TÉCNICAS AVANÇADAS DE INVESTIGAÇÃO

Perspectivas prática e jurisprudencial

Volume 1

Organizadores

Galtiênio da Cruz Paulino
João Paulo Santos Schoucair
Octahydes Ballan Junior
Tiago Dias Maia

ESMPU

TÉCNICAS AVANÇADAS DE INVESTIGAÇÃO

Perspectivas prática e jurisprudencial

Volume 1

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Antônio Augusto Brandão de Aras
Procurador-Geral da República

Humberto Jacques de Medeiros
Vice-Procurador-Geral da República

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Paulo Gustavo Gonet Branco
Diretor-Geral

Manoel Jorge e Silva Neto
Diretor-Geral Adjunto

Carlos Vinícius Alves Ribeiro
Secretário de Educação, Conhecimento e Inovação

Tatiana Jebrine
Secretária de Comunicação Social Substituta

Ivan de Almeida Guimarães
Secretário de Administração

Rajiv Geeverghese
Secretário de Tecnologia da Informação

PARECERISTA

João Paulo Lordelo
Procurador da República

TÉCNICAS AVANÇADAS DE INVESTIGAÇÃO

Perspectivas prática e jurisprudencial

Volume 1

Organizadores

Galtiênio da Cruz Paulino
João Paulo Santos Schoucair
Octahydes Ballan Junior
Tiago Dias Maia

ESMPU

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

SGAS Quadra 603 Lote 22 · 70200-630 · Brasília-DF
www.escola.mpu.mp.br · divep@escola.mpu.mp.br

© *Copyright* 2021. Todos os direitos autorais reservados.

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Divisão de Editoração e Publicações
Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Núcleo de Preparação e Revisão Textual
Carolina Soares

Núcleo de Produção Gráfica
Sheylise Rhoden

Preparação de originais e revisão de provas gráficas
Carolina Soares, Davi Silva do Carmo e Sandra Maria Telles

Capa, projeto gráfico e diagramação
Sheylise Rhoden

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Código de Catalogação Anglo-Americano 2ª edição (AACR2)

T255

Técnicas avançadas de investigação / organizadores: Galtiênio da Cruz Paulino, João Paulo Santos Schoucair, Octahydes Ballan Junior, Tiago Dias Maia. – Brasília : ESMPU, 2021.
2 v.

ISBN 978-65-88299-89-0 (obra completa)
ISBN 978-65-88299-91-3 (v. 1, impresso)
ISBN 978-65-88299-92-0 (v. 1, e-book)

1. Investigação criminal – Brasil. 2. Investigação criminal – jurisprudência –Brasil. 3. Investigação criminal – legislação – Brasil. 4. Crime organizado – Brasil. 5. Delação premiada – Brasil. 6. Cooperação jurídica internacional. 7. Perícia – Brasil. 8. Pesquisa jurídica. 9. Sigilo bancário – Brasil. 10. Sigilo fiscal – Brasil. I. Paulino, Galtiênio da Cruz, org. II. Schoucair, João Paulo Santos, org. III. Ballan Junior, Octahydes, org. IV. Maia, Tiago Dias, org. V. Título.

CDD 341.413

Elaborada por Vinícius Cordeiro Galhardo – CRB-1/2840

As opiniões expressas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos autores. Distribuição gratuita. Venda proibida.

AUTORES

ALDA CRISTINA XAVIER ALVES

Servidora das carreiras do Ministério Público Federal. Assessora Jurídica da Procuradoria-Geral da República com atuação na Assessoria Jurídica Criminal no Superior Tribunal de Justiça. Ex-assessora da Vice-Procuradoria-Geral da República. Especialista em Direito Tributário.

ALESSANDRA LINHARES ARAÚJO CAVALCANTE

Assessora Jurídica da Procuradoria-Geral da República na Assessoria Criminal no Superior Tribunal de Justiça. Especialista em Direito Processual – Grandes Transformações (modalidade de formação para o mercado de trabalho).

ANDRÉ BATISTA E SILVA

Assessor Jurídico da Procuradoria-Geral da República com atuação na Assessoria Jurídica Criminal no Superior Tribunal de Justiça. Ex-assessor da Vice-Procuradoria-Geral da República. Ex-assessor no Ministério Público de Goiás. Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina (CEUT).

DANIELE MARQUES CALDAS

Assessora Jurídica da Procuradoria-Geral da República na Assessoria Criminal do Superior Tribunal de Justiça. Especialista em Gestão e Qualidade de Vida no Trabalho no Ministério Público da União.

FABIANO HENRIQUE CRUZ FERNANDES

Analista do MPU – Perito em Contabilidade. Chefe da Assessoria Nacional de Perícia em Contabilidade e Economia do Ministério Público Federal. Professor de Contabilidade Geral, Avançada, Custos e Análise das Demonstrações Contábeis. Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), com MBA em Gestão Financeira com ênfase em Mercado de Capitais pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

GALTIÊNIO DA CRUZ PAULINO

Procurador da República, em exercício como Membro Auxiliar na Assessoria Criminal do Procurador-Geral da República junto ao STJ. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Analista do Ministério Público da União. Ex-Assistente Jurídico do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Orientador Pedagógico na Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Membro Auxiliar na Secretária da Função Penal Originária no Supremo Tribunal Federal, vinculado ao Gabinete da Procuradora-Geral da República (2018/2019). Doutorando em Direito pela Universidade do Porto (Portugal). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília em parceria com a Escola Superior do Ministério Público da União (2017). Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera-Uniderp (Uniderp). Pós-graduado pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Graduação em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB (2006).

ISAAC ANDERSON OLIVEIRA DE ALMEIDA

Analista do MPU – Perito em Contabilidade. Chefe do Centro Nacional de Perícia da Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise (SPPEA) do Ministério Público Federal. Professor de Perícia e Auditoria na Faculdade Upis de Brasília. Graduado em Ciências Contábeis, com MBA em Gestão Pública.

JOÃO PAULO SANTOS SCHOUCAIR

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, atualmente é Coordenador do Gaeco/MPBA e Membro Auxiliar do Procurador-Geral da República na Assessoria Jurídica Criminal no Superior Tribunal de Justiça. Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduado em Ciências Criminais pela UFBA. Graduado em Direito pela UFBA.

JOSÉ JORGE GABRIEL JÚNIOR

Analista do MPU – Perito em Economia. Supervisor da Divisão de Perícia em Economia do Ministério Público Federal. Mestre em Economia e graduado em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília (UnB).

LUCAS DE MORAIS GUALTIERI

Procurador da República. Ex-Membro Auxiliar do Procurador-Geral da República na Secretaria da Função Penal Originária no Supremo Tribunal

Federal (2018). Membro Auxiliar do Procurador-Geral da República na Assessoria Jurídica Criminal no Superior Tribunal de Justiça. Coordenador do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco) do Ministério Público Federal em Minas Gerais. Pós-Graduado em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos pela Universidade Federal de Lavras (Ufla). Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp (Uniderp). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais (PUC Minas).

LUCIANA MATUTINO CAIRES

Delegada de Polícia Federal, atualmente no Serviço de Inquéritos da Diretoria de Investigação e Combate ao Crime Organizado. Professora da Academia Nacional de Polícia. Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal).

MARCELO CAIADO

Perito do MPU desde 1997 e chefe da Assessoria Nacional de Perícias de Tecnologia da Informação e Comunicação da Procuradoria-Geral da República. Mantenedor do site http://dfir.com.br, que é dedicado à área de Forense Digital e Resposta a Incidentes, com certificação CISSP, GCIH, GCFA, GSLC, CCO, CCPA, CASA, CHFI e CTIA. Mestre em Ciência da Computação pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

MARCO ANTÔNIO COUTINHO

Servidor das carreiras do Ministério Público Federal. Assessor Jurídico da Procuradoria-Geral da República com atuação na Assessoria Jurídica Criminal no Superior Tribunal de Justiça. Ex-assessor da Vice-Procuradoria-Geral da República. Pós-graduando em Direito Público.

OCTAHYDES BALLAN JUNIOR

Promotor de Justiça (MPTO). Membro Auxiliar da Assessoria Jurídica Criminal do Procurador-Geral da República no Superior Tribunal de Justiça (AJCRIM/PGR/STJ). Doutor e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub). Especialista em Crime Organizado, Corrupção e Terrorismo pela Universidade de Salamanca (Espanha). Pós-graduado em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola

Superior da Magistratura Tocantinense (Esmat), Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia (Unama) e Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF).

RAFAEL LIMA LINHARES

Promotor de Justiça do Estado da Paraíba, com lotação no Grupo de Atuação Especial contra o Crime Organizado (Gaeco). Pós-graduado em Prevenção e Repressão à Corrupção pela Universidade Estácio de Sá e pelo Centro de Ensino Renato Saraiva (CERS). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor).

TIAGO DIAS MAIA

Promotor de Justiça (MPDFT). Membro-auxiliar do Procurador-Geral da República na Assessoria Criminal no Superior Tribunal de Justiça. Ex-Defensor Público. Especialista em Direito Constitucional, Direito Penal e Processual Penal.

WANESSA REZENDE SILVA

Assessora Jurídica da Procuradoria-Geral da República na Assessoria Jurídica Criminal no Superior Tribunal de Justiça. Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público.

WINÍCIUS FERRAZ

Servidor do Ministério Público Federal, lotado na Assessoria Nacional de Perícia em TIC da Procuradoria-Geral da República. Engenheiro de Computação. Especialista em Segurança da Informação pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub) e em Computação Forense pelo Instituto de Pós-graduação e Graduação (IPOG).

SUMÁRIO

PREFÁCIO À OBRA *TÉCNICAS AVANÇADAS DE INVESTIGAÇÃO – PERSPECTIVAS PRÁTICA E JURISPRUDENCIAL* 15

CAPÍTULO 1 – DA PERSECUÇÃO PATRIMONIAL: CENÁRIO ATUAL DE ENFRENTAMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. TÉCNICAS DE ABLAÇÃO PATRIMONIAL. BUSCA PRIORITÁRIA POR ATIVOS FINANCEIROS E USO RESSARCITÓRIO DO DECRETO-LEI N. 3.240/1941. (RE) INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS DE IMPENHORABILIDADE DO ART. 833 DO CPC À LUZ DA EFICIÊNCIA PENAL E DO DIÁLOGO DAS FONTES 17

1 Introdução 17

2 Do enfrentamento das organizações criminosas, da mudança do ideal de persecução e do uso eficiente das ferramentas de conservação de bens presentes no microssistema penal 19

3 Breves considerações sobre as medidas assecuratórias do CPP 23

4 Do "sequestro" especial do Decreto-Lei n. 3.240/1941 e sua relação com as disposições do CPP 25

5 Da busca prioritária por ativos financeiros e hipóteses de liberação com base na literalidade do art. 833 do CPC. Necessidade de (re)interpretação dialógica de seu conteúdo com o sistema penal 29

6 Considerações finais 42

CAPÍTULO 2 – O AGENTE INFILTRADO 45

1 Introdução 45

2 Conceito de agente infiltrado 46

3 Evolução legislativa 50

4 Requisitos para a infiltração de agentes 53

5 Espécies de infiltração de agentes 54

6 Agente infiltrado virtual 55

7 Procedimento da infiltração 59

8 Valor probatório da infiltração de agentes 60

9 Causa de exclusão da culpabilidade: inexigibilidade de conduta diversa. Limites à atuação do agente infiltrado 64

10 Mecanismos de proteção e direitos do agente infiltrado 67

11 Considerações finais 68

CAPÍTULO 3 – QUESTÕES PRÁTICAS DA CAPTAÇÃO AMBIENTAL 71

1 Introdução 71

2 Conceito de captação ambiental 72

3 Prova nominada e típica 73

4 Direitos fundamentais atingidos 75

5 Gravações realizadas em espaços públicos 76

6 Captação ambiental em repartições públicas 78

7 Captação ambiental em ambiente domiciliar 81

8 Forma de implementação da captação ambiental e peculiaridades 83

9 Considerações finais 87

CAPÍTULO 4 – AÇÃO CONTROLADA E SUA ANÁLISE NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO 91

1 Introdução 91

2 Macrocriminalidade e técnicas especiais de investigação 92

3 Conceito 96

4 Direito comparado 100

5 Evolução legislativa pátria 102

6 Requisitos para implementação 105

7 Espécies 107

8 Distinções necessárias: infiltração policial, entrega vigiada, flagrante preparado e diferido 107

9 Análise pelos Tribunais Superiores: casos emblemáticos 111

10 Considerações finais 113

CAPÍTULO 5 – A QUEBRA DA *OMERTÀ* PELA COLABORAÇÃO PREMIADA 117

1 Introdução 117

2 Da máfia como forma tradicional de grupo criminoso e sua reprodução estrutural nas organizações criminosas atuais 118

3 A colaboração premiada como incentivo à quebra da *omertà* 124

4 Considerações finais 132

CAPÍTULO 6 – COLABORAÇÃO PREMIADA: ASPECTOS PRÁTICOS E A VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES 135

1 Introdução 135

2 O acordo de colaboração premiada e os sistemas colaborativos 137

3 Principais inovações e polêmicas da Lei n. 12.850/2013 após as alterações advindas da Lei n. 13.964/2019 139

4 Principais discussões práticas relacionadas aos acordos de colaboração premiada 146

5 Principais discussões jurisprudenciais 162

6 Considerações finais 168

CAPÍTULO 7 – COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL NA VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: MECANISMO DE MAXIMIZAÇÃO DA EFICÁCIA INVESTIGATIVA 171

1 Introdução 171

2 Conceito e base normativa 173

3 Espécies de cooperação interinstitucional 176

4 A cooperação interinstitucional na jurisprudência dos tribunais superiores 180

5 Considerações finais 198

CAPÍTULO 8 – COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL 201

1 Introdução 201

2 Princípios que regem a cooperação jurídica internacional 205

3 Modalidades tradicionais de cooperação internacional penal 207

4 Auxílio direto em matéria penal 216

5 Considerações finais 226

CAPÍTULO 9 – PERÍCIA EM CONTABILIDADE E ECONOMIA 229

1 Conceitos básicos de perícia 229

2 A atuação da perícia no âmbito do Ministério Público Federal 230

3 Perícias de contabilidade e economia 231

4 Negociando o valor do dano – A Apuração de Capacidade de Pagamento (*Ability to Pay*) 246

CAPÍTULO 10 – PERÍCIA EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO 259

1 Crimes informáticos 259

2 Provas digitais 268

3 Perícias em computadores e dispositivos de armazenamento 277

4 Perícias em locais de internet 287

5 Dispositivos móveis 322

CAPÍTULO 11 – PESQUISA EM FONTES ABERTAS DIGITAIS 331

1 Introdução 331

2 Fontes de informação 334

3 Tipos de pesquisa em fontes abertas 337

4 Validade das pesquisas em fontes de conteúdo aberto 355

5 Considerações finais 360

CAPÍTULO 12 – QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL 365

1 Introdução 365

2 Dos sigilos bancário e fiscal 365

3 Relativização dos sigilos bancário e fiscal 369

4 Aspectos práticos do Sistema de Investigação e Movimentações Bancárias (Simba) 383

5 Considerações finais 388

PREFÁCIO À OBRA *TÉCNICAS AVANÇADAS DE INVESTIGAÇÃO – PERSPECTIVAS PRÁTICA E JURISPRUDENCIAL*

A atividade de investigação criminal é de extrema relevância para a efetividade do sistema justiça e para a concretização de direitos fundamentais.

Ponto de partida da persecução penal, a investigação permite aos órgãos públicos atuantes elucidar fatos supostamente criminosos, buscando elementos que indicam a necessidade, ou não, da ação do Estado.

Pautada em princípios constitucionais, principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana, a atividade investigativa é conduzida por agentes da Polícia e do Ministério Público com a observância dos direitos fundamentais do investigado.

Com o avanço na complexidade dos delitos, a expansão da criminalidade e o surgimento de novos procedimentos ilícitos, o estudo e o desenvolvimento de métodos e estratégias investigativas são essenciais, de modo a capacitar e orientar os agentes públicos atuantes na *persecutio criminis*, a incrementar a eficiência na atuação estatal.

No intuito de colaborar com o aprimoramento da atividade investigativa, traz-se ao público essa obra coletiva, composta por um conjunto de artigos escritos por autores que, além do domínio teórico sobre os temas, detêm experiência prática na vivência da investigação criminal.

A variação de temas dos artigos denota a amplitude e o alcance da obra.

Permeando diferentes aspectos da investigação criminal, os autores abordaram: *persecução patrimonial e enfrentamento de organizações criminosas*; *agente infiltrado*; *captação ambiental*; *ação controlada*; *colaboração premiada*; *cooperação interinstitucional*; *cooperação jurídica internacional*; *perícia em contabilidade e economia*; *perícia em tecnologia da informação e comunicação*; *pesquisa em fontes abertas digitais*; *quebra de sigilos bancário e fiscal*.

Os artigos enfrentam questões relevantes, suscitam importantes reflexões e analisam os aspectos jurisprudenciais, contribuindo para o desenvolvimento da atividade persecutória do Estado.

Que a leitura da obra seja agradável, amplie o saber e ilumine o agir prático daqueles que se dedicam ao labor na diuturna atividade investigativa.

Brasília, setembro de 2021.

ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Procurador-Geral da República

CAPÍTULO 1

DA PERSECUÇÃO PATRIMONIAL: CENÁRIO ATUAL DE ENFRENTAMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. TÉCNICAS DE ABLAÇÃO PATRIMONIAL. BUSCA PRIORITÁRIA POR ATIVOS FINANCEIROS E USO RESSARCITÓRIO DO DECRETO-LEI N. 3.240/1941. (RE)INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS DE IMPENHORABILIDADE DO ART. 833 DO CPC À LUZ DA EFICIÊNCIA PENAL E DO DIÁLOGO DAS FONTES

Rafael Lima Linhares

1 · INTRODUÇÃO

Na presente quadra, não há como negar: por mais que as instituições públicas tenham avançado e se profissionalizado, o crime, especialmente o macro e de efeitos difusos, não dá sinais de trégua ou de arrefecimento. Quando aparentemente isto ocorre, trata-se apenas de uma estratégia ou correção de suas tipologias de atuação, de modo que sua reengenharia de comportamentos se põe, no mais das vezes, à frente das técnicas de investigação.

Nieto já antecipou que a "corrupção acompanha o poder como a sombra acompanha o corpo".[1] Nesse exato contexto, a corrupção, como um fenômeno de caráter milenar, e os crimes lesivos à Administração Pública e à própria sociedade, em faceta que mais se prejudica, têm se tornado de difícil persecução. Na verdade, mais do que um terreno extremamente arenoso, para quem se propõe enfrentar tais mazelas, a eternização tem sido a marca, pela menos na realidade empírica ora enfrentada, da grande maioria das investigações e dos processos de vulto que ousam esquadrinhar os fatos que lhes são subjacentes.

