocorre que, como adverte Eduardo Araujo da Silva, esse dispositivo ampliou demasiadamente o texto constitucional brasileiro, que, no artigo 5º, inciso XII, além de não admitir a violação do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, apenas admite, excepcionalmente, a violação das comunicações telefônicas, não das ambientais <sup>53</sup>.

Busca a Constituição, dessa maneira, proteger a intimidade e a vida privada dos investigados e também de terceiros que podem vir a ser atingidos pela medida.

Com isso, parte da doutrina brasileira <sup>54</sup> considera o artigo 2º, inciso IV, da Lei n. 9.034/95, inconstitucional, já que

---

<sup>51</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Obra citada, p. 232.

<sup>52</sup> PACHECO, Denilson Feitoza. Obra citada, p. 668.

<sup>53</sup> SILVA, Eduardo Araujo da. Obra citada, p. 104.

<sup>54</sup> SILVA, Eduardo Araujo da. *Idem*, *ibidem*.

não há previsão constitucional para a regulamentação infraconstitucional da interceptação ambiental, não podendo o legislador ordinário ampliar os limites do previsto no texto constitucional.

Seguindo esse entendimento, Antonio Scarance Fernandes afirma que, no sistema brasileiro atual, no qual sequer está definido o crime organizado, “é desarrazoado permitir que, com a amplitude do art. 2º, sejam instalados microfones ou outros artefatos em residências e em outros locais de uso particular para gravar vozes e imagens, com a captação de diálogos e a filmagem de pessoas e de seus atos”<sup>55</sup>. Completa Mário Sérgio Sobrinho no sentido de que “nem o princípio da proporcionalidade serviria para deixar de entender-se inconstitucional esse meio de obtenção de prova”<sup>56</sup>, porque, em não havendo definição de crime organizado no Brasil, aplicar-se-ia a medida a toda quadrilha ou bando, possibilitando graves violações da intimidade e da vida particular das pessoas investigadas, com o que, segundo o autor, resta insuficiente submeter a realização da medida à autorização judicial<sup>57</sup>.

Com isso, percebe-se que o entendimento doutrinário brasileiro, pelo menos o majoritário, é o de que as interceptações ambientais são ilícitas, por vulnerar o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, bem como por ampliar demasiadamente a exceção prevista no inciso XII, do mesmo artigo constitucional. Isso, segundo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “pelo menos enquanto não houver lei que, razoavelmente, discipline a matéria”<sup>58</sup>.

Afinal, a legislação brasileira que dispõe a respeito da in-

---

<sup>55</sup> Como: Jairo Amodio Estorilio; Antonio Scarance Fernandes; Mário Sérgio Sobrinho; Eduardo Araujo da Silva.

<sup>56</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. “O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado”, p. 250.

<sup>57</sup> SERGIO SOBRINHO, Mário. Obra citada, p. 46.

<sup>58</sup> SERGIO SOBRINHO, Mário. Obra citada, p. 46.



tercepação ambiental se limitou a exigir prévia autorização judicial, sem prever formas claras de controle judicial em relação à utilização da vigilância eletrônica, dentre outras omissões<sup>59</sup>. Nesse sentido, diferentemente da Lei n. 9.296/96, que trata das interceptações telefônicas, não foram disciplinados os requisitos para o cabimento, o período de duração e a forma de registro e procedimento<sup>60</sup>. Diante desse quadro, caso o instituto seja considerado constitucional, deverão, mais uma vez, os operadores do Direito valer-se, por analogia e no que couber, do procedimento previsto naquela lei.

Enfim, o ordenamento brasileiro necessita, para que haja a utilização de interceptações ambientais, de uma legislação que discipline a matéria de maneira equilibrada, para que se atinja uma maior eficácia na investigação preliminar sem a ocorrência de vulneração desproporcional de garantias constitucionalmente protegidas. Até porque, caso se verifique referida vulneração, a utilização da medida tornar-se-á suscetível de ser anulada e acarretar na nulidade de todo um trabalho investigatório do Estado.

Apesar da crítica doutrinária, a jurisprudência brasileira tem admitido, de forma pacífica, o uso de interceptações ambientais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo penal, até por se tratar do ramo do Direito com maior correlação com a situação político-social de um determinado Estado, encontra-se envolvido por um dilema: manter-se atento às garantias constitucionais dos submetidos ao processo, em face da moderna criminalidade, diante da qual os meios tradicionalmente empregados mostram-se em crise e,

---

<sup>59</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Obra citada, p. 233.

<sup>60</sup> SILVA, Eduardo Araujo da. Obra citada, p. 105.

portanto, ineficazes. Assim, o processo penal não pode se manter inerte aos anseios por maior eficácia, mas também não pode renunciar às garantias do Estado democrático de Direito. Revela-se, então, a tensão entre eficácia e garantias.

Tensão que se apresenta bastante evidente no contexto das investigações criminais e dos novos meios de investigação que se fizeram necessários para uma persecução ativa da criminalidade econômica moderna, os quais apresentam maior eficácia, em detrimento das garantias.

Nesse contexto, emerge o problema inicial da pesquisa: de um lado o crime moderno e organizado cresce e sofisticase, alastrando o medo e a insegurança entre os cidadãos; de outro, são trazidas propostas perigosas que representam risco de graves supressões das garantias individuais.