1 NIETO, Alejandro. *El desgobierno de lo público*. Barcelona: Editorial Ariel, 2008. p. 154.

Isso pode ser percebido não apenas pela leniência do sistema ou pelo suposto abrandamento de suas normas, mas sobretudo, salvo algumas exceções, pela postura de letargia ou de timidez interpretativa de quem, no desempenho dessa missão (exegese), está perdendo a sensibilidade e a capacidade de enxergar a realidade que está bem ao lado, superdimensionando a posição de quem, justamente, com sua conduta, rompeu com o equilíbrio social. Trata-se de uma disfuncionalidade orgânica que precisa ser o quanto antes corrigida ou, no mínimo, repensada.

A ausência de resolução das demandas penais, permeadas por ações e políticas reducionistas seletivas, tem permitido, com mais destaque nos delitos econômicos de elevado saldo patrimonial, a escolha pela manutenção do intento criminoso, na medida em que os custos deste têm sido muito inferiores aos seus benefícios, sobretudo os de natureza pecuniária. Assim, o quadro posto tem se transformado em uma das grandes preocupações dos agentes do Estado, que anseiam por atenção na matéria e têm começado a focar, com mais detalhe, a sua atuação em ações paralelas ao tradicional embate processual, calcado na ideia da pena corporal, de morosa execução prática. O crime não pode compensar, de modo que *asfixias patrimoniais*, na atualidade, têm se transformado num importante ferramental na luta contra organizações criminosas, máxime as infiltradas nos ambientes públicos.

De fato, parafraseando Bechara, a conclusão que se impõe (ou deveria se impor), quando se pensa no enfrentamento da macrocriminalidade, é que a "resposta estatal deve ser mais enérgica e, portanto, proporcional à gravidade da situação apresentada".[2] Nessa perspectiva, cabe ao Ministério Público, no exercício do seu múnus constitucional, fazer uso não só de técnicas especiais de investigação para a satisfação do interesse público, mas lançar mão de *instrumentos cautelares reais* para impedir a fruição de dividendos criminosos, bem como para promover medidas de recomposição patrimonial e garantir o cumprimento das sanções pecuniárias eventualmente impostas por sentença penal condenatória.

Tudo isso precisa ser feito sem perder de vista que as normas existem para se complementarem. O direito penal precisa ter uma *função utilitarista* e ser interpretado segundo a mesma dinâmica mutável e célere do crime que persegue caso se queira marcar, como eficiente, sua tutela em juízo. Execução com eficiência, no campo da persecução patrimonial,

2 BECHARA, Fábio Ramazzini. Crime organizado e sigilo das investigações. *Revista Síntese*, Porto Alegre, v. 6, n. 32, p. 55, 2005.

requer busca prioritária por liquidez e isto leva ao direcionamento das medidas de constrição para a procura por ativos financeiros, cujas hipóteses de liberação, ressalte-se, não devem se embebedar com importações meramente literais e sem equilíbrio ou juízo de ponderação, de disciplina contida em disposição civilista.

Firmadas essas premissas, e com base na experiência de investigações então vivenciadas, em realidade que motivou o presente artigo, tem este o objetivo, mas sem a menor pretensão de esgotamento e sim de fomento, de tratar sobre o uso das medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal, em suas linhas iniciais, e sobre a técnica de ablação do Decreto-Lei n. 3.240/1941 ("sequestro" especial) no combate às organizações criminosas, em (re)interpretações que vedam uma proteção deficiente da sociedade e a aplicação desavisada das regras de impenhorabilidade do art. 833, incisos IV e X, do Código de Processo Civil aos casos de crimes contra a Fazenda Pública, notadamente.

2 · DO ENFRENTAMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS, DA MUDANÇA DO IDEAL DE PERSECUÇÃO E DO USO EFICIENTE DAS FERRAMENTAS DE CONSERVAÇÃO DE BENS PRESENTES NO MICROSSISTEMA PENAL

Como antecipado, toda organização criminosa projetada em ambiente público procura, além do poder, arrastar *lucro* com suas ações (benefício extraposicional), de modo que, na atualidade, não há como combatê-la ou dissuadi-la sem a adoção de *mecanismos de identificação* e *coleta de patrimônio*, considerada esta última o verdadeiro postulado de proteção ("*Shutzgebote*") dos direitos fundamentais de uma sociedade que é, com mais intensidade, atingida pelas ações dessa entidade.

Os processos afetos a esta diferente realidade, por fatores múltiplos, sejam estruturais, de complexidade e de vontade profissional, possuem prazo de sobrevivência alargado. A percepção generalizada é a de que são poucos os grandes casos definitivamente julgados em nosso país, quando não prescritos. E os *crimes lesivos ao patrimônio público* não fogem desse cenário. Ao contrário, a ele se afeiçoam com maestria, não sendo difícil perceber que são, na atualidade, economicamente viáveis, bastando conferir quantos delinquentes graduados (do colarinho branco) estão cumprindo pena corporal, nos presídios locais. O direito parece que não está concretizando o seu ideal máximo: realizar o bem comum!

Pelo menos não aqui, longe das fortalezas de concreto, dos palacetes de vidro ou dos pisos amadeirados.

O que fazer, então, para mudar essa realidade, partindo da premissa de que as organizações criminosas, cada vez mais, funcionam como verdadeiras empresas, apenas substituindo setores (ou departamentos) por núcleos (políticos, administrativos, financeiros ou operacionais etc.) ou células de atuação? O que fazer tendo em vista que esse mesmo agrupamento, de modo semelhante a toda e boa corporação, procura maximizar seus lucros, estes necessários, inclusive, para permitir manobras de cooptação e de infiltração nos bastidores dos poderes de nossa República?

Diante de crimes permeados por escolhas racionais, como não se enxerga no horizonte qualquer resposta corporal passível de consolidação no tempo, é preciso romper com as fontes de custeio, de conforto ou de fruição dos membros de cada organização criminosa investigada ou denunciada. Afinal, são os produtos de suas infrações que permitem a retroalimentação de seus ciclos e o funcionamento de suas engrenagens, as quais precisam ser paralisadas, como precisamente pontuado por Grégio e Lemos:

> O patrimônio é a via de irrigação de outras condutas ilícitas, notadamente da criminalidade organizada, uma vez que esta, sem recursos, inclusive e especialmente públicos, não se viabiliza. Assim, nada mais correto do que estancar tal canal viabilizador de novas condutas, bem como eliminar a deplorável fruição de bens adquiridos com recursos públicos, feita geralmente pelos criminosos como forma de ostentação e de intimidação.[3]

É preciso nos assenhorarmos, com urgência, de um *sistema penal minimamente eficaz* e que pare de transmitir à sociedade, a cada dia, um sentimento de eterna impunidade. O crime, seja ele qual for, não pode compensar, mas deve trazer consigo, como projeção reflexiva, a imposição de sérios riscos. Esse arcabouço desperta a necessidade, pois, de um novo olhar para a persecução, com viés mais eficiente e de prestabilidade no mundo prático, isto é, *focado no patrimônio do agente*. Como bem resumiu Emídio, delegado de polícia federal e grande parceiro do Ministério Público no combate à corrupção, no Estado da Paraíba:

---

3 GRÉGIO, Grécio Nogueira; LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. Alienação antecipada de bens no processo penal e o Estado-vítima. *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral:* questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 237.

> Essa concepção ancora-se numa lógica aparentemente simples: a finalidade da organização criminosa é obter lucro, de modo que, se apreende-se os bens e ativos que constituem o proveito do crime, fulmina-se o incentivo para a prática delituosa.[4]

Isso porque a prática do delito, além do poder/dever de punir, faz surgir, como reflexo civil, o direito ao ressarcimento da(s) vítima(s). Uma aspiração que deveria ser, no nosso sentir, potencializada nas hipóteses de crimes contra a Administração Pública, os quais, nas palavras de Mendroni,

> mais afetam o desenvolvimento social-econômico do país, e que ocorrem, de fato, e visivelmente em maior escala, requerendo a maior urgência no seu combate e atenção especial e redobrada das autoridades. Já foi dito aqui, mas repito, pela importância e gravidade, que o dinheiro "roubado" dos cofres públicos deixa de ser utilizado para a melhoria dos problemas sociais, como educação de base, saúde, transporte, emprego, moradia, que, juntos, diminuem a desigualdade social e, consequentemente, os crimes que dela decorrem.[5]

Longe da teoria, inúmeros são os casos enfrentados, *ainda sem resolução*, em que se percebeu a criação de empresas criminosas especializadas na conspurcação de mandatos eletivos e de investiduras públicas. São empresas que fizeram fortunas ao longo do tempo e que promoveram efeitos devastadores, nas esferas econômica (com favorecimento de empresas simpatizantes a determinado projeto de poder), política (capturada pelo dinheiro) e interinstitucional (com obstrução de ações de controle e de fiscalização) de municípios e Estado(s) atingidos.

Crimes desse jaez, por afetarem direitos fundamentais (causadores de danos morais coletivos, inclusive), deveriam ser reprimidos com mais vigor, mas, infelizmente, parece existir uma *cultura de resistência* a esse propósito, lembrando, como outra preocupação, que os resultados lesivos de comportamentos "lesa-pátria" possuem distância espaço-temporal diversa das ações humanas que lhes deram causa. Talvez por isso, como sociedade, estejamos longe de entender seus verdadeiros males, como acrescenta, de forma percuciente, Santos:

> Somado a isso, na sociedade atual tudo é julgado pela aparência. O que não é visto, não tem nenhum valor e nem é levado em conta. Para os

4 EMÍDIO, Fabiano. *Lavagem de dinheiro e paraísos fiscais:* a captura da economia pelo crime organizado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 6.

5 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 97.

> crimes de rua, por deixarem vestígios, pode-se ver as mudanças provocadas no mundo naturalístico por eles. Diferente ocorre com atos corruptos. Como eles tendem a ser praticados em segredo e procuram, tanto quanto possível, manter a sua discrição, a população não se sente ferida, por não perceber a violência cometida contra ela. Há, no senso comum, o pensamento de que o dinheiro público é dinheiro de ninguém, então ninguém se importa.[6]

No entanto, é preciso deixar bem claro que de nada adiantará *redirecionar o foco da persecução* se o operador do direito continuar, em visão vetusta, não aceitando a natureza dinâmica das organizações criminosas, especialmente a *mutabilidade das estratégias de distanciamento* de bens (passíveis de constrição) do alcance do Estado e das demais vítimas.

Percebendo que o fator tempo, nesse segmento, fala muito alto, e com mais razão, do que o ideal tradicional de "prisão definitiva" (de difícil realização empírica), não se pode esperar o desfecho ordinário dos processos para a eficácia da própria tutela cautelar que se propõe. Sobre isso, não custa lembrar: *a disponibilidade do patrimônio presente não assegura qualquer satisfação futura*, sendo certo que o desencadeamento de qualquer medida ostensiva de investigação comprovará facilmente essa máxima.

O crime está cada vez mais próximo, ousado e sofisticado. A sociedade, pelo menos, está mais encastelada e assustada. As facções cresceram, não podemos descurar, porque, até bem pouco tempo, o Estado negava a sua existência. Isso foi um erro! Hoje, seus membros se infiltram nos bastidores do poder. Arsenais tecnológicos são usados, tanto para o bem quanto para o mal do homem. Essa realidade exige conferir ao direito penal e processual penal uma maior prestabilidade no seu enfrentamento, de modo que *crimes modernos* precisam ser acompanhados de *modernas interpretações*, longe de visões individualistas (com sobrepeso na pessoa do infrator) e mais agarradas ao sentimento coletivo e às vítimas (sujeitos já em desvantagem pela lesão sofrida), com pensamentos mais temperados em torno dos postulados insertos no sistema. No mesmo sentido, professam Cunha, Pinto e Souza:

> A fim de encontrar mecanismos que permitam o embate em igualdade de condições com o crime organizado, deve-se tolerar do legislador certa flexibilidade – ou, diríamos – limitação mesmo de direitos

6 SANTOS, Leonardo Augusto de Andrade Cezar dos. Fixação de dano moral coletivo na sentença condenatória penal em casos de corrupção. *In*: AZAMBUJA, Edson; BALLAN JUNIOR, Octahydes; SILVA, Vinícius de Oliveira e (org.). *Combate à corrupção na visão do Ministério Público*. Leme (SP): JH Mizuno, 2018. p. 234-235.

> individuais do autor do crime. Tudo a exigir uma interpretação menos ortodoxa do tema que, de um lado, tutele os direitos daquele que perpetra um crime mediante organização e, de outro, apresente uma resposta à altura da espécie de criminalidade de que se cuida.[7]

Mais do que nunca é preciso investir no uso de medidas assecuratórias e maximizá-las, pois, se bem empregadas, certamente representarão nova fonte de desestímulo à prática do delito, notadamente os geradores de efeitos econômicos; acredita-se, assim, que a importância desse estudo (e sua aplicação prática) deve encontrar correspondência na exata dimensão da eficácia que se pretende dar ao direito material, objeto da tutela jurisdicional perseguida com a ação penal. E é sobre essas ferramentas que trataremos a seguir.

3 · BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS DO CPP

Seguindo o nosso raciocínio, como *ferramentas de recuperação de bens*, de início, o Código de Processo Penal prevê o *sequestro* (arts. 125 a 131), a *especialização e registro de hipoteca legal* (arts. 134 e 135), o a*rresto prévio* da hipoteca legal (art. 136) e o *arresto subsidiário* de bens móveis (art. 137), lembrando, nesse contexto, que a medida de *busca e apreensão* (art. 240), embora não tenha natureza eminentemente assecuratória, mas probatória, possui inegável relevo patrimonial, sendo usualmente empregada, no cenário de resgate patrimonial, para viabilizar desapossamentos e, com isso, garantir o perdimento do produto de crimes (bens móveis) ao final do processo.

Esses instrumentos cautelares reais podem servir a *propósitos* definidos: o sequestro visa, de forma principal, a garantir a perda do produto ou do proveito auferido com a prática do crime, como efeito automático da condenação (art. 91, II, *b*, do CPB – confisco genérico); ou, igualmente, de bens ou de valores equivalentes, se aqueles não foram encontrados ou se localizarem no exterior (art. 91, §§ 1° e 2º, do CPB – confisco por equivalência). Os demais se destinam à recomposição patrimonial do dano causado pelo delito (arts. 63 e 387, IV, do CPP), além do pagamento das despesas processuais e das penas pecuniárias (multa) que porventura venham a ser impostas na sentença condenatória (art. 140 do CPB),

---

7 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. *Crime organizado:* comentários à Lei 12.850/2013. 5. ed. rev. ampl. e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 300.

podendo a constrição incidir sobre todo o patrimônio do investigado, independentemente de sua origem, inclusive os denominados bens de família (art. 3º, VI, da Lei n. 8.009/1990).

Falando em natureza de bens e de sua origem, relembrando conceitos prévios ainda sobre o *sequestro* do CPP, importante dizer que seu deferimento acarreta a *indisponibilidade*, perseguindo a constrição à "coisa", dos bens *móveis* ou *imóveis* adquiridos pelo agente como *proveito da infração penal ou produto indireto* (*fructus sceleris*, como ganhos ou investimentos decorrentes do produto do crime: a exemplo do carro adquirido com o dinheiro da "propina" recebida). Todavia, em interpretação *contrario sensu* do art. 132 do CPP, no caso de imóveis, é igualmente possível o sequestro do *produto direto da infração* (*producta sceleris*, como resultado imediato da conduta típica), porquanto incabível a apreensão (CPP, art. 240, § 1º, *b*).

No mais, seguindo nessa faixa conceitual, é preciso sempre ter em mente que o *thema decidendum* do processo incidente de sequestro (art. 129 do CPB) ou de arresto (art. 138 do CPB) é autônomo ao processo penal principal, de modo que, no bojo dos primeiros, não podem ser enfrentadas questões de fato que dizem respeito diretamente com a imputação formulada. O zelo por autuações em apartado, com recomendação cartorária pela criação de anexos para cada investigado, em casos de rol extensivo, notadamente, é igualmente premissa lógica para o fluxo natural da eventual denúncia articulada, anotando que a adoção de manobras protelatórias é, infelizmente, usual ao derredor deste esforço. É, também, a observação de Pacelli e Fischer, *ipsis litteris*:

> Certamente já terá percebido o leitor, e há muito tempo, que o CPP se vale excessivamente de *processo incidente*. Alguns são mesmo necessários, tendo em vista a absoluta diversidade do objeto, relativamente ao processo principal, enquanto outros não apresentam essa característica. A vantagem e a justificativa para a autuação em separado são o *prosseguimento* regular daquele (processo principal), sem prejuízo da solução incidental, paralelamente, haja ou não prejudicialidade. Neste último caso, exatamente por serem *prejudiciais* a questão e o incidente, haverá a paralisação da ação penal (processo principal).
>
> O sequestro deve mesmo ser autuado em separado. Em seu interior discutem-se questões não influentes na imputação do fato criminoso, ainda que dotadas de inegável relevância jurídica.[8]

8 PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 377.

4 · DO "SEQUESTRO" ESPECIAL DO DECRETO-LEI N. 3.240/1941 E SUA RELAÇÃO COM AS DISPOSIÇÕES DO CPP

O emprego dessas técnicas de cobertura patrimonial, e no tempo devido (antes de medidas de publicização, como regra), busca evitar que a decisão da causa principal, ao ser obtida, não mais realize o direito da parte e não alcance, assim, a sua finalidade instrumental, consistente em uma prestação jurisdicional justa. Além do direito, corre-se contra o tempo para conservar bens, lembrando, aqui, que a reparação do dano (material e moral) causado é uma das finalidades da tutela penal condenatória, de sorte que este pronunciamento precisa restar hígido com a manutenção da situação patrimonial do autor da infração. Trata-se de uma preocupação que se acentua quando associada a manobras de distanciamento da cadeia de evidências: quanto mais antigo o crime apurado e constantes as circulações de bens no mercado, mais difícil será o êxito no ressarcimento, como intuitivo.

O resultado é que o Estado precisa ser *célere,* e os operadores *sensíveis* a esta realidade. Dessa forma, o Decreto-Lei n. 3.240/1941 aparece, ao lado das medidas do CPP, como um importante instrumento para materializar esses desideratos e, em outra medida, garantir a aplicação da lei penal, especialmente nos casos de crimes que causem *prejuízos* (entendidos em sentido amplo) para a Fazenda Pública, foco de maior atenção deste estudo, havendo de se interpretar, atualmente, seus comandos conforme faceta não muito bem observada por parcela dos intérpretes do direito: a do *princípio da proibição da proteção deficiente* dos bens jurídicos.

Os dispositivos do comentado ato normativo, que estão em plena vigência, traduzem a existência de uma medida assecuratória que se reveste de algumas especialidades: incide ela (como verdadeiro *arresto* e assim deve ser encarado) no patrimônio total do investigado(s) ou do(s) réu(s), mesmo que lícito e sem vinculação com o crime, de modo que não se perquire, nas hipóteses em que amoldados os requisitos do Decreto-Lei (DL) ao caso concreto, acerca da ilicitude da origem dos bens constritos; como medida cautelar real, busca garantir, como se disse, a reparação dos *prejuízos causados ao erário* e assegurar o *pagamento da pena de multa* e das *despesas processuais*, no contexto dos arts. 91, I, do CPB e 140 do CPP. Este último ponto, por sinal, não desperta muita controvérsia na jurisprudência mais atualizada:

> PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. INCIDENTE DE RESTITUIÇÃO. DECISÃO LIBERANDO METADE DO VALOR APREENDIDO DO SEQUESTRO/ARRESTO

> DECRETADO, A TÍTULO DA MEAÇÃO. VALORES APREENDIDOS. DECRETO-LEI Nº 3.240/41. 1. O disposto no art. 3º do DL 3.240/41 - que está vigente em sua plenitude e em compasso com os regramentos dispostos no CPP - é medida assecuratória que incide no patrimônio do réu, mesmo lícito e sem vinculação com o crime, de modo que não se perquire acerca da ilicitude da origem dos bens. 2. Medida cautelar decretada para garantir a execução dos prejuízos causados ao erário e para o fim de assegurar o pagamento das penas de multa e das despesas processuais. 3. Correta a decisão singular que autorizou a liberação de metade do valor apreendido do sequestro/arresto decretado, a título da meação correspondente à cônjuge do investigado. 4. Apelações de DARCI SIQUEIRA e do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL desprovidas. (Apelação Criminal n. 5001113-02.2017.4.04.7002, 7ª Turma do TRF da 4ª Região, rel. Nivaldo Brunoni, julg. 31.7.2018, unânime).

Isso porque os instrumentos processuais penais voltados a garantir os efeitos patrimoniais dos pronunciamentos definitivos, como um todo, embora coerentes com o suporte teórico (ou regime jurídico) que lhes deu origem e representando sua base de sustentação teórica, não devem ser interpretados de forma isolada, mas *sistematicamente*, máxime por integrarem uma miscelânea de fundamentos semelhantes e com objetivos complementares, modo típico de um *microssistema*, a exigir, especialmente diante da realidade dos *white-collar crime*, uma nova forma, holística, de pensar o direito e de conduzir sua aplicação prática. Na mesma linha, Yoshida aponta:

> A visão holística, integrada e sincrética dos clássicos ramos, disciplinas, institutos e instrumentos jurídicos é a tendência dos últimos tempos, o que implica um nível maior de complexidade na compreensão, diagnóstico e solução dos conflitos individuais ou coletivos, nas relações e interações múltiplas propiciadas pela sociedade contemporânea.[9]

Nessa perspectiva, muito embora tenha o "sequestro" especial regime jurídico próprio (Decreto-Lei n. 3.240/1941), dotado de particularidades (como requisitos [art. 3º], hipóteses de liberação [art. 6º] etc.) que lhe fazem diferir das espécies congêneres do Código de Processo Penal, as disposições presentes neste último, contudo, não são excluídas (podendo ser empregadas, pois) daquilo em que são compatíveis e coerentes com o citado referencial normativo. A *autuação em separado* do incidente é exemplo ilustrativo dessa realidade.

9 YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In: MILARÉ, Édis. *A ação civil pública após 20 anos*: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 115.

Prosseguindo, já que se falou em "requisito" para deferimento, o citado art. 3º do Decreto-Lei n. 3.240/1941 exige, no cenário de crime que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, a existência de (I) "indícios veementes de responsabilidade" (em *standard* probatório caracterizado pela probabilidade elevada ["*clear and convincing evidence*"]) e (II) a "indicação dos bens que devam ser objeto da medida", sem necessidade, no entanto, e fazendo uma breve observação prática, da individualização (ou da especificação), que é apenas necessária para os casos de "sequestro do CPP", justamente pela necessidade de se apontar, na forma do seu art. 126, a exata correlação da coisa a ser afetada pela ordem de indisponibilidade com sua respectiva "origem ilícita". De fato, como já antecipado, o DL, em ajuste terminológico, remete a uma arrecadação ("arresto") de todo e qualquer bem passível de garantir o ressarcimento dos danos causados ao erário. A propósito, *in verbis*:

> PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. SEQUESTRO DE BENS. DECRETO Nº 3.240/41. INDÍCIOS DE PRÁTICA DE CRIMES EM DETRIMENTO DA FAZENDA PÚBLICA. SEQUESTRO MANTIDO. 1. O Decreto-Lei nº 3.240/41 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e não se confunde com as medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal, pois tem o escopo específico de assegurar o ressarcimento dos prejuízos causados aos cofres públicos. 2. Para a decretação do sequestro regulamentado pelo Decreto-Lei nº 3.240/41, são suficientes a existência de indícios veementes de crimes praticados em detrimento da Fazenda Pública, bem como a indicação dos bens a serem constritos. 3. Diferentemente dos dispositivos do Código de Processo Penal que preveem medidas constritivas somente para os bens que sejam instrumento, produto ou proveito de crime, a previsão de sequestro do Decreto-Lei nº 3.240/41 pode recair sobre qualquer bem pertencente ao acusado de prática delitiva em prejuízo da Fazenda Pública. Além do mais, a requerente não comprovou a origem lícita dos valores que pretende sejam restituídos. 4. Apelação desprovida (Apelação Criminal n. 0012297-47.2014.4.03.6105, 11ª Turma do TRF da 3ª Região, rel. Nino Toldo. julg. 26.9.2019, unânime, *e-DJF3* 2 out. 2019).

Outra discussão que existe em torno da aplicação da norma em questão se relaciona com a necessidade de demonstrar a imperatividade da medida, calçada, assim, no apontamento de atos concretos de dissipação de patrimônio, o que, na nossa leitura, é um risco ínsito a ser evitado, como pressuposto da cautelaridade da própria medida. O *periculum in mora* é presumido (ou mitigado), notadamente nos casos de crimes contra a Administração Pública.

Pela relevância do bem jurídico afetado (patrimônio da coletividade), a indisponibilidade dos bens ocorre por meio de tutela de evidência, mais relacionada com a dimensão do dano causado do que com o agir do investigado (ou denunciado), cuja conduta ilícita gera um prejuízo que, como toda relação de causa e efeito, deve ser ressarcido. A sentença penal condenatória, por sua vez, apenas impõe essa necessidade e, para não nascer morta, precisa, evidentemente, restar assegurada pela provisoriedade do decreto, e isto em palco de *contraditório diferido* (concessão sem a oitiva prévia da parte adversa), como deflui do seu art. 2º.

No mais, repetindo frase já cunhada neste texto: *"a disponibilidade do patrimônio presente não assegura qualquer satisfação futura"*. E quem, longe da teoria, lida diuturnamente com organizações criminosas conhece bem essa realidade. O Estado, usualmente, fica *duplamente penalizado*: pelo crime e pela ausência de reparação! A aplicação do Direito precisa, desse modo, ter um mínimo de eficiência para a tutela de bens que são caros (metaindividuais) para a sociedade. Percebe-se, por sinal, que o deferimento da medida não trará prejuízos desarrazoados para os investigados que, se absolvidos (ou extinta a ação penal), terão seus bens desbloqueados. No mesmo sentido:

> APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INCISOS I E II, DA LEI Nº 8.137/90). MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRO. DECRETO-LEI Nº 3.240/1941. DECISÃO *A QUO* NÃO CONCESSIVA DO PEDIDO, COM FUNDAMENTO NA AUSÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA*. RECURSO MINISTERIAL QUE VISA À REFORMA DO R. *DECISUM*. PARCIAL PROCEDÊNCIA. INDÍCIOS VEEMENTES DE RESPONSABILIDADE DOS APELADOS EVIDENCIADOS PELO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NECESSIDADE DE SE ASSEGURAR EVENTUAL RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. MITIGAÇÃO DO REQUISITO DO *PERICULUM IN MORA*. CONSTRIÇÃO ADSTRITA AO PATRIMÔNIO DOS RÉUS E DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS A ELES VINCULADAS. IMPOSSIBILIDADE DE ATINGIMENTO DE PATRIMÔNIO DE TERCEIROS, *IN CASU*. AUSÊNCIA DE PROVA DA AQUISIÇÃO DOLOSA OU COM CULPA GRAVE. EXEGESE DO ART. 4º DO DECRETO-LEI Nº 3.240/194. TEMERIDADE DA MEDIDA EM UM JUÍZO DE COGNIÇÃO NÃO EXAURIENTE. Conforme dicção do art. 3º da Lei nº 3.240/41, para a decretação da medida assecuratória do sequestro, é necessário que haja indícios veementes da responsabilidade do acusado pela prática de crime que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, sendo que a questão afeta à configuração do *periculum in mora* é mitigada, uma vez que o escopo da legislação é assegurar a indenização que advirá de eventual édito condenatório. Consequentemente, revela-se prescindível a prova cabal da dilapidação patrimonial para a concessão da medida, tendo em vista

> que o objetivo da tutela é privilegiar a Fazenda Pública, equipando-a com armas mais eficazes para garantir a reparação dos prejuízos decorrentes de práticas criminosas. Embora viável que a medida de constrição alcance bens em poder de terceiros, consoante disciplina do art. 4º do Decreto-Lei nº 3.240/41, tem-se a necessidade da prova de que a aquisição tenha sido dolosa ou com culpa grave. Imiscuir-se neste tópico, em um juízo de cognição não exauriente, revela-se temerário, até porque deve se garantir os direitos dos terceiros de boa-fé. (TJMG; APCR 0934111-80.2017.8.13.0024; Belo Horizonte; Segunda Câmara Criminal; rel. des. Catta Preta; julg. 28.2.2019; *DJEMG* 12 mar. 2019).

5 · DA BUSCA PRIORITÁRIA POR ATIVOS FINANCEIROS E HIPÓTESES DE LIBERAÇÃO COM BASE NA LITERALIDADE DO ART. 833 DO CPC. NECESSIDADE DE (RE)INTERPRETAÇÃO DIALÓGICA DE SEU CONTEÚDO COM O SISTEMA PENAL

Dotada de finalidade indenizatória, não é incorreto dizer que um dos objetivos da medida cautelar do Decreto-Lei n. 3.240/1941 é converter-se em "penhora", a ser executada no juízo cível, no momento devido. Essa ilação atrai algumas premissas (ou ideais), cujos enunciados não podem cair no esquecimento, quando da prática judicial. Primeiro, a de que toda execução (e a prévia busca patrimonial, por conseguinte) se faz no interesse do credor (art. 797 do CPC) e, segundo, a de que as regras da "penhora" (e dos demais atos de constrição, pois) devem ser informadas pelo *princípio da utilidade*.

Quando se fala em utilidade, pensa-se em *eficiência* da cautelar, e isto, em desiderato satisfativo, atrai o conceito de *liquidez* dos bens, de modo que nada melhor do que *valores monetários* (em espécie ou em aplicações em instituições financeiras) para garantir a futura execução cível da sentença penal condenatória, o que justifica a ordem de prelação do art. 835 do CPC e a busca prioritária por esta espécie de providência constritiva, atualmente efetivada por recurso eletrônico (atual Sisbajud), pelos órgãos de persecução penal, sem que isso importe qualquer violação das normas penais em vigor. Antes, representa resguardo do interesse público atingido por ação(ões) criminosa(s). De igual forma:

> AGRAVO INTERNO. SEQUESTRO CAUTELAR PENAL. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO. OFENDIDO. FAZENDA PÚBLICA. ART. 4º DO DECRETO - LEI Nº 3.240/41. PEDIDO DE LIBERAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DO EXAME EM TORNO DA LICITUDE DOS OBJETOS PASSÍVEIS DE CONSTRIÇÃO. 1.

> Diferentemente do sequestro definido no Código de Processo Penal, a medida de sequestro do art. 4º do Decreto-Lei nº 3.240/41 também cumpre a função da hipoteca legal e do arresto previstos na Lei Processual penal, qual seja, a de garantir a reparação do dano causado à Fazenda Pública, vítima do crime, podendo incidir até sobre os bens de origem lícita do acusado. 2. Seja pelo fato de que os bens e valores bloqueados poderão ser utilizados não apenas para ressarcimento dos prejuízos ao Erário, mas também para satisfazer eventual condenação por danos extrapatrimoniais coletivos, seja pelo fato de que as fundadas dúvidas quanto ao real valor dos imóveis, não há de se falar em excesso de constrição. 3. Por constituir garantia de futura execução cível da sentença penal condenatória, a medida deve atender o disposto na ordem de preferência disposta no art. 835 do Código de Processo Civil, na qual dinheiro em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira tem preferência sobre outros bens. 4. Agravo interno desprovido. (TJAC; AgRg 1002666-42.2018.8.01.0900/50000; Ac. 10.928; Rio Branco; Tribunal Pleno Jurisdicional; rel. des. Laudivon Nogueira; julg. 24.4.2019; *DJAC* 2 maio 2019; p. 1).

Dito isso, quando a constrição atinge *ativos financeiros*, grandes alaridos são causados. Toda sorte de argumentos, então utilizados para justificar hipótese de liberação (alheios à previsão contida no art. 6º do DL em estudo), é lançada, e muitas dessas alegações sem a devida acurácia exigida pelo tema, o que acaba prejudicando o correto entendimento sobre os institutos postos à apreciação do órgão judicial, usualmente já absorvido por demandas de massa, tomadoras de tempo.

O ponto central da discussão, inclusive deste artigo, relaciona-se à aplicação, no processo penal, das disposições contidas no art. 833 do CPC, comumente erigido, na praxe, como fundamento dos pedidos de "desbloqueio" de valores tornados indisponíveis a pedido do Ministério Público. Esse tema, bastante intricado, sabe-se, nesses últimos tempos e por conta de algumas experiências investigativas (positivas e negativas), despertou a necessidade de uma reflexão mais abalizada para formar uma posição de atuação equilibrada e, no nosso entender, consentânea com a realidade atual.

O problema é que o "novo", e isso não podemos deixar de reconhecer, sempre causou (e causará) inquietação. Além disso, a obviedade, por vezes, não se enxerga, mesmo que próxima. Sua revelação se mostra, na verdade, tarefa difícil na realidade deste país, especialmente porque qualquer rompimento de paradigmas soa como uma tentativa de violação de direitos fundamentais, muito embora se saiba, mas parece que

a academia se esforça para não lembrar, que estes, assim como as correlatas garantias, também existem (e precisam de igual atenção!) sob o enfoque daqueles que necessitam da atuação dos agentes do Estado, sobretudo os hipossuficientes que, pelas idiossincrasias da vida (por integrarem, quiçá, as castas mais ralas), não podem se socorrer de alternativas privadas para a solução de seus interesses, alguns vitais.

Nesse prumo, pensamos que tudo é uma questão de *equilíbrio* entre o *ideal da eficiência penal*, no enfrentamento das organizações criminosas, e a correlata observância de garantias contra eventual *excesso de constrição*. Melhor explicando: se de um lado não entendemos que o art. 4º do Decreto-Lei n. 3.240/1941 (que permite o "sequestro" de "todos" os bens do indiciado) inibe por completo (porque possivelmente exauriente) as disposições civilistas, estas, por outro lado, com destaque para as *exceções à penhorabilidade*, jamais deveriam ser importadas para o processo penal *desconhecendo* as vicissitudes de seu ambiente, de suas normas e princípios, de seus sujeitos passivos, dos bens jurídicos violados, do grau de suas violações, dos efeitos dos pronunciamentos judiciais, de seus reflexos metaindividuais etc.

Percebe-se, abrindo aqui um pequeno parêntese, que existe, na jurisprudência, posição no sentido da inexistência de qualquer lacuna passível de colmatação no decreto em referência, o que levaria, por conseguinte, à inaplicabilidade das hipóteses do art. 833 do CPC aos "casos penais", ditos causadores de dano à Fazenda Pública:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. RESTITUIÇÃO DE DINHEIRO APREENDIDO. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE DESBLOQUEIO. INTERESSE PROCESSUAL-PENAL QUE PERMANECE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Recurso de apelação interposto por Ivanete Marinho de Serpa contra decisão proferida pelo Juízo Federal da Subseção Judiciária de Imperatriz que indeferiu o pedido de reconsideração e restituição de valores constantes de conta bancária. [...]. 4. O juízo de primeiro grau indeferiu o pedido de levantamento do bloqueio do valor ao fundamento de que, "no caso concreto, há fortes indícios da participação de IVANETE nos fatos descritos na denúncia oferecida pelo MPF no processo supramencionado, entre os quais sua participação em licitação e contrato fraudulentos, e a requerente não trouxe aos autos quaisquer elementos que demonstrem a origem lícita dos valores bloqueados, pelo que eles ainda interessam ao processo". 5. A restituição de coisas apreendidas no curso do inquérito ou da persecução penal condiciona-se à demonstração cabal da propriedade dos bens pelo requerente (art. 120, *caput*, do CPP), ao desinteresse inquisitorial

> ou processual na manutenção da apreensão (art. 118 do CPP) e à não classificação dos bens apreendidos nas hipóteses elencadas no art. 91, inciso II, do Código Penal, requisitos que devem ser analisados cumulativamente. 6. Além da inexistência de prova cabal acerca da origem do valor, não ficou claro nestes autos que o valor não interesse mais ao processo principal. É necessário que se aguarde o desfecho do processo criminal para que fique esclarecida a origem do valor retido nos autos, sem o que não se pode autorizar a restituição pretendida. 7. A tese de que o valor bloqueado seria impenhorável, porquanto menor do que os 40 (quarenta) salários-mínimos previstos no art. 833, inciso X, do CPC, não prospera quando confrontada com a jurisprudência deste Tribunal, que, seguindo diretrizes do STJ, se manifesta no sentido de que "[O] s. preceitos de impenhorabilidade não se aplicam às medidas cautelares processuais-penais, que se estendem, inclusive, a bens de família (STJ, REsp 1.025.155/RS e AgRg no AREsp 605/SP)". 8. Apelação a que se nega provimento. (Apelação Criminal n. 0002013-97.2016.4.01.3701, 4ª Turma do TRF da 1ª Região, rel. Néviton Guedes, rel. Convocado Leão Aparecido Alves, julg. 6.8.2019, unânime, *e-DJF1* 14 ago. 2019).