Diante dessa problemática, há uma tendência contemporânea do processo penal que defende a busca do equilíbrio entre a exigência de assegurar ao investigado a aplicação das garantias constitucionais e a necessidade de maior eficiência do sistema persecutório para a segurança social. Trata-se de tarefa difícil de precisar, mas o importante é que a busca do equilíbrio seja a diretriz tanto dos legisladores, quanto dos aplicadores do Direito. Para tanto, deve-se ter o princípio da proporcionalidade como norma-chave de procedimento.

A dificuldade enfrentada pelos órgãos estatais na investigação da moderna criminalidade, em especial da econômica, em virtude de sua estrutura complexa e articulada e da insuficiência dos métodos tradicionais de investigação, como, por exemplo, o interrogatório, as interceptações telefônicas e as buscas pessoais, faz com que novos mecanismos de investigação passem a ser cogitados para fazer frente ao poderio econômico dessa moderna criminalidade e para atualizar os instrumentos de investigação.

Conforme foi visto, devem essas novas técnicas, medidas excepcionais de restrição a direitos individuais que são, ser

normatizadas de maneira a que se atenda ao equilíbrio no processo penal, é dizer, devem respeitar o postulado do princípio da proporcionalidade com todos os seus pressupostos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; além, é claro, do princípio da legalidade.

Nesse contexto, o Brasil inseriu por meio da Lei n. 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, os seguintes mecanismos: o agente infiltrado, a ação controlada, o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias e financeiras e interceptação ambiental.

A partir de uma análise individualizada desses métodos de investigação, concluiu-se que, de modo geral, eles geram graves problemas de aplicação dos ordenamentos penal e processual penal, assim como riscos para as garantias processuais de um Estado democrático de Direito. Com isso, necessitam, no âmbito do ordenamento brasileiro, de uma profunda reforma legislativa, de modo que sejam previstos fundamentos coerentes para sua aplicação, em conformidade com a Constituição, bem como os limites que devem ser respeitados, tanto geográficos, quanto temporais e, até mesmo, materiais, isto é, quanto aos crimes diante dos quais podem ser utilizados.

Assim, deveria haver, pelo menos, as seguintes previsões: quanto à infiltração, a respeito dos limites da atuação do agente infiltrado; quanto à ação controlada, sobre a responsabilidade do policial em caso de perda do objeto da ação controlada; quanto aos sigilos bancário e fiscal, acerca da legitimidade, ou não, do Ministério Público; e, quanto à interceptação ambiental, o período de duração da medida.

Só por meio de uma legislação que discipline a matéria dentro dos parâmetros de equilíbrio será possível atingir a tão esperada eficácia na investigação, sem a ocorrência de vulneração desproporcional dos direitos individuais. Enquanto essa legislação não é confeccionada, permanecerão os meios especi-

ais de investigação como alvos de ataque por parte da doutrina, a qual, com razão, procurará torná-los inválidos, podendo acarretar, por sua vez, a anulação de todo um trabalho investigatório do Estado.

Note-se que apesar da crítica doutrinária quanto a esses meios excepcionais de investigação e da sua relativa omissão legislativa, a jurisprudência brasileira tem admitido, de forma pacífica, a sua utilização frente aos delitos econômicos. Somente quanto aos agentes infiltrados é que não se pode observar sua utilização quanto à criminalidade econômica propriamente dita (aquela que se dá em detrimento da ordem econômica), mas contra os delitos de tráfico de drogas.



## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Rodrigues. “O registro de voz e de imagem — notas ao artigo 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro”. In: Centro de Estudos Judiciários. Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 107-117.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BENTO, Ricardo Alves. “Agente infiltrado – Busca pela legitimação constitucional”. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). Limites constitucionais da investigação. São Paulo: Revista dos

- Tribunais, 2009, p. 343-355.
- COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 34, p. 11, 2001.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín. “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto”. In: PICÓ I JUNOY, Joan (dir.). *Problemas actuales de la Justicia Penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 2001, p. 91-132.
- FERNANDES, Antonio Scarance. “O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 16, n. 70, p. 229-268, jan./fev. 2008.
- ESTORILIO, Jairo Amodio. *Investigação nos delitos empresariais*. Curitiba: Juruá, 2009.
- GASPAR, António Henriques. “Os novos desafios do processo penal no século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio)”. In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra. v. 15, fasc. 2, p. 257-274, abr./jun. 2005.
- GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado: enfoques criminológicos jurídicos e político criminal (Lei 9.034/95)*. São Paulo: RT, 1995, p. 135.
- GOMES, Rodrigo Carneiro. “A repressão à criminalidade organizada e os instrumentos legais: ação controlada”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT. Ano 96, v. 858, p. 455-464, abr. 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007.
- GUIDI, José Alexandre Marson. *A delação premiada no combate ao crime organizado*. França: Lemos e Cruz, 2006, p. 105.
- JESUS, Damásio de. Estágio atual da “delação premiada” no

direito penal brasileiro. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 16 mar. 11.

MENEGAZ, Daniel da Silveira. “Os mecanismos de controle penal em processos de lavagem de dinheiro na justiça criminal federal da 4.º região e as garantias constitucionais: colarinho branco e organizações criminosas na sociedade contemporânea”. In: *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Notadez, PUCRS, ITEC. Ano VII, n. 27, p. 163-198, out./dez. 2007.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

PEREIRA, Flávio Cardoso. “A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência”. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 98-146.

SERGIO SOBRINHO, Mário. “O crime organizado no Brasil”. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAIS, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29-64.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2008.