No entanto, calha registrar que não é esse último o pensamento hodierno dos Tribunais, nem o que, na atualidade, defendemos, notadamente porque, na nossa visão, como igualmente vaticinam Grégio e Lemos,

> [o] Direito é um sistema de garantias e, como sistema, deve ser visto como um conjunto, um todo, cuja proteção exacerbada de um de seus pontos de apoio certamente gerará desproteção ou prejuízo a outro. Assim, temos que buscar eficácia da coerção com ética e respeito aos direitos individuais, sem radicalismos para uma ou outra corrente da atual doutrina, que tem se posicionado sempre de forma vertical para um dos focos.[10]

5.1 · DA REGRA DA IMPENHORABILIDADE DAS VERBAS SALARIAIS (ART. 833, IV, DO CPC)

Afora usuais confusões que temos observado entre o conceito e o alcance do "sequestro" do CPP com o do Decreto-Lei n. 3.240/1941, cuja ablação, nesta hipótese, atinge a totalidade dos bens dos investigados, independentemente de sua origem, por crime(s) contra a Fazenda Pública, quando do desate de incidentes em juízo, sempre que necessário, chamamos atenção para a correta compreensão do ordenamento jurídico. O que este veda, no art. 833, IV, do CPC, salvo exceções, como se

10 GRÉGIO; LEMOS, 2010, p. 214.

verá, é a constrição feita diretamente sobre a *folha de pagamento de vencimentos* ou de outra fonte provedora dos valores de caráter alimentar.

A questão da penhora de créditos de origem "salarial" (do dinheiro como coisa fungível, pois) para pagamento de dívida "não alimentar" não é nova e sempre se fundou na necessidade de se resguardar a dignidade do devedor (e de sua família) para a preservação de seu "mínimo existencial". Nesse ponto, todavia, os Tribunais Superiores, desde a égide do CPC de 1973, e agora com mais razão (pela supressão da expressão "*absolutamente*" do atual art. 833), reiteradamente têm decidido que essa "impenhorabilidade" não é absoluta, como, afinal, nenhum direito é assim qualificado, de modo que o Superior Tribunal de Justiça há muito confere *interpretação restritiva* ao inciso IV do art. 833 do CPC. Por sua vez, o festejado Araken de Assis[11] já anotava que a impenhorabilidade de vencimentos deveria ficar restrita "àquela quantia necessária para sua (do devedor) subsistência até o próximo encaixe".

Do apanhado, deve-se compreender que a salvaguarda da cota "salarial" (ou de outra fonte de igual natureza) se restringe ao último vencimento auferido pelo devedor, de modo que não há nenhum entrave para a constrição judicial sobre valores "remanescentes" então depositados em conta bancária. Ao não serem consumidos integralmente para o suprimento das necessidades básicas (e dentro do próprio mês de competência) daquele personagem, tais valores perdem sua "natureza alimentar", passando a integrar as "sobras" de uma "reserva de capital acumulado" patrimonialmente disponível, sobretudo porque, no mês seguinte, outros rendimentos sobrevirão para amparar seu núcleo familiar. A propósito, *verbatim*:

> PROCEDIMENTO CAUTELAR. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE DEFERIU PARCIAL LEVANTAMENTO DE VALORES BLOQUEADOS. NULIDADE DA MEDIDA CAUTELAR. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. *FUMUS COMISSI DELICTI*. *PERICULUM IN MORA*. NECESSIDADE. ADEQUAÇÃO. PROPORCIONALIDADE ESTRITA. RAZOABILIDADE. VALORES. NATUREZA ALIMENTAR. INEXISTÊNCIA. INVESTIMENTO. POUPANÇA. EXCESSO DE PRAZO. NÃO VERIFICADO. COMPLEXIDADE DO FEITO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. II - As medidas cautelares patrimoniais (ou medidas assecuratórias),

11 ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9. ed. São Paulo: RT, 2004.

previstas nos arts. 125 a 144 do Código de Processo Penal, destinam-se, em termos gerais, a garantir, em caso de condenação, o ressarcimento dos danos causados pelo crime e o pagamento de pena de multa, custas processuais e demais obrigações pecuniárias impostas. Por constituir restrição ao direito constitucional de propriedade do investigado ou acusado, exige a efetiva demonstração da prova de existência do crime e dos indícios de autoria (*fumus comissi delicti*) e da urgência ou perigo da demora (*periculum in mora*), sob os critérios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade estrita. III - Com relação ao *fumus comissi delicti*, existem veementes indícios, obtidos a partir de depoimentos fornecidos por colaboradores e elementos de informação colhidos em execução de medidas de busca e apreensão e interceptações telefônicas e telemáticas, de que o recorrente, conjuntamente com os demais acusados, praticou crimes de corrupção no exercício de seu cargo de Conselho do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, mediante o recebimento de vantagens indevidas em contrapartida à admissão de irregularidades em contratos administrativos celebrados entre o Poder Público e agentes privados no âmbito daquela unidade federada. IV - Quanto ao *periculum in mora*, efetivamente existe o risco, evidenciado pela própria complexidade e grau de sofisticação do esquema desvelado no curso da investigação, de que as vultosas quantias em tese percebidas pelo recorrente por meio do cometimento de crimes sofram dissipação patrimonial, fato que impossibilitaria o efetivo ressarcimento dos danos perpetrados. V - Os salários e as remunerações são impenhoráveis, nos termos do art. 833, inciso IV, do Código de Processo Civil. Semelhante inviolabilidade funda-se, por certo, na necessidade de resguardar a dignidade do devedor - e do acusado submetido a medida constritiva -, mediante a preservação do mínimo existencial para si e sua família. VI - Esta Corte Superior, entretanto, tem reiteradamente entendido que a impenhorabilidade salarial ou remuneratória não é absoluta - mesmo porque não existem direitos absolutos -, sendo lícito o seu afastamento em determinadas hipóteses, dentre as quais se inclui aquela em que os valores depositados sob o título de remuneração ou salário perdem sua natureza alimentar por não terem sido efetivamente empregados no espaço de tempo situado entre um e outro depósito mensal. Admite-se, igualmente, o excepcionamento da regra de impenhorabilidade quanto aos valores que excederem o teto remuneratório constitucional. VII [...]. XI - Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg-CautInom 6; Proc. 2017/0072914-1; DF; Corte Especial; rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino; julg. 4.12.2019; *DJE* 18 dez. 2019).

É conveniente registrar que, em tais casos, a análise das movimentações financeiras da conta corrente do(s) investigado(s), cujos extratos

devem estar insertos nos autos, ressoa de grande importância para apreciação e julgamento de pedidos de "liberação" (ou "manutenção") de bloqueios *online*.

No mais, como antecipado neste tópico, anote-se que, atualmente, permite-se, com reserva para o mínimo existencial, o bloqueio (mensal) incidente sobre fatias do próprio salário ou de proventos ("penhora em folha") para garantir o ressarcimento do erário. Isso porque a regra da menor onerosidade jamais poderá sobrepujar, com sacrifício da tutela, ao direito que também se tem à satisfação de uma obrigação contraída e gerada, no caso, pela prática de um ato ilícito:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RETENÇÃO DE PARTE DOS PROVENTOS. POSSIBILIDADE. IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO. MITIGAÇÃO. SÚMULAS 7 E 83/STJ. APLICAÇÃO. 1. Cuidaram os autos, na origem, de Ação Cautelar visando à cessação dos bloqueios mensais de parte (30%) de sua aposentadoria em virtude de processo disciplinar. A sentença indeferiu o pedido, mantendo o bloqueio. O Tribunal de origem entendeu por bem deferir a retenção de 10% dos valores depositados na conta-salário do recorrente, sob o fundamento de que a impenhorabilidade desses valores estabelecida pelo CPC/1973 admite mitigação sem colocar em risco as necessidades básicas suas ou de seus familiares. 2. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a excepcionalidade da regra relativa à impenhorabilidade de verbas salariais, admitindo sua flexibilização para abranger dívida não alimentar (REsp 1.673.067/DF, rel. min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, *DJe* 15 set. 2017). 3. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". 4. Considerando que o Tribunal de origem, baseado nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a par das circunstâncias fático-probatórias dos autos, compreendeu que os percentuais bloqueados são adequados para manter o mínimo existencial dos devedores, de forma a não prejudicar a subsistência do recorrente, mas sem descurar do interesse público de ressarcimento ao erário e imposição de sanções de cunho patrimonial àqueles que praticam atos de improbidade administrativa, verifica-se que a alteração dessa conclusão demanda a reanálise dos elementos de fato e de prova dos autos, providência que, nesta via eleita, encontra óbice, conforme o enunciado da súmula 7/STJ. 5. Recurso Especial não conhecido. (Recurso Especial n. 1.790.570/SP (2018/0338723-2), 2ª Turma do STJ, rel. Herman Benjamin, julg. 21.3.2019, *DJe* 30 maio 2019).

5.2 · DA REGRA DA IMPENHORABILIDADE DE VALORES INFERIORES A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS (ART. 833, X, DO CPC)

Debate mais acirrado aparece em torno do uso do art. 833, X, do CPC para as cautelares patrimoniais penais, de modo que, por força de sua dicção, seria possível investigados pouparem valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até 40 salários-mínimos, não apenas aqueles depositados em poupança (como descrito na redação do artigo), mas também (em interpretação extensiva) em conta corrente ou outras formas de reserva, salvo comprovação inequívoca de fraude, má-fé ou abuso, a ser verificado em cada caso, nos termos de orientação da jurisprudência nacional.

Ao longo das investigações e dos processos que envolvem organizações criminosas, o que temos observado é a utilização e a aplicação seca (não cuidadosa) desse artigo ao microssistema penal, como se tudo fosse uma equação matemática: se tornada indisponível quantia inferior a 40 salários-mínimos (atuais R$ 41.800,00), "libere-se" da constrição, em posição que representa um atentado a todo e qualquer movimento de prestígio à sociedade e de combate ao crime, especialmente o do "colarinho branco".

Resgatando a última passagem da doutrina de Grégio e Lemos, citada no tópico anterior, é justamente o "radicalismo" e a ausência de um "debate maduro" que, no cotidiano dos incidentes penais ora enfrentados, travam a compreensão em derredor do tema. Crime e dever de ressarcimento caminham juntos. Este é consectário daquele e precisa ser assegurado sob pena de frustração. Perceba que, mesmo na seara civil, o princípio da menor onerosidade para o devedor não pode frustrar (por completo), e é o que tem ocorrido no foro, a finalidade principal do processo, que é a satisfação do credor (a vítima, no processo penal). O grande problema que, na prática, tem se observado, reforce-se, reside na indevida utilização de conceitos (e normas) do processo civil aos casos penais, *sem se atentar para as especificidades deste campo*, em literalidades de interpretações sequer observadas, inclusive no leito de resolução de direitos meramente disponíveis. É como adverte Lopes Júnior:

> A discussão em torno do objeto do processo nos parece fundamental, na medida em que desvela um grave erro histórico derivado da concepção de KARL BINDING (a ideia de pretensão punitiva), e que continua sendo repetido sem uma séria reflexão. O principal erro está em transportar as categorias do processo civil para o processo penal, colocando

> o Ministério Público como verdadeiro "credor" de uma pena, como se fosse um credor do processo civil postulando seu "bem jurídico".[12]

Assim, a aplicação do art. 833 do CPC aos casos penais não pode fugir da concepção de um sistema cautelar de natureza patrimonial que se almeja, nos dias de hoje, *adequado*, *específico* e *completo*.

Quando se pensa em *adequação* de uma medida cautelar a um caso concreto (ou a uma pessoa juridicamente individualizada), sempre vem a lume um princípio: o da *proporcionalidade*, não apenas no sentido usualmente empregado pelas defesas (consectário do garantismo negativo), mas também no de prestigiar o dever que o Estado tem de proteger (e de forma eficiente!) bens jurídicos que foram violados (princípio da proibição de proteção deficiente) e que precisam de recomposição, calhando trazer o seguinte aditamento de Streck:

> Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.[13]

Entrando a regra em alusão na seara penal, pois, ao seu microssistema deve ela se adaptar (e não o contrário), máxime quando se parte para uma concepção funcionalista que se dá ao direito penal contemporâneo, cuja preocupação reside em saber "para que o direito serve" e não em "como o direito é feito", na forma do ideal estruturalista. Nesse viés, na realidade atual e para a concretização da eficiência penal, não há espaço para uma interpretação literária do comando questionado, mas abertura,

---

12 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 72-73.

13 STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso [Übermassverbot] à proibição de proteção deficiente [*Untermassverbot*] ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 180, 2005.

isto sim, de campo para seu uso intersistemático, em visão dialógica, especialmente com o art. 4º do Decreto-Lei n. 3.240/1941, a saber:

> Art. 4º. O sequestro pode recair sobre todos os bens do indiciado, e compreender os bens em poder de terceiros, desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave. Os bens doados após a prática do crime serão sempre compreendidos no sequestro.

Essa composição é perfeitamente possível à luz da *teoria do diálogo das fontes*, a qual preconiza que as normas jurídicas existem para se complementarem (e não se excluírem), de sorte a compor uma visão unitária de ordenamento, que precisa se apresentar coerente e íntegro, como exortado por Cunha, Pinto e Souza:

> A coerência do direito, destarte, impede que, no combate à corrupção, seja feita distinção injustificada na atuação dos órgãos públicos, enquanto que a integridade deve funcionar como princípio que impele o combate à corrupção a um movimento de constante aperfeiçoamento, seja sob o ponto de vista institucional, seja sob o ponto de vista interpretativo das normas editadas sobre o tema.[14]

Do compêndio, extrai-se, como primeira ilação, que a aplicação do art. 833, X, do CPC ao processo penal não prescinde da *comprovação da origem lícita dos ativos financeiros* objetos de pretensa liberação. Pensamento diverso prestigiará a torpeza dos criminosos e permitirá a fruição de produtos e proveitos de delitos, potencializando impunidades. Em igual sentido:

> PROCESSO PENAL. PECULATO, LAVAGEM DE DINHEIRO, FRAUDE EM LICITAÇÕES E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO NO ESQUEMA CRIMINOSO. DECRETAÇÃO DE SEQUESTRO DE BENS PELA 17ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL. EX-SECRETÁRIA DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE PÃO DE AÇÚCAR. INDEFERIMENTO, NA ORIGEM, DE LEVANTAMENTO DO SEQUESTRO DETERMINADO EM DESFAVOR DA ORA RECORRENTE. CABIMENTO DE RECURSO DE APELAÇÃO. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO STJ CONSOLIDADAS PELO CABIMENTO DA ESPÉCIE RECURSAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM LÍCITA DOS VALORES SEQUESTRADOS PARA FINS DE DECRETAÇÃO DA MEDIDA ASSECURATÓRIA. ART. 4º DA LEI Nº 9.613/98. POSICIONAMENTO DO RELATOR NO MESMO SENTIDO. LEVANTAMENTO DOS VALORES NO VALOR DE 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. DIVERGÊNCIA DO VOTO DO RELATOR QUANTO A ESSE PONTO. ART. 833, X, DO CPCP. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO INDISCRIMINADA NO PROCESSO PENAL. NECESSIDADE, NESSE CASO,

14 CUNHA; PINTO; SOUZA, 2020, p. 242.

DE COMPROVAÇÃO DE QUE A ORIGEM DO DINHEIRO É LÍCITA. AUSÊNCIA DE PROVAS DA LICITUDE DOS VALORES DEPOSITADOS EM UMA CONTA BANCÁRIA EM NOME DA RECORRENTE E OUTRA EM NOME DELA E DE SUA MÃE. EXISTÊNCIA DE DEPÓSITOS CUJA ORIGEM LÍCITA NÃO FOI COMPROVADA. LIBERAÇÃO DOS VALORES PARA TRATAMENTO DE SAÚDE DA MÃE DA RECORRENTE. AUSÊNCIA DE PROVAS DA EXISTÊNCIA ATUAL DA DOENÇA E DE EVENTUAIS GASTOS COM SAÚDE. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. I. [...]. III. Por outro lado, levanta-se divergência quanto ao posicionamento de aplicação, no processo penal, da regra contida no art. 833, X, do Código de Processo Civil e consequente determinação de liberação do valor de 40 salário mínimos para garantir o sustento da família da recorrente, pois, aqui, para liberação dos valores bloqueados, faz-se imperiosa a comprovação da licitude da origem da verba, já que existem concretos indícios de participação da apelante em grande esquema de fraude a licitações no Município de Pão de Açúcar. IV. Nesse contexto, ganha relevância o argumento utilizado pela 17ª Vara Criminal segundo o qual, ao longo dos anos, foram feitos 2 depósitos misteriosos de aproximadamente 10 mil reais em uma oportunidade e 13 mil em outra, já que a defesa não comprovou efetivamente de onde surgiram tais montantes. V. Daí porque, com todas as vênias, discordo do Ilustre relator quando afirma que é possível o levantamento dos quarenta salários mínimos requestados nas razões do apelo sem que a defesa tenha comprovado a origem lícita de tais montantes. VI. Partindo-se dessas premissas, portanto, entendo que se a regra de impenhorabilidade absoluta prevista no art. 833, X, do CPC for aplicada indiscriminadamente ao processo penal, legitimará, ao fim e ao cabo, que pessoas que praticam corrupção, peculato, sonegação fiscal e outros crimes contra o erário tenham sempre ao seu dispor 40 salários mínimos para uso próprio, inclusive se esse dinheiro foi produto do crime ou de desvio de verba pública, o que não me parece lógico e razoável. VII. Por fim, em relação ao argumento de que uma das contas é conjunta com a mãe da recorrente e ela precisa do dinheiro em razão de sua utilização em tratamento de câncer, a defesa juntou um atestado médico afirmando que a senhora, de fato, é portadora de neoplasia maligna. VIII. A médica subscritora, no entanto, informou que a doença existe desde 1996 e, por outro lado, não há comprovação de nenhum gasto do dinheiro da poupança com o tratamento de saúde da mãe da ré, visto que sequer houve pedido ao juízo processante de liberação específica de valores para consultas médicas, exames ou qualquer tipo de tratamento da enfermidade, motivo pelo qual, quanto a esse pedido específico, acompanho os fundamentos contidos no voto do relator para indeferi-lo. IX. Recurso conhecido e improvido. Decisão por maioria. (TJAL; APL 0800174-78.2019.8.02.0001; Maceió; Câmara Criminal; rel. des. Washington Luiz Damasceno Freitas; *DJAL* 30 set. 2020, p. 128).

Previsão equivalente está presente, inclusive, em dispositivo da Lei de Lavagem (Lei n. 9.613/1998):

> Art. 4º. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. [...]
>
> § 2º. O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

Afigurando-se, no entanto, temerária essa liberação, quando se detecta, do exame dos extratos bancários, hipótese de confusão (mescla) patrimonial:

> OPERAÇÃO INTEGRAÇÃO II. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA E DE LAVAGEM DE DINHEIRO. MEDIDA ASSECURATÓRIA. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA DA INFRAÇÃO PENAL. BLOQUEIO DE VALORES. POSSIBILIDADE. ART. 4º LEI 9.613/98. PATRIMÔNIO LÍCITO E ILÍCITO. ABRANGÊNCIA DA MEDIDA. INCLUSÃO DO RESSARCIMENTO DO DANO, DAS DESPESAS PROCESSUAIS E DAS PENAS PECUNIÁRIAS EVENTUALMENTE IMPOSTAS. 1. As medidas assecuratórias são de natureza cautelar, decretadas com objetivo de assegurar a eficácia da futura decisão judicial, no que tange à reparação do dano decorrente do delito e à efetiva execução da pena e seus efeitos. 2. No caso, estão presentes os indícios de materialidade e autoria, considerando o recebimento da denúncia ofertada em desfavor de Carlos Alberto Richa (Beto Richa), Fernanda Bernardi Vieira Richa, André Vieira Richa e Dirceu Pupo Ferreira, nos autos do Processo nº 5002349-24.2019.404.7000, por crimes de lavagem de dinheiro, tendo em vista que as aquisições imobiliárias da empresa do núcleo familiar Beto Richa, em tese, foram operacionalizadas pelo administrador Dirceu Pupo Ferreira. 3. A discussão acerca da licitude das atividades desenvolvidas pelo apelante confunde-se com o mérito da ação penal principal, sendo incabível tal análise no âmbito da medida assecuratória. 4. O bloqueio de ativos financeiros é modalidade constritiva prevista em lei (art. 4º, da Lei nº 9.613/98), o qual atende ao princípio da efetividade da cautelar, não havendo óbice ao bloqueio de saldos de contas e à indisponibilidade de ativos financeiros e de investimentos em instituições bancárias titularizadas pelo requerido, até o limite determinado pelo juiz. 5. Medidas cautelares decretadas com base nos

> arts. 125 do CPP e seguintes e 4º da Lei 9.613/98, o qual prevê de forma alternativa a constrição de bens, direitos e valores, não havendo óbice que se dê preferência ao bloqueio de valores. 6. Considerando a concreta possibilidade de confusão entre ativos lícitos e ilícitos do requerido, comprometendo todo o patrimônio, a prova de eventual atividade lícita não é apta para ensejar a liberação de valores constritos. 7. Mostra-se acertada a decisão que compreendeu na medida acautelatória imposta os valores relativos ao prejuízo causado e ao pagamento da pena de multa, não incorrendo em excesso de constrição. 8. Apelação desprovida. (Apelação Criminal n. 5003594-70.2019.4.04.7000, 7ª Turma do TRF da 4ª Região, rel. Salise Monteiro Sanchotene, julg. 23.7.2019, unânime).

Por outro lado, é preciso compreender o sentido do inciso X do art. 833 do CPC, o qual se refere a saldo de caderneta de poupança e outras formas de investimento de baixo risco e retorno, visando à proteção do pequeno investimento, voltado à garantia do titular contra imprevistos, como desemprego ou doença. Dito isto, se restar comprovado que a movimentação dessas carteiras se assemelha aos contornos (volátil) de uma conta corrente, não albergada pelo pálio da impenhorabilidade, perfeitamente possível será a manutenção de eventual bloqueio judicial:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA VIA BACEN JUD. CONTA POUPANÇA. DESVIRTUAMENTO. UTILIZAÇÃO COMO CONTA-CORRENTE. MITIGAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE. CONSTRIÇÃO ADMITIDA. AGRAVO PROVIDO. 1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que acolheu a impugnação e determinou a liberação da quantia penhorada na conta poupança da executada. 2. De acordo com o inc. X do art. 833 do novo Código de Processo Civil, é impenhorável "a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos", ressalvada a execução de prestação alimentícia (cf. § 2º do art. 833, CPC/2015). 3. Segundo a jurisprudência desta Corte, na hipótese de desvirtuamento na utilização da conta poupança, autoriza-se a mitigação da proteção insculpida no artigo 833, X, do CPC, viabilizando a penhora de valores ali constantes. 4. No caso dos autos, a constante movimentação dos ativos financeiros por meio de saques, transferências, pagamentos, depósitos, evidencia a utilização da poupança como se conta-corrente fosse, afastando a proteção legal da impenhorabilidade. 5. Recurso conhecido e provido. (Processo n. 07139449520198070000 (1206318), 2ª Turma Cível do TJDFT, rel. Sandoval Oliveira. julg. 9.10.2019, *DJe* 14 out. 2019).

Ademais, no dia a dia da prática forense, não é raro se deparar com contas bancárias de "mera passagem", mantidas por pessoas politicamente expostas, de grande patrimônio ostensivo, mas de parcas formalizações

financeiras, em situação reveladora de má-fé a justificar, na nossa visão, eventual indisponibilidade de ativos, mesmo que de baixo valor. Registre que "a jurisprudência pacífica do STJ é de que a irrisoriedade do valor penhorado (em dinheiro), comparado ao total da dívida executada, não impede a sua penhora via Bacenjud, nem justifica o seu desbloqueio [...]" (REsp. 1703313/AM, rel. min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julg. 5.12.2017).

A posição retro, a par de outras que poderiam ser comentadas neste artigo, ganha reforço, ressalte-se, dentro do cenário de *persecuções patrimoniais inócuas*, quando se desafiam organizações abastecidas por redes de laranjas e por empresas de fachada, de modo que qualquer constrição de valores monetários, mesmo que pequena, se não causa impacto (real) na vida de investigados ou denunciados, pode, em contrapartida, representar alguma utilidade satisfativa para o Estado, em percepção de mundo real que precisa ser assimilada pelas nossas Cortes.

Afinal, entendemos que as disposições do art. 833 do CPC existem apenas para assegurar a dignidade do devedor e evitar o excesso de constrição, não podendo este artigo de lei, de modo algum, assumir a feição de escudo para inadimplentes ou representar, em campo alheio à sua origem, conforto para criminosos, em especial.

6 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime organizado é uma realidade presente. Sua capilaridade penetra instituições públicas. Seus integrantes, máxime os ocupantes de privilegiadas posições sociais, até bem pouco tempo não faziam parte de quaisquer estatísticas criminais, havendo, sempre que elevada a temperatura das investigações pelo Brasil, um movimento de resistência para refrear esse sopro de mudança, a exigir um redirecionamento do olhar da persecução penal, voltado, mais amiúde, ao patrimônio de agentes que, com suas condutas, lesam o bem público em especial. Diante de um sistema penal tradicionalista, remarcado por processos morosos, por penas corporais baixas e de difícil realização prática, medidas de recomposição patrimonial são redesenhadas para a salvaguarda da sociedade e para a inibição, quiçá, de ciclos delitivos.

Não há como dissociar: o enfrentamento da macrocriminalidade perpassa, necessariamente, pela presença de um sistema penal eficiente, que imponha mais riscos do que benefícios, como única linguagem entendida por quem insiste em descumprir mandamentos legais. O

momento exige evolução. E esta virá. Entretanto, virá apenas se, ao lado do amadurecimento investigativo, formatado pelo uso de tecnologia a cargo dos órgãos de persecução (coleta de dados e análises incidentes sobre eles) e pelo fomento de tipologias resistentes a casuísmos do momento, houver, por parte dos aplicadores do direito, um giro hermenêutico, especialmente adaptado às sutilezas da realidade vivenciada e que, longe de uma postura ortodoxa, permita, sem prejuízo da tutela de direitos, uma resposta estatal proporcional à altura do crime praticado.

Urge, assim, que sejam valorizados o estudo e a prática das medidas de cobertura patrimonial no combate às organizações criminosas. É preciso compreender, sobretudo nesse peculiar contexto, o escorreito alcance que, efetivamente, pode-se dar ao art. 833 do CPC e (re)interpretá-lo para, em visão de sistema, extrair a melhor teleologia do art. 4º do Decreto-Lei n. 3.240/1941, notadamente porque, diferentemente do seu campo de origem (de relações jurídicas individuais, meramente patrimoniais etc.), quando introjetado na seara penal (na zona de crimes complexos), estão em jogo o patrimônio da coletividade, a vida e a saúde de pessoas que, no prumo dessa balança, não podem ser "revitimizadas" pelo peso de literal e descompromissada interpretação que se pretenda conferir àquele dispositivo civilista. Letargia hermenêutica, aqui, representará impunidade, o que nos faz seguir, sempre inspirados nas sábias palavras de Erico Verissimo: "Quando os ventos de mudança sopram, umas pessoas levantam barreiras, outras constroem moinhos de vento".[15]

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9. ed. São Paulo: RT, 2004.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Crime organizado e sigilo das investigações. *Revista Síntese*, Porto Alegre, v. 6, n. 32, p. 32-60, 2005.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.240, de 8 de maio de 1941*. Sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros. Brasília: 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. *Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da

15 VERISSIMO, Erico. *O tempo e o vento*: o continente. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2008. p. 10.

utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília: 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. *Crime organizado*: comentários à Lei 12.850/2013. 5. ed. rev. ampl. e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2020.

EMÍDIO, Fabiano. *Lavagem de dinheiro e paraísos fiscais:* a captura da economia pelo crime organizado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GRÉGIO, Grécio Nogueira; LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. Alienação antecipada de bens no processo penal e o Estado-vítima. *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral*: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 213-238.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NIETO, Alejandro. *El desgobierno de lo público*. Barcelona: Editorial Ariel, 2008.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020.

SANTOS, Leonardo Augusto de Andrade Cezar dos. Fixação de dano moral coletivo na sentença condenatória penal em casos de corrupção. *In*: AZAMBUJA, Edson; BALLAN JUNIOR, Octahydes; SILVA, Vinícius de Oliveira e (org.). *Combate à corrupção na visão do Ministério Público*. Leme (SP): JH Mizuno, 2018. p. 219-247.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso [Übermassverbot] à proibição de proteção deficiente [*Untermassverbot*] ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 171-202, 2005.

VERISSIMO, Erico. *O tempo e o vento*: o continente. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2008.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In: MILARÉ, Édis. *A ação civil pública após 20 anos*: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 111-138.

CAPÍTULO 2

O AGENTE INFILTRADO

André Batista e Silva
Alda Cristina Xavier Alves

1 · INTRODUÇÃO

As formas de crime organizado remontam à Antiguidade;[16] e a sua capacidade de se estruturar e se renovar, embrenhando-se nos mais diversos setores, é que evidencia a tarefa grandiosa do Estado no enfrentamento dessa chaga.

A primeira organização criminosa de que se tem notícia e notoriedade no Brasil foi o chamado Cangaço, que se desenvolveu na região Nordeste no final do século XIX e início do século XX, tendo como destaque a pessoa de Virgulino Ferreira da Silva, conhecido como Lampião.[17]

---

16 "Um dos casos de criminalidade organizada referidos na literatura reporta-se ao século XVII, quando o incremento do uso da moeda na Europa permitiu que a sua cunhagem deixasse de ser uma competência exclusiva da Coroa. Este facto deu origem às primeiras multinacionais do crime dedicadas à falsificação e distribuição de moedas, que se instalaram nas cidades europeias mais desenvolvidas, nomeadamente em Lindaü, onde se dedicaram a este florescente negócio de dinheiro falsificado, distribuindo-o em quantidades (ingentes) pelo resto dos países". ONETO, Isabel. *O agente infiltrado* – contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 49.

17 "Em meio à violência empreendida pelos cangaceiros, que não se resumia ao bando de Lampião, podemos dizer que o cangaço era um tipo de banditismo rural que teve seu auge no Nordeste brasileiro entre 1900 e 1940. Seus integrantes inicialmente se mobilizavam com o argumento da vingança de parentes mortos em contendas interfamiliares, ou para protegerem-se da polícia ou de inimigos, mas acabavam fazendo do banditismo um meio de sobrevivência que se alimentava do roubo, saques, extorsão, sempre seguidos de violência (PERICÁS, 2017)." PONTES, Rafael Araújo de; FRANÇA, Fábio Gomes de. Novo cangaço? Reflexões sobre a

A ideia do cangaço voltou à tona a partir de ações de bandos armados que têm como foco instituições financeiras, com base nos roubos a agências bancárias e carros-fortes, tema que vem ganhando destaque:

> Esse "cangaço moderno" ganhou destaque midiático pela forma de atuação dos indivíduos que o cometem e hoje representa um grande desafio para a Segurança Pública. Inicialmente no Nordeste e atualmente em todo o país e América do Sul, a característica principal dos bandos armados conhecidos por novos cangaceiros é assaltar agências bancárias em pequenas cidades interioranas, o que constitui uma das mais rápidas formas de capitalização do crime organizado. Entender o funcionamento dessa modalidade dinâmica, ágil, bem estruturada logística e financeiramente é fundamental para um enfrentamento, principalmente nas suas consequências e interligações com outros crimes.[18]

Do cangaço (antigo ou moderno) aos mais criativos crimes praticados com o uso da tecnologia, afigurando-se incontáveis as possibilidades para a atuação criminosa, o Estado brasileiro ainda tem travado uma batalha inglória contra a criminalidade que se organizou no seio do próprio Poder, o fenômeno da corrupção, que atualmente tem se mostrado cruel e devastador.[19]

Precisamente para acompanhar a dinâmica da criminalidade, o sistema persecutório vem implementando ferramentas legítimas e necessárias para a obtenção de provas, como se vê na infiltração de agentes de modo presencial e virtual.

2 · CONCEITO DE AGENTE INFILTRADO

A infiltração de agentes consiste na técnica de obtenção de prova segundo a qual um policial, previamente autorizado por decisão judicial, insere-se no seio de uma organização criminosa, mantendo em sigilo sua verdadeira identidade e assumindo personalidade semelhante à dos

lógica criminal dos assaltos a banco no Brasil. *Instituto de Ensino Rogério Greco*, Belo Horizonte, jul. 2020. Disponível em: https://www.rogeriogreco.com.br/post/novo-cangaço. Acesso em: 25 fev. 2021.

18 PONTES; FRANÇA, 2020, n. p.

19 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. *MPF e Polícia Federal buscam provas de desvio de recursos e fraudes na compra de respiradores no Pará*. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-e-policia-federal-buscam-provas-de-desvio-de-recursos-e-fraudes-na-compra-de-respiradores-no-para. Acesso em: 21 fev. 2021.

seus integrantes, de forma a conquistar a confiança do grupo e tornar conhecida sua estrutura e funcionamento, bem como colher elementos indicativos da existência da organização e da prática das infrações penais para as quais foi constituída.

Cleber Masson e Vinícius Marçal apontam como características da infiltração policial

> a *dissimulação*, ou seja, a ocultação da condição de agente oficial e de suas verdadeiras intenções; o *engano*, já que toda a operação de infiltração se apoia numa encenação que permite ao agente obter a confiança do suspeito; e, finalmente, a *interação*, isto é, uma relação direta e pessoal entre o agente e o autor potencial.[20]

A despeito dessa *interação*, o agente infiltrado deve se manter neutro em relação às atividades da organização e, embora tenha que desempenhar tarefas determinadas pelo grupo, não deve jamais assumir uma postura ativa a ponto de sugerir ou arquitetar crimes, a não ser que seja irremediavelmente compelido a isso, por exemplo como forma de demonstrar comprometimento com o grupo.

A utilidade desse modo de obtenção de prova é inegável, pois, diversamente das demais formas de investigação, possibilita que, infiltrado, o agente estabeleça relação de intimidade e contato direto e diário com os alvos, alcançando um conhecimento aprofundado sobre a essência da organização criminosa, seus objetivos, personagens e funções desempenhadas por cada um. Aliás,

> frequentando o mesmo ambiente da organização criminosa, os agentes são capazes de presenciar, em primeiro plano, discussões e decisões tomadas por figuras-chave do grupo criminoso. Essas discussões frequentes relatam crimes consumados ou resultam no planejamento e cometimento de novos crimes.[21]

A infiltração apresenta-se como atividade privativa de integrantes da Polícia Judiciária (Civil e Federal), cuja função é precipuamente investigativa. A disposição da Lei n. 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa) é clara nesse sentido, em oposição à legislação anterior (Lei n. 9.034/1995), que previa a possibilidade de a medida ser implementada por agentes

---

20 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado.* 4. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 407.

21 PACHECO, Rafael. *Crime organizado:* medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2011. p. 109.

de inteligência, como servidores da Agência Brasileira de Inteligência (Abin), em que pese as funções destes estarem relacionadas ao acesso a conhecimentos relativos à segurança do Estado e da sociedade.[22]

No bojo do HC 147.837/RJ, de relatoria do ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, a 2ª Turma debruçou-se sobre a distinção entre a atuação de agente infiltrado e a do agente de inteligência, cuja tarefa, no caso específico, era subsidiar a Força Nacional de Segurança com elementos para fins de elaboração de plano de segurança para a Copa do Mundo. Assim, com o objetivo de produzir relatório acerca das manifestações de rua ocorridas em meados de 2013, o agente obteve a confiança de integrantes do grupo *Black Blocs*, reunindo informações que, posteriormente, foram utilizadas em inquérito policial instaurado pela Polícia Civil do Rio de Janeiro.

Na situação examinada pela Suprema Corte, foram ressaltados os fundamentos constantes do voto vencido do ministro Rogério Schietti do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os critérios para distinguir a (I) infiltração em ação de inteligência e a (II) infiltração em investigação criminal são a *finalidade e amplitude da investigação*, na medida em que a primeira tem função *preventiva e genérica*, buscando informações de fatos sociais relevantes ao governo, e a segunda tem função *reativa ou investigativa,* voltada à busca de elementos probatórios úteis à persecução criminal, dependente de prévia autorização judicial. Com isso, o desfecho do *writ* foi a concessão parcial da ordem, para declarar a ilicitude e determinar o desentranhamento de eventuais elementos derivados da infiltração declarada ilícita.[23]

Nessa toada, convém diferenciar outras figuras que se assemelham ao agente infiltrado, mas que com este não podem ser confundidas, a exemplo do informante, do agente provocador e do agente disfarçado.

A primeira figura, conhecida como *informante*, além de não integrar os quadros da Polícia Judiciária, não age de forma dissimulada quanto à sua identidade, seja perante as autoridades públicas, seja em face dos integrantes das organizações criminosas. É que, em regra, convivendo próximo à criminalidade, aproveita-se do seu trânsito entre os delinquentes

22 Disponível em: https://www.gov.br/abin/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/a-abin. Acesso em: 17 fev. 2021.

23 STF – HC 147837. Rel. min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julg. em 26.2.2019, *Dje-138*, divulg. 25.6.2019, public. 26 jun. 2019.

para fornecer informações, de forma sigilosa, aos órgãos encarregados da persecução penal. A voluntariedade de suas informações não demanda prévia autorização judicial.

Por sua vez, o *agente provocador* compele o autor a cometer o crime.

> Caracteriza-se pela indução de alguém à prática de determinado ilícito, sem que esta pessoa tivesse previamente tal propósito, hipótese na qual se viola o direito fundamental de não se autoacusar e o da amplitude de defesa, comprometidos pelo engano provocado pelo agente infiltrado.[24]

Disso decorre que,

> quando alguém (particular ou autoridade policial), de forma insidiosa, instiga o agente à prática do delito com o objetivo de responsabilizá-lo criminalmente, ao mesmo tempo em que adota todas as providências para que o delito não se consume, prevalece o entendimento de que haverá crime impossível, em virtude da ineficácia absoluta do meio (CP, art. 17).[25]

Diversamente do agente provocador, o *agente disfarçado*, incluído pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) no contexto dos tráficos de drogas e de armas, não atua instigando a prática de crime, sua atuação é predominantemente passiva. O agente disfarçado,

> ocultando sua real identidade, posiciona-se com aparência de um cidadão comum (não chegando a infiltrar-se no grupo criminoso) e, a partir disso, em meio à atividade investigatória-persecutória, coleta elementos que indicam a conduta criminosa preexistente do sujeito ativo.[26]

Renato Brasileiro de Lima faz distinção ainda quanto às figuras do *denunciante anônimo*, o qual fornece informação sobre fato delituoso, com total ocultação de sua identidade; do *colaborador*,

> conceituado como o coautor ou partícipe de determinada infração penal, que, em troca da concessão de determinados prêmios legais, não apenas confessa a prática delituosa, mas também fornece às autoridades

24 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020a. p. 846.

25 LIMA, 2020a, p. 846.

26 CUNHA, Rogério Sanches; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes; SOUZA, Renee de Ó. A nova figura do agente disfarçado. *In*: WALMSLEY, Andréa (coord.); CIRENO, Lígia (coord.); BARBOZA, Márcia Noll (coord.). *Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Coletânea de Artigos, Volume 7. Ministério Público Federal - 2ª CCR: 2020. p. 64

> policiais (ou ministeriais) informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei;

e do *agente encoberto*, figura similar ao agente disfarçado, tratando-se de

> um agente policial, com preparação e identidade manipuladas para lhe permitir uma certa aproximação com atividades criminosas. Porém, ao contrário do agente infiltrado, que tem autorização judicial para investigar um fato delituoso determinado, específico, o agente encoberto atua de modo livre, sem que sua atividade esteja relacionada, desde o princípio, à investigação de uma organização criminosa predeterminada.[27]

Firmada, portanto, a premissa de que o agente infiltrado tem a função de se mesclar aos integrantes da organização criminosa sem, contudo, aderir à associação estável ou interferir em suas atividades, convém consignar que, ainda que participe da divisão de tarefas imposta pelo grupo, não pode ser considerado no cálculo do número mínimo de pessoas exigidas para a configuração do delito.

Assim é porque o policial infiltrado

> não age com o necessário *animus associativo*. A sua finalidade, aliás, é diametralmente oposta, qual seja, desmantelar a sociedade criminosa. Demais disso, a infiltração policial está condicionada à presença de indícios da prévia existência da organização criminosa (art. 10, § 2º, da LCO).[28]

3 · EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A técnica especial de investigação por infiltração encontra-se prevista na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, denominada Convenção de Palermo,[29] que foi incorporada ao direito interno por meio do Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004.

---

27 LIMA, 2020a, p. 849.

28 MASSON; MARÇAL, 2020, p. 51.

29 "Não foi por acaso que a Organização das Nações Unidas (ONU) elegeu a cidade siciliana de Palermo como sede de sua conferência sobre crime organizado, realizada em dezembro de 2000. Em pleno território da *Cosa Nostra*, foi assinada a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (*United Nations Convention against Transnational Organized Crime*), ou UNTOC na sigla em inglês.

O simbolismo é evidente. Foi ali que em 1992 dois membros da magistratura do Ministério Público italiano, Giovane Falcone e Paolo Borselino, foram chacinados pela Cosa Nostra, nos massacres de Via Capaci e Via d'Amelio. Os atentados fatais

No ensinamento de Vladimir Aras, a Convenção de Palermo possui dispositivos de seis categorias, merecendo destaque as *normas de criminalização, jurisdição penal e responsabilização*, que expressam mandados de criminalização a serem implementados por leis internas dos Estados Partes, e as *normas sobre meios especiais de obtenção de prova e medidas de proteção a vítimas, testemunhas, peritos e réus colaboradores,* estando entre as primeiras a operação de infiltração policial.[30]

Antes mesmo da Convenção de Palermo, o legislador nacional editou a Lei n. 9.034/1995, que dispôs sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas e previu, pela primeira vez, a infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilha ou bando.

Todavia, o dispositivo que tratava sobre a infiltração acabou sendo vetado pelo Presidente da República,[31] por permitir a realização da medida independentemente de prévia autorização do Poder Judiciário e por afastar a antijuridicidade de condutas delitivas eventualmente praticadas pelo infiltrado.

Somente em abril de 2001, através da Lei n. 10.217, a "infiltração por *agentes de polícia ou de inteligência*, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial", voltou a constar do texto da Lei n. 9.034/1995. Essa alteração, todavia, não tratou do procedimento para implementação da medida.

A seu turno, a Lei n. 10.409/2002 permitiu a infiltração, apenas de *policiais,* em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no contexto do *tráfico de drogas*, mediante autorização judicial e ouvido o representante do Ministério Público.

A atual Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), que revogou as Leis n. 6.368/1976 e n. 10.409/2002, manteve essa técnica especial de investigação, mas também não estabeleceu os parâmetros para seu procedimento.

---

foram uma represália dessa organização criminosa ao chamado *Pool Antimafia*, que levou à prisão dezenas de *mafiosi*, inclusive o *boss* Salvatore Riina". Disponível em: https://vladimiraras.blog/2020/05/16/a-convencao-de-palermo-contra-o-crime-organizado/. Acesso em: abr. 2020.

30 *Cf.* https://vladimiraras.blog/2020/05/16/a-convencao-de-palermo-contra-o-crime-organizado/.

31 *Cf.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9034-1995.pdf.

Para pôr fim à polêmica acerca da ausência de disciplinamento quanto à metodologia para a utilização da infiltração, sobreveio a edição da Lei n. 12.850/2013, Lei de Organizações Criminosas, que revogou a Lei n. 9.034/1995.

Com efeito, a Lei n. 12.850/2013 definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, regulando, finalmente, a operacionalização da infiltração, através da fixação de seus requisitos, prazo de duração, legitimidade para requerimento, entre outros detalhes.

Ampliando as espécies de infiltração, foi acrescida à Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), pela Lei n. 13.441/2017, a possibilidade de infiltração de agentes de polícia na internet, com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. Dessa feita, o legislador tomou o cuidado de regular seu procedimento (arts. 190-A a 190-E do ECA).

Recentemente, a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) promoveu alterações na LCO, para também possibilitar a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais na internet (art. 10-A).

A festejada Lei n. 12.964/2019 também inseriu na Lei n. 9.613/1998 (Lei da Lavagem de Capitais) a previsão de utilização da infiltração.

> A despeito do silêncio do art. 1º, § 6º, da Lei n. 9.613/98, incluído pelo Pacote Anticrime, o ideal é concluir que o procedimento probatório a ser utilizado, para fins de infiltração de agentes, é aquele previsto na Lei das Organizações Criminosas (arts. 10 a 14). Afinal, o único diploma normativo a tratar do referido procedimento probatório é a Lei n. 12.850/2013.[32]

A legislação em vigor representa um avanço no emprego de técnicas investigativas imprescindíveis ao combate eficaz do crime organizado, dadas as práticas delitivas cada vez mais sofisticadas e diversificadas.

Deve-se notar que,

> à luz do princípio da proporcionalidade, a periculosidade social inerente às organizações criminosas acaba justificando o emprego de procedimentos investigatórios mais invasivos, sem os quais os órgãos estatais não seriam capazes de localizar fontes de prova e coligir elementos de informação necessários para a persecução penal.[33]

32 LIMA, 2020a, p. 688.

33 LIMA, 2020a, p. 840.

Isso porque

> é impensável cogitar a possibilidade de utilização exclusiva dos tradicionais métodos de investigação (p. ex.: requisição de documentos, oitiva de testemunhas, busca e apreensão etc.) para o desvendar de uma organização criminosa. Somente com a adoção de técnicas especiais de investigação é possível, assim mesmo com dificuldade, revelar-se em minúcias o foco e o modo de atuação da criminalidade organizada, bem como a identidade dos seus membros.[34]

4 · REQUISITOS PARA A INFILTRAÇÃO DE AGENTES

Conforme prevê a Lei n. 12.850/2013, a infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial. Essa disposição atende ao comando constitucional de fundamentação de todas as decisões judiciais.

Assim, diante de representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público, ou de requerimento deste órgão, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, deve o juiz competente verificar a satisfação dos pressupostos legais, fundamentando sua decisão.

Ao autorizar a medida, cabe ao magistrado fixar o prazo e estabelecer seus limites, inclusive autorizando o policial infiltrado a utilizar outros meios de obtenção de prova, como o recolhimento de documentos e a gravação ambiental. Ora,

> fosse o agente infiltrado obrigado a buscar autorização judicial para cada situação vivenciada durante a execução da operação, haveria evidente prejuízo à eficácia desse procedimento investigatório, além de colocar em risco a própria segurança do policial.[35]

É o § 2º do art. 10 da Lei n. 12.850/2013 que fixa os requisitos para a infiltração, quais sejam, os indícios da infração penal de que trata o art. 1º e a impossibilidade de a prova ser produzida por outros meios disponíveis, ou seja,

> encontramos duas condicionantes para o deferimento da infiltração policial: pela primeira (fragmentariedade), exige-se a existência de indícios do crime de organização criminosa; pela segunda

34 MASSON; MARÇAL, 2020, p. 152.

35 LIMA, 2020a, p. 843.

> (subsidiariedade), impõe-se que a prova não possa ser produzida por outros meios disponíveis.[36]

Conforme o requisito previsto na primeira parte do referido dispositivo, a medida será admitida se existentes os indícios do crime acerca do qual se busca alcançar as provas, cabendo ao juiz analisar, portanto, a presença do *fumus commissi delicti*. A norma não exige indícios de autoria, em face da "complexidade dos crimes decorrentes de organizações criminosas, geralmente praticados por agentes residentes em estados e/ou países diversos, o que acaba dificultando a identificação de todos os integrantes".[37]

Ao dispor sobre a infiltração virtual pela internet, o art. 10-A dispõe sobre a indicação dos nomes ou apelidos dos investigados e, quando possível, dos dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas.

Quanto ao requisito inserto na segunda parte do art. 10, § 2º, deparamo-nos com o caráter excepcional da medida, a impor que o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia demonstre sua adequação e imprescindibilidade para a colheita da prova, cujo alcance não pode ser atingido por outro meio eficaz.

Como se vê, trata-se de meio extraordinário de obtenção de prova, que deve ser utilizado tão somente em casos de absoluta necessidade, funcionando a infiltração de agentes como medida subsidiária, de *ultima ratio,* entre os recursos de que dispõem os investigadores para descortinar a atuação da organização criminosa.

Esses também são requisitos para a infiltração virtual na internet, incluída no ECA pela Lei n. 13.441/2017 e inserida na Lei dos Crimes Organizados pela lei denominada Pacote Anticrime.

5 · ESPÉCIES DE INFILTRAÇÃO DE AGENTES

No ensinamento de Cleber Masson e Vinícius Marçal, citando classificação encontrada na doutrina norte-americana, as operações de infiltração se classificam em dois grandes grupos, conforme o tempo de duração da medida:

> a) *Light cover*: são infiltrações mais brandas que não duram mais de seis meses, não necessitam de imersão contínua e permanente, exigem

36 MASSON; MARÇAL, 2020, p. 425.

37 LIMA, 2020a, p. 843.

> menos planejamento, não exigem mudança de identidade ou perda de contato significativo com a família e às vezes se constituem em único encontro para recolhimento de informações.
>
> b) *Deep cover*: têm duração superior a seis meses e reclamam do agente imersão profunda no seio da organização criminosa, utilização de identidade falsa, perda de contato significativo com a família. Justamente por isso são mais perigosas e penosas do ponto de vista logístico.[38]

Na mesma linha, igualmente fundado na doutrina norte-americana, Renato Brasileiro de Lima acrescenta às espécies de infiltração a *preventiva* e a *repressiva*, conforme o grau de envolvimento do agente infiltrado:

> a) *infiltração preventiva*: o agente apenas se infiltra para acompanhar o que acontece, sem adotar nenhuma postura ativa, com a finalidade precípua de intervir no momento da ação policial global que for intentada para o desmantelamento da organização;
>
> b) *infiltração repressiva*: o agente atua efetivamente na organização, cometendo condutas ilícitas inerentes à organização de que momentaneamente faz parte.[39]

Finalmente, podemos também classificar a infiltração em *presencial (ou física)* e *virtual*.

É que as alterações promovidas pela Lei n. 13.441/2017 no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) na Lei de Organizações Criminosas, estabeleceram a admissão de agentes de polícia infiltrados virtuais na *internet*.

> Enquanto a infiltração prevista na Lei de Drogas e no art. 10 da Lei das Organizações Criminosas tem natureza presencial (física), aquela introduzida no art. 190-A do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 10-A da Lei n. 12.850/13 funciona como espécie de infiltração virtual (cibernética ou eletrônica).[40]

6 · AGENTE INFILTRADO VIRTUAL

O uso da tecnologia tem revolucionado a vida das pessoas nos mais variados setores, da Educação ao entretenimento, relações comerciais,

38 MASSON; MARÇAL, 2020, p. 432.

39 LIMA, 2020a, p. 845.

40 LIMA, 2020a, p. 845.

de trabalho e pessoais, prestação de serviços públicos, desenvolvimento da Ciência, entre tantos outros.

Ocorre que, à medida que mais se utiliza a tecnologia, com um número incalculável de troca de informações particulares, mais se evidencia a fragilidade do ambiente virtual e a necessidade de se investir em segurança para coibir a prática crescente de crimes de natureza patrimonial (constitui grande parte), contra a honra, de preconceito ou cometidos por organizações criminosas.

Isso se dá porque a internet permite o tráfego de dados em âmbito global, oferecendo ferramentas que impedem o rastreamento dos usuários da rede e asseguram o anonimato.[41]

Exatamente em razão desse ambiente obscuro, quase impenetrável, conhecido como *Deep Web* (compreende a parte da rede cujo conteúdo não está disponível ou indexado nos principais mecanismos de pesquisa – Google, Bing, Yahoo –, sendo formada por milhões de páginas, com dimensão inimaginável e com crescimento similar ao da Internet Visível)[42] e *Dark Web* (rede mais privativa e anônima da *Deep Web)*, a internet também se tornou atrativa para a consecução de crimes que envolvem o abuso sexual infantil.

---

41 Para se ter ideia da complexidade de um dos mecanismos utilizados para assegurar o anonimato na rede, oferecido pelo *onion routing* (TOR):

"A mensagem original é criptografada e segue para o destino 'através de uma sequência de proxies (roteadores cebola), que reencaminham as mensagens por um caminho imprevisível', passando por ao menos 3 servidores diferentes.

Os milhões de nós disponíveis na Internet são localizados pelo aplicativo TOR aleatoriamente, o que dificulta a espionagem, garante uma conexão privada e não deixa rastro, porque nenhum dos nós sabe da origem ou do destino da solicitação.

A criptografia impede que algum atacante espione o conteúdo da mensagem. Uma das vantagens do *onion routing* é que não é necessário confiar em cada roteador da rede: mesmo que um ou mais equipamentos sejam violados, ainda é possível a comunicação segura, pois cada roteador da TOR aceita as mensagens, recriptografa-as e as transmite para o próximo ponto sem poder modificá-las ou acessar seu conteúdo.

Apenas o primeiro e o último nós da comunicação não são criptografados: todos os nós no meio da cadeia são criptografados e recebem informações apenas do nó imediatamente anterior e encaminham o conteúdo para o nó imediatamente posterior, sem ter conhecimento da verdadeira origem e destino da mensagem." (SHIMABUKURO, Adriana; SILVA, Melissa Garcia Blagitz de Abreu e. Internet, deep web e dark web. *In*: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (org.). *Crimes cibernéticos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018,).

42 SHIMABUKURO; SILVA, 2018, p. 255.

Nesse ponto, importante trabalho vem sendo desenvolvido pela organização independente Internet Watch Foundation (IWF), que trabalha para eliminar imagens e vídeos de abuso sexual infantil, constando de seu Relatório Anual de 2019, que

> quase nove em cada 10 (89%) URLs conhecidos contendo material de abuso sexual infantil estavam hospedados na Europa. Isso se compara a oito em cada 10 (79%) em 2018. Em seguida, vem a América do Norte, que hospedou 9% de todos os URLs de abuso sexual infantil conhecidos em 2019, uma queda de 18% em 2018. A Holanda hospeda 71% do conteúdo de abuso sexual infantil encontrado pela IWF. Isso equivale a 93.962 URLs. Isso representa um aumento em relação a 2018, quando se descobriu que a Holanda hospedava 47% de todo o material conhecido de abuso sexual infantil.[43]

De acordo com indicadores apresentados pela SaferNet,[44]

> em 2020, a SaferNet Brasil recebeu e processou 96.590 denúncias anônimas de Pornografia Infantil envolvendo 45.739 páginas (URLs) distintas (das quais 23.165 foram removidas) escritas em 10 idiomas e hospedadas em 7.586 domínios diferentes, de 156 diferentes TLDs e conectados à internet através de 6.469 números IPs distintos, atribuídos para 60 países em 5 continentes.[45]

Diante desse cenário e do compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil,[46] no sentido de adotar todas as medidas apropriadas para proteger a criança de todas as formas de violência e exploração, inclusive o abuso sexual, sobreveio a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e, em maio de 2017, foi editada a Lei n. 13.447/2017, que acrescentou norma específica ao referido Estatuto, prevendo a possibilidade de infiltração de

---

43 Disponível em: https://www.iwf.org.uk/report/iwf-2019-annual-report-zero-tolerance. Acesso em: 16 fev. 2021.

44 De acordo com o estatuto disponível na página eletrônica da instituição, a SaferNet Brasil é uma associação civil de direito privado, fundada em 2005 e com sede em Salvador/BA, que tem como foco a promoção e a defesa dos direitos humanos na internet no Brasil.

45 Disponível em: https://indicadores.safernet.org.br/index.html. Acesso em: 22 fev. 2021.

46 O Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança em 24.9.1990 (Decreto n. 99.710/1990). Em 14.10.1990 entra em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), inspirado nos princípios e normas da Constituição Federal de 1988 e da Convenção dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

agentes de polícia na internet, com o fim de investigar os crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

Assim, incluída a Seção V-A no Estatuto da Criança e do Adolescente, o art. 190-A vem enumerando taxativamente os crimes a que se destina esse meio especial de obtenção de provas, os quais, por sua vez, estão previstos no próprio ECA (arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D) e no Código Penal (arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B).

Posteriormente, como já mencionado, a previsão de agente infiltrado virtual foi incorporada à Lei n. 12.850/2013, dada a capacidade dos grupos criminosos organizados de se articularem e empregarem diferentes ferramentas para acobertar suas ações.

Note-se que, ao optar pela infiltração virtual, as peculiaridades da internet devem ser consideradas. Isso nos leva à conclusão de que, já sendo possível que o agente atue de forma anônima na Rede, a previsão de autorização judicial para a infiltração só pode estar relacionada ao ingresso do policial em redes fechadas.

Com efeito, a autorização judicial e a dissimulação do agente policial são imprescindíveis para ingresso em ambientes restritos, onde um grupo seleto de pessoas compartilha entre si materiais de natureza sexual que envolvem crianças e adolescentes ou utiliza esse meio como fórum para planejamento de outros delitos, ordens para ações violentas e orientações para a prática dos crimes.

Vista por esse ângulo, a infiltração de agentes de polícia na internet se mostra um recurso imprescindível, inexistindo outro meio capaz de identificar os autores e obter elementos acerca da materialidade dos delitos.

No caso de abuso sexual infantil, é possível que os grupos fechados exijam a troca de imagens ou vídeos contendo cenas de abuso sexual contra crianças e adolescentes. Nesse caso, o agente infiltrado deve tomar o cuidado de utilizar arquivos que já estejam disponíveis na Rede, a fim de não ultrapassar os limites de sua missão.

Além disso, deparando-se com situação em que a produção das imagens esteja acontecendo em tempo real ou prestes a se desenrolar, deve o agente comunicar imediatamente o membro do Ministério Público ou a autoridade policial, de forma que possam retirar a criança ou adolescente da situação de perigo e constrangimento, sem, contudo, comprometer o andamento da investigação.

7 · PROCEDIMENTO DA INFILTRAÇÃO

O infiltrado deve ser inserido de maneira a não levantar suspeitas no seio da organização criminosa, passando a atuar como se um dos seus integrantes fosse. Dentro da estrutura do tipo previsto no art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013, deve o agente público exercer a sua atividade inserido na divisão de tarefas postas pelo grupo, ou seja, deve exercer o papel que lhe foi atribuído no âmbito da organização criminosa.

Para a regular inserção do agente, faz-se necessária prévia, circunstanciada, fundamentada e sigilosa autorização judicial, isto é, esse meio de obtenção de prova está submetido à cláusula de reserva de jurisdição, contando sempre com a participação do Ministério Público, seja para requerer a infiltração, seja para exarar manifestação quando o requerente é a autoridade policial.

A Lei de Organizações Criminosas indicou um prazo a ser considerado quando da infiltração física[47] de agentes e outro no tocante à infiltração virtual.[48] No primeiro caso há o limite temporal de até 6 meses, podendo ser renovado em caso de necessidade. Por sua vez, a infiltração virtual de agentes possui prazo máximo de duração. Ela pode ser autorizada por até seis meses, renovada através de decisão judicial, podendo perfazer, no máximo, 720 dias. Convém ressaltar que esse último prazo também é adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 190-A, III, da Lei n. 8.096/1990).

---

47 "Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites. [...]

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade."

48 "Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do *caput* do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) [...]

§ 4º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, mediante ordem judicial fundamentada e desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja comprovada sua necessidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)."

Após o término[49] dos trabalhos, deverá a polícia apresentar relatório circunstanciado de toda a atividade desenvolvida, o que será, imediatamente, comunicado ao Ministério Público. O relato não deve ser mera formalidade, havendo consequências quanto a sua não apresentação.

Isso se deve basicamente a dois motivos. O primeiro é que o agente infiltrado recebe uma autorização do Estado para que possa ingressar em organização criminosa e realizar outras atividades que possam ser consideradas criminosas. Dessa forma, o Estado deve estar ciente dos fatos praticados e realizar o controle dos atos do agente. Em segundo lugar, a apresentação do relatório cuida de um instrumento de controle dos atos pelo magistrado e pelo Ministério Público, sendo esse último responsável pelo controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CF/88).

Também é possível se falar que a produção do relatório é indispensável para subsidiar a atuação ministerial, pois cabe ao membro do Ministério Público apreciar os elementos de investigação colhidos na infiltração para corrigir eventuais irregularidades e formar sua *opinio delicti*.

Outrossim, havendo desrespeito ao previsto na Lei n. 12.850/2013 sobre a infiltração virtual de agentes, a prova dela obtida será considerada nula, podendo ser aplicada essa disposição também para a infiltração física de agentes.

8 · VALOR PROBATÓRIO DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES

Antes de se discutir se é possível valorar como prova o testemunho do agente infiltrado, é necessário esclarecer no âmbito da teoria geral da prova onde se localiza a infiltração de agentes. Para isso, é preciso compreender o que é fonte de prova, meio de prova e meio de obtenção de prova. Segundo Renato Brasileiro de Lima,[50]

> A expressão fonte de prova é utilizada para designar as pessoas ou coisas das quais se consegue a prova, daí resultando a classificação em fontes pessoais (ofendido, peritos, acusado, testemunhas) e fontes reais (documentos, em sentido amplo). Cometido o fato delituoso, tudo aquilo que

49 O relatório poderá também ser apresentado parcialmente, a qualquer tempo, através de determinação do delegado de polícia, de requisição do Ministério Público ou do magistrado que autorizou a infiltração. Embora essa previsão esteja na infiltração virtual de agentes, nada impede que seja utilizada também na infiltração física.

50 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 661-662.

> possa servir para esclarecer alguém acerca da existência desse fato pode ser conceituado como fonte de prova. [...]
>
> Por sua vez, meios de prova são os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Dizem respeito, portanto, a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, cujo objetivo precípuo é a fixação de dados probatórios no processo. [...]
>
> Por fim, os meios de investigação da prova (ou de obtenção da prova) referem-se a certos procedimentos (em regra, extraprocessuais) regulados por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários que não o juiz (*v.g.*, policiais). No Código de Processo Penal, apesar de inserida entre os meios de prova, a busca pessoal ou domiciliar deve ser compreendida como meio de investigação, haja vista que seu objetivo não é a obtenção de elementos de prova, mas sim de fontes materiais de prova.

Dentro dessa ótica, vislumbra-se que a infiltração de agentes se encaixa como um meio de obtenção de prova, sendo uma técnica especial de investigação,[51] visando a obtenção das mais diversas fontes de prova para que seja formada a convicção do membro do Ministério Público. Mas não é só isso.

O relato do agente infiltrado durante a instrução processual é revestido de eficácia probatória, constituindo verdadeira prova testemunhal. Isso porque a testemunha é toda e qualquer pessoa que seja capaz de depor sobre fato perceptível por seus sentidos e que possua vinculação com o fato criminoso objeto de apuração. Assim, a testemunha de um fato (que no caso é o agente público) é a fonte de prova, ao passo que suas declarações prestadas sob o crivo do contraditório são o meio de prova. Veja que a própria Lei n. 12.850/2013 trata o infiltrado como testemunha ao prever que ele poderá se valer das medidas de proteção a testemunhas dispostas na Lei n. 9.807/1999 (art. 14, II, da Lei n. 12.850/2013).

Merece debate a situação que envolve o depoimento do infiltrado. Isso porque, em regra, o acusado possui o direito de conhecer quem são as testemunhas de acusação, em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa.[52] Entretanto, nas organizações criminosas costuma

---

51 Art. 3º, VII, da Lei n. 12.850/2013.

52 Art. 214, CPP: "Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208".

funcionar a lei do silêncio (*omertà*) entre os seus integrantes, na qual será severamente castigado aquele que romper com o código do grupo criminoso auxiliando as autoridades na revelação da estrutura da organização.

Ciente disso, a própria legislação traz mecanismos para proteger o agente ao prever que este terá as mesmas medidas de proteção das testemunhas[53] e estas, por sua vez, podem ser beneficiadas com a preservação[54] da sua identidade, imagem e dados pessoais, a depender do caso concreto, trazendo a figura da "testemunha sem rosto", o que, inclusive, já encontra amparo jurisprudencial.[55] Com o escopo de harmonizar a proteção à integridade física do agente infiltrado e o princípio do contraditório e da ampla defesa, mostra-se razoável ao magistrado autorizar que o agente atuante com identidade fictícia preste depoimento sob essa identidade, fazendo um juízo de ponderação, portanto, dos direitos que estão em jogo.

---

53 Art. 14, II, da Lei n. 12.850/2013: "São direitos do agente: [...] II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas".

54 Art. 7º, IV, da Lei n. 9.807/1999: "Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso: [...] IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais".

55 "HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. NULIDADE DO INTERROGATÓRIO. SIGILO NA QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA. PROGRAMA DE PROTEÇÃO À TESTEMUNHA. PROVIMENTO N. 32/2000 DA CORREGEDORIA DO HC 124614 MC / SP TRIBUNAL DE JUSTIÇA PAULISTA. ACESSO RESTRITO À INFORMAÇÃO. NULIDADE INEXISTENTE. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATO EM HABEAS CORPUS. ORDEM DENEGADA. 1. Não se comprova, nos autos, a presença de constrangimento ilegal a ferir direito dos Pacientes, nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de 'habeas corpus'. 2. Não há falar em nulidade da prova ou do processo-crime devido ao sigilo das informações sobre a qualificação de uma das testemunhas arroladas na denúncia, notadamente quando a ação penal omite o nome de uma testemunha presencial dos crimes que, temendo represálias, foi protegida pelo sigilo, tendo sua qualificação anotada fora dos autos, com acesso exclusivo ao magistrado, à acusação e à defesa. Precedentes. 3. O 'habeas corpus' não é instrumento processual adequado para análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e também para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento. Precedentes. 4. Ordem denegada." (HC 112.811/SP, rel. min. Cármen Lúcia – grifei). Embora respeitosamente dissentindo dessa diretriz jurisprudencial, devo ajustar o meu entendimento a essa orientação, em respeito ao princípio da colegialidade, motivo pelo qual, em atenção à posição dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, indefiro o pedido de medida liminar, sem prejuízo, contudo, de ulterior reapreciação da matéria quando do julgamento final do presente 'writ' constitucional."

Ultrapassada a questão da admissibilidade do depoimento do agente, adentra-se agora no valor probatório das suas declarações. É cediço que o ordenamento jurídico brasileiro adotou, como regra, o sistema da persuasão racional do juiz,[56] segundo o qual o juiz possui ampla liberdade ao valorar a prova, que tem abstratamente o mesmo valor, de maneira que, obrigatoriamente, deve fundamentar sua decisão.

Embora, como dito acima, o agente infiltrado possa prestar testemunho em juízo, parte da doutrina entende que o seu valor probatório, em comparação às demais provas, será reduzido, devendo seu depoimento ser corroborado com outros elementos de prova, semelhantemente ao que ocorre nos casos de colaboração premiada.[57] No direito comparado, a doutrina portuguesa[58] ensina:

> Tendo consciência de que as declarações das testemunhas anónimas configuram um material probatório de qualidade inferior, o legislador definiu no art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 93/99 que a decisão condenatória não se poderá fundar exclusivamente ou de modo decisivo, no depoimento de testemunhas anónimas. Afasta-se, portanto, o princípio da livre apreciação da prova, uma vez que o juiz não pode fundar a sua convicção no que toca àquelas declarações apenas nessas mesmas declarações. Estabeleceu-se uma exigência de corroboração quanto a estes depoimentos. Assim, para se fundamentar uma decisão de condenação, nestes casos não bastará o depoimento do agente, será preciso ter outros meios de prova que o sustentem.

Em suma, é plenamente compatível com o sistema criminal a oitiva do agente infiltrado como testemunha, não sendo suficiente a sua narrativa para justificar um juízo de condenação, devendo suas declarações serem corroboradas por outros elementos de prova.

---

56 Os outros dois sistemas de valoração da prova são: I) íntima convicção, no qual o juiz é livre para valorar as provas, não precisando fundamentar o seu convencimento; II) sistema da verdade legal ou tarifário, no qual os meios de prova têm valor fixado em abstrato pelo legislador, cabendo ao juiz calcular matematicamente o valor das provas.

57 Nesse sentido, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que o depoimento do réu colaborador, sem outras provas que minimamente corroborem com sua narrativa, não pode conduzir à condenação, também não sendo suficiente para autorizar a instauração de ação penal (STF, 2ª Turma, Inq. 3994/DF, rel. para acórdão min. Dias Toffoli).

58 BELEZA, Tereza Pizzaro; PINTO, Frederico Costa (coord.). *Prova criminal e direito de defesa:* estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coimbra: Almedina, 2010. p. 157-158.

9 · CAUSA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE: INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. LIMITES À ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO

As cortes internacionais de direitos humanos possuem diversos precedentes no sentido que as autoridades de âmbito nacional detêm a obrigação de realizar uma persecução penal eficaz para responsabilizar os autores de ilícitos penais, consoante explica Douglas Fischer no seu livro *As Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*:[59]

> As obrigações processuais penais positivas podem ser caracterizadas como um dever imposto aos Estados Partes de conduzir procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a assegurar o acertamento dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais autores, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos que estipulam a salvaguarda dos direitos fundamentais envolvidos nas práticas ilícitas.

Percebe-se, de plano, que essa obrigação é decorrente da faceta da proibição da proteção insuficiente, sendo este o sentido positivo do princípio da proporcionalidade, segundo o qual este critério não pode ser utilizado apenas para controle das restrições a direitos, mas também para controle da promoção a direitos.

Do outro lado da balança se encontram os bens jurídicos tutelados pelo direito penal, a exemplo da vida, da honra e do patrimônio. Partindo dos valores constitucionais que estão em jogo, a doutrina[60] possui intenso

59 FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 85.

60 Cleber Masson e Vinícius Marçal sintetizam bem as cinco correntes doutrinárias acerca do tema. A primeira corrente preconiza que o agente agiria sob o manto de uma escusa absolutória, já que não seria razoável admitir sua responsabilidade penal por razões de política criminal, sendo esta ideia adotada em Portugal, na Argentina e na Espanha. Na segunda corrente, defendida por Denilson Feitoza, o agente infiltrado agirá protegido pelo estrito cumprimento do dever legal de descobrir a atividade criminosa realizada pela organização, sendo, portanto, causa excludente da ilicitude. A terceira corrente, capitaneada por Damásio de Jesus, entende que haveria atipicidade penal pelo risco permitido (teoria da imputação objetiva), já que a infiltração é permitida pelo Estado e precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização do Juiz-Estado. A quarta corrente é trazida por Eduardo Luiz Santos Cabette, que entende que as atividades desenvolvidas pelo agente infiltrado estão

debate na hipótese em que o agente infiltrado vier a cometer crimes no transcorrer da sua atividade investigativa.[61] Contudo, a própria Lei n. 12.850/2013, no seu art. 13, parágrafo único,[62] já trouxe previsão reconhecendo que o agente infiltrado que vier a praticar infrações penais agirá abarcado por uma causa de exclusão da culpabilidade, qual seja a inexigibilidade de conduta diversa.

No nosso sentir, a análise do caso concreto pode afastar a aplicação do dispositivo retromencionado, devendo a responsabilização criminal do agente ser rechaçada por outro motivo, senão vejamos.

A atuação do Estado deve ser sempre balizada pelo princípio da proporcionalidade, e esse mandamento de otimização tem por finalidade a contenção do arbítrio estatal, provendo critérios para o controle de medidas restritivas de direitos fundamentais. Esse princípio, por sua vez, divide-se em três subprincípios: a adequação, sendo esta a pertinência/idoneidade do ato para atingir os objetivos perquiridos, exigindo-se que os fins perseguidos sejam legítimos, bem como os meios que sejam empregados sejam aptos a atingir esses fins; a necessidade, que impõe a utilização do meio menos gravoso para solucionar o caso; a proporcionalidade em sentido estrito, traduzida na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, isto é, a restrição ao bem jurídico imposta pela medida estatal deve ser compensada pela promoção do interesse contraposto.

Partindo desse prisma, devem ser analisados, sob o viés da proporcionalidade, a intensidade e o peso dos bens jurídicos que poderão ser afetados pela atuação do agente infiltrado. Dessa forma, quando o agente tiver que cometer, por exemplo, crimes contra o patrimônio ou contra a

---

abarcadas pela proporcionalidade, sendo permitidas e incentivadas pela legislação, configurando a denominada atipicidade conglobante, apta a afastar a tipicidade da conduta. A quinta corrente, que é a adotada pela Lei de Organizações Criminosas, indica que, de acordo com Cássio Roberto Conserino, se o agente infiltrado realizar alguma infração penal, estará agindo sob o manto da inexigibilidade de conduta diversa, que é uma causa de exclusão da culpabilidade, uma vez que, se não agisse, a finalidade da infiltração restaria prejudicada. (MASSON; MARÇAL, 2020, p. 444-445).

61 Exigir que o Estado viesse a punir o agente que cometesse crimes ao desenvolver sua atividade de infiltração seria um comportamento contraditório por parte do Estado (princípio da vedação ao comportamento contraditório ou *venire contra factum proprium*).

62 "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."

honra, deve ser preservada a eficácia da investigação criminal, incidindo a figura da inexigibilidade de conduta diversa.

Ocorre que em muitas estruturas criminosas costuma-se aplicar o teste de lealdade aos seus integrantes, que serve para demonstrar não só sua confiança perante o grupo para o papel que desempenhará, como também que não se trata de um *undercover agent*. Assim, os novos integrantes podem ser obrigados a praticar, por exemplo, crime de homicídio para demonstrar a sua confiabilidade. No caso da máfia siciliana *Cosa Nostra*, vigora a *omertà*, que é um código de silêncio que demonstra a lealdade ao grupo, podendo morrer não somente aquele que o quebra, como a sua família inteira. Existe risco, portanto, não só para a vida da vítima, como também para a do próprio agente infiltrado e de seus familiares.

Sendo assim, se de um lado da balança estiver a obrigação estatal de investigar e punir crimes e do outro estiverem infrações penais que atinjam a vida da vítima ou gravemente a sua integridade física, caberá ao agente infiltrado, se possível, sustar a sua atuação.

Em não sendo possível, o agente praticará fato típico, acarretando indícios de ilicitude, nos termos da teoria da indiciariedade ou *ratio cognoscendi*, defendida por Max Ernst Mayer e aceita majoritariamente pela doutrina. Há, portanto, uma conduta típica não justificada, espelhando a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. Todavia, incidirá nesse caso uma causa legal e genérica de exclusão da ilicitude, qual seja o estado de necessidade.[63]

Vislumbra-se nessa hipótese que estão presentes todos os requisitos dessa causa exclusão de ilicitude, que são: perigo atual; perigo não provocado voluntariamente pelo agente; ameaça a direito próprio ou alheio; ausência do dever legal de enfrentar o perigo; inevitabilidade do perigo por outro modo; proporcionalidade. Exigir que o agente procedesse de outra forma não sobreviveria aos elementos da proporcionalidade, tendo em vista que os fins não seriam legítimos (necessidade), o meio não seria apto a atingir a finalidade proposta (adequação), e o ônus trazido seria maior do que o benefício pretendido com a infiltração (proporcionalidade em sentido estrito).

Compreende-se que nessa situação específica haverá conflito de valores iguais, devendo o estado de necessidade justificante excluir a ilicitude

63 "Art. 24, CP – Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se."

quando o bem jurídico preservado possuir o mesmo valor do bem jurídico sacrificado (teoria unitária).[64]

No direito português há manifestação da doutrina na mesma direção. Questiona Isabel Oneto:[65]

> Estará então excluída a possibilidade de o agente infiltrado cometer um crime de homicídio quando, no seio do grupo criminoso, corre o perigo iminente de ser descoberto por um dos seus elementos, tendo, para o evitar de cometer tal crime?.

Entendendo pela incidência do estado de necessidade, a autora traz a seguinte solução:

> Neste caso, supomos que o conflito de valores cai fora do âmbito da ponderação entre o bem jurídico sacrificado e a finalidade da operação encoberta, para ser dirimida no âmbito do estado de necessidade desculpante (artigo 35.º do CP) se as circunstâncias em causa reunirem os pressupostos dessa causa de exclusão da culpa.

Verifica-se, portanto, que o caso concreto poderá trazer hipótese na qual será afastada a causa de exclusão da culpabilidade, tendo em vista que a conduta do agente sequer ultrapassará o segundo substrato do crime, dada a existência de uma causa de justificação.

10 · MECANISMOS DE PROTEÇÃO E DIREITOS DO AGENTE INFILTRADO

A técnica de infiltração não pode ser utilizada deixando de lado a pessoa física que ingressará de forma simulada dentro da estrutura criminosa. Visando salvaguardar a atuação do agente estatal, a legislação

64 A doutrina costuma apresentar duas teorias para tratar da incidência do estado de necessidade ao caso concreto. A teoria unitária, adotada pelo Código Penal, sustenta que o estado de necessidade somente poderá ser admitido como causa excludente da ilicitude, surgindo quando o bem jurídico preservado possui valor igual ou superior ao bem jurídico sacrificado. Já a teoria diferenciadora, adotada pelo Código Penal Militar, divide o estado de necessidade em justificante, quando o bem jurídico sacrificado é de valor igual ou menor que o bem jurídico preservado, e o exculpante, quando o bem jurídico sacrificado é de valor superior ao bem jurídico preservado. Enquanto no estado de necessidade justificante haveria a exclusão da ilicitude, no estado de necessidade exculpante haveria uma causa de exclusão da culpabilidade, que seria a inexigibilidade de conduta diversa.

65 ONETO, 2005, p. 183-184.

estabeleceu mecanismos de proteção para tutelar a intimidade e a integridade física do infiltrado. Em primeiro lugar, são aplicáveis aos envolvidos nessa técnica especial de investigação as medidas de proteção a testemunhas previstas na Lei n. 9.807/1999.

Além disso, o agente infiltrado terá o direito de recusar-se a ingressar no seio da organização criminosa, bem como fazer cessar, a qualquer tempo, a infiltração. Deve ser observado, também, que a investigação deve ser realizada de forma sigilosa,[66] preservando a identidade do agente e o sucesso da persecução penal. Registre-se que somente o membro do Ministério Público, o magistrado e a autoridade policial poderão ter acesso aos dados do andamento da investigação.

Outros meios que são corriqueiramente utilizados para preservar a vida do encoberto são o uso de identidade falsa, a preparação adequada para penetrar na organização, a supervisão constante do Ministério Público e da autoridade policial para prevenção de riscos e a possibilidade do testemunho oculto.

11 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos anos, no enfrentamento aos crimes comuns, os órgãos voltados para a persecução penal valiam-se de meios ordinários para investigar aqueles que praticavam infrações penais. Com o desenvolvimento do crime organizado e a maior profissionalização dos criminosos, mostrou-se necessário criar diversas técnicas especiais de investigação com a finalidade do combate à macrocriminalidade, a exemplo da infiltração de agentes.

Assinale-se que o Brasil se comprometeu, em diversos instrumentos legislativos internacionais, a combater o crime organizado, devendo se valer dos meios legais que se tem à disposição para alcançar essa finalidade, gerando uma obrigação processual penal positiva para o Estado brasileiro.

Para o melhor enquadramento do agente infiltrado no ordenamento jurídico brasileiro, devem ser estabelecidos, previamente, a sua admissibilidade e os limites da sua atuação, sendo tais respostas trazidas no

66 A Lei n. 12.850/2013 trouxe, no seu rol de crimes em espécie, tipo penal que prevê pena de reclusão para aquele que viola o sigilo dessa técnica especial de investigação. Segue o teor do dispositivo legal:

"Art. 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa".

seu conceito. Outrossim, mostra-se indispensável diferenciá-lo de outras figuras, tais como o informante e o agente provocador, sobretudo no tocante à necessidade (ou não) de prévia decisão judicial para o uso desse meio, bem como o prazo para sua utilização.

Tem sido cada vez mais adotada a infiltração de agente para que o Estado possa ingressar na organização criminosa e buscar a sua inteira desarticulação. Para garantir maior segurança jurídica, a legislação brasileira criou um microssistema voltado para a sua atividade e para sua proteção. É salutar que o Estado garanta a integridade física e psíquica do *undercover agent*, trazendo garantias como a proteção da sua identidade durante o depoimento e a de não punição em casos de necessidade de ter o agente que cometer ilícitos criminais.

Conquanto a legislação brasileira já tenha avançado bastante no tratamento desse meio de obtenção de provas, dada a repercussão que essa medida tem nos direitos e garantias fundamentais, bem como nas garantias do processo penal, é indispensável o aprofundamento na sua análise, especialmente para se discutir o valor probatório dos elementos coletados ao longo da infiltração e do depoimento do agente.

REFERÊNCIAS

BELEZA, Tereza Pizzaro; PINTO, Frederico Costa (coord.). *Prova criminal e direito de defesa*: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coimbra: Almedina, 2010.

BLOG do Professor Wladimir Aras. *A convenção de Palermo contra o crime organizado*. Disponível em: https://vladimiraras.blog/2020/05/16/a-convencao-de-palermo-contra-o-crime-organizado/. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. Agência Brasileira de Inteligência. *A ABIN*. Disponível em: https://www.gov.br/abin/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/a-abin. Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 147.837/RJ. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341214676&ext=.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 112.811/SP. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4216822. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 3994/DF. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4728013. Acesso em: fev. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes; SOUZA, Renee de Ó. A nova figura do agente disfarçado. *In*: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coords.). *Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Coletânea de Artigos, Volume 7. Brasília: Ministério Público Federal - 2ª CCR, 2020.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

INTERNET WATCH FOUNDATION. *Relatório Anual IWF 2019* – Tolerância zero. Disponível em: https://www.iwf.org.uk/report/iwf-2019-annual-report-zero-tolerance. Acesso em: 16 fev. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020a.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal:* volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020b.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. MPF e Polícia Federal buscam provas de desvio de recursos e fraudes na compra de respiradores no Pará. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-e-policia-federal-buscam-provas-de-desvio-de-recursos-e-fraudes-na-compra-de-respiradores-no-para. Acesso em: 21 fev. 2021.

ONETO, Isabel. *O agente infiltrado* – contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

PACHECO, Rafael. *Crime organizado*: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2011.

PONTES, Rafael Araújo de; FRANÇA, Fábio Gomes de. Novo cangaço? Reflexões sobre a lógica criminal dos assaltos a banco no Brasil. Belo Horizonte: *Instituto de Ensino Rogério Greco*, jul. 2020. Disponível em: https://www.rogeriogreco.com.br/post/novo-cangaço. Acesso em: 25 fev. 2021.

SAFERNET BRASIL. Indicadores da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos. Disponível em: https://indicadores.safernet.org.br/index.html. Acesso em: 20 fev. 2021.

SHIMABUKURO, Adriana; SILVA, Melissa Garcia Blagitz de Abreu e. Internet, deep web e dark web. *In*: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (org.). *Crimes cibernéticos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CAPÍTULO 3

QUESTÕES PRÁTICAS DA CAPTAÇÃO AMBIENTAL

Tiago Dias Maia

1 · INTRODUÇÃO

A vida em sociedade exige cada vez mais o sacrifício do direito à privacidade. Com a rápida expansão dos meios de comunicação, as transformações sistemáticas da forma de se lidar com a informação e a popularização de dispositivos eletrônicos de gravação de alta tecnologia, a sociedade contemporânea passa aos indivíduos uma sensação de constante vigilância.

Andar pelas ruas e estabelecimentos comerciais e notar as inúmeras câmeras de monitoramento espalhadas pela cidade faz lembrar a visão de futuro de George Orwell que, ainda no ano de 1948, escreveu a célebre obra *1984*. O livro descreve um regime totalitário em que não há privacidade nem mesmo em relação aos próprios pensamentos, onde o ditador Big Brother tudo pode ver e está sempre observando todas as pessoas e lugares.

O direito à privacidade como é amplamente reconhecido atualmente teve origem no artigo "*The Right to Privacy*", escrito em coautoria pelos advogados Samuel Warren e Louis Brandeis, publicado em 1890 na Harvard Law Review.[67] Talvez por ser um dos direitos mais desafiados pela sociedade da informação, vem ganhando novos contornos decorrentes de reconhecimentos e confrontos.

Muitas dessas confrontações ao direito à privacidade ocorrem no âmbito do processo penal. A investigação criminal tem feito um grande esforço para se reinventar diante da revolução nos meios de comunicação e da sofisticação do *modus operandi* das organizações criminosas. A evolução dos meios de produção de prova nos levou da fase caracterizada por

67 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 134.

Michel Foucault como "controle do corpo", em franca referência à utilização de medidas como a tortura, a uma fase chamada por Francisco Muñoz Conde de "controle da alma", que seria a captação da palavra, da imagem e do som, elementos característicos do núcleo estrito da intimidade e, portanto, da parte espiritual e da personalidade.[68]

Neste contexto, ganham destaque as discussões geradas pela utilização da captação ambiental ou interceptação ambiental como meio de produção de prova. A amplitude de possibilidades em que a técnica pode ser empregada inviabiliza uma ponderação prévia e pormenorizada por parte do legislador. Consequentemente, é passada ao julgador boa parte da responsabilidade de, em cada caso concreto, diluir a tensão entre o dever estatal de investigar crimes efetivamente e o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O presente trabalho busca contribuir para a realização desta delicada tarefa, tendo por base não só a legislação e jurisprudência nacionais, mas também absorvendo o conhecimento obtido através da experiência de outros países, buscando fixar parâmetros seguros para a avaliação da licitude e admissibilidade deste tipo de prova no processo penal.

2 · CONCEITO DE CAPTAÇÃO AMBIENTAL

O objeto da captação ambiental, diferentemente da interceptação telefônica, é a comunicação realizada diretamente entre presentes, sem a utilização de mecanismos físicos artificiais como intermediários. Não há no ordenamento jurídico brasileiro um conceito legal de captação ambiental. De início, havia tão somente a previsão da possibilidade de realização de captação ambiental no contexto de investigação de organizações criminosas (Lei n. 12.850/2013), ficando a cargo da doutrina sua definição.

Gustavo Badaró faz importante conceituação prévia de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos. Segundo o jurista, do ponto de vista probatório, "a captação ambiental de sinais acústicos pode ser entendida como captação de sons e conversas", enquanto que a captação de sinais eletromagnéticos

> consiste na captação da frequência e da oscilação com que as ondas eletromagnéticas são emitidas dentro do espectro eletromagnético,

68 CONDE, Francisco Muñoz. Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal. *Lusíada. Direito.* Lisboa, n. 4/5, p. 31/76, 2007. Disponível em: http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/issue/view/39. Acesso em: 15 fev. 2021.

> por um receptor colocado no ambiente em que está a fonte de emissão de tais sinais.

Ainda de acordo com o renomado professor, em relação à captação ambiental de sinais ópticos, o "legislador provavelmente pretendeu disciplinar a captação de imagens, enquanto meio de obtenção de provas, consistente no registro, em fotografia ou vídeo".[69]

O legislador adotou o termo captação ambiental, que engloba as espécies interceptação, escuta e gravação ambiental. A interceptação ambiental ocorre quando um terceiro acessa a comunicação dos interlocutores sem o conhecimento de nenhum deles. Por sua vez, a escuta ambiental também é levada a efeito por um terceiro; porém, neste caso, um dos comunicantes tem conhecimento da monitoração. Enfim, na gravação ambiental não existe terceiro, já que a gravação da comunicação é feita entre um dos interlocutores clandestinamente, isto é, sem o conhecimento dos demais.

3 · PROVA NOMINADA E TÍPICA

A captação ambiental surgiu em nosso ordenamento jurídico na revogada Lei n. 9.034/1995, quando acrescentada pela Lei n. 10.217/2001 a possibilidade de "captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial".[70]

Desde então, o instituto processual é criticado e tem sua constitucionalidade negada por boa parte da doutrina. Isso porque, apesar de previsto expressamente no ordenamento jurídico, a lei não trouxe regras específicas para a produção da prova, o que fez da interceptação ambiental uma prova nominada, porém atípica.

---

69 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal* [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

70 Transcreve-se a literalidade do dispositivo inscrito no inciso IV do artigo do 2º da Lei n. 9.034/1995 – acrescentado pela Lei n. 10.217/2001 – que dispõe, *in verbis*: "Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: [...] IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial". (BRASIL. *Lei 10.217 de 11 de abril de 2001.* Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.)

A principal crítica é a de que a captação ambiental restringe direitos fundamentais e, portanto, deve haver justificação da medida com base em procedimento previsto em lei, que deve prever salvaguardas que garantam a proporcionalidade.[71]

A Lei n. 12.850/2013 não resolveu o problema. Embora tenha mantido em seu texto a previsão da captação ambiental, não trouxe o procedimento aplicável na produção, de modo que se aplicava, por analogia, o procedimento previsto na Lei n. 9.296/1996, que trata da interceptação telefônica.[72]

Não obstante, a captação ambiental vinha sendo largamente empregada em investigações, já que a jurisprudência firmou-se no sentido de sua constitucionalidade. No julgamento do Inquérito n. 2.424/RJ, o Supremo Tribunal Federal entendeu que é constitucional a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos para investigar crimes praticados por organizações criminosas, validando a aplicação analógica da Lei n. 9.296/1996.[73]

Após a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2020, o chamado Pacote Anticrime, a Lei n. 9.296/1996 foi alterada e passou a prever procedimentos e regras específicas para a captação ambiental, bem como emprestaram-se-lhe as regras aplicáveis às interceptações telefônicas. A maior segurança jurídica na aplicação do instituto é elogiável e traz benefícios tanto para investigadores como para investigados.

Todavia, como é típico do Direito, a regulamentação legal não é capaz de prever todas as situações passíveis de aplicação do instituto. Questões relacionadas à forma de implementação da captação ambiental e locais em que é permitido o monitoramento surgem à medida que o direito à privacidade, em conjunto com outros direitos fundamentais, são restringidos. Nesses casos não previstos na

71 ABREU, Jacqueline de S.; SMANIO, Gianluca M. Compatibilizando o uso de tecnologia em investigações com direitos fundamentais: o caso das interceptações ambientais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1449-1482, set./dez. 2019. Disponível em: http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/262. Acesso em: 15 jan. 2021.

72 SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado*: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003. p. 105.

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq. 2.424/DF*. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609608. Acesso em: 5 jan. 2021.

legislação, haverão de ser aplicadas as formas já conhecidas de resolução de colisão de direitos fundamentais.

4 · DIREITOS FUNDAMENTAIS ATINGIDOS

O direito fundamental restringido pela captação ambiental pode variar de acordo com sua forma de implementação. Gustavo Badaró destaca a existência de um direito de liberdade de comunicação de pensamento entre pessoas presentes, diferenciando-o do direito à liberdade de manifestação do pensamento à distância, por meios de comunicação.[74]

O objeto de tutela imediata do inciso XII do *caput* do art. 5º da Constituição da República é a garantia da liberdade de comunicação do pensamento, em conversações telefônicas, sem interferência de terceiros, independentemente de o conteúdo da conversa ser público, privado ou íntimo. Se houver a comunicação de fatos que digam respeito à vida privada e à intimidade dos interlocutores, nesse caso, também ocorrerá a violação dos direitos à intimidade e à vida privada resguardados pelo inciso X do *caput* do art. 5º da Constituição. Portanto, a interceptação ambiental atinge, primariamente, o direito à liberdade de manifestação do pensamento (CR, art. 5º, *caput*, IV), tendo em vista que não há meios em si específicos para assegurar o direito de reserva ou de exclusão de terceiros, nas conversas entre presentes, quando os interlocutores desejam que aquele pensamento manifestado não seja divulgado. Trata-se da *riservatezza,* termo exato utilizado pela doutrina italiana.

Diferentemente da conversa mantida por telefone, por exemplo, a comunicação entre pessoas presentes geralmente não exclui terceiros não destinatários da manifestação de pensamento. A mensagem emitida pela fala ou gesto pode, a princípio, ser entendida por qualquer dos presentes em condições de entendê-la.

Por esta razão, a realização de captação ambiental gera discussões que inexistem no âmbito das interceptações telefônicas. Questões como o local de realização da captação, a forma de instalação das escutas, os alvos da medida e até mesmo o horário da diligência podem suscitar debates calorosos, tendo em vista que podem desafiar simultaneamente diversos direitos fundamentais.

74 BADARÓ, 2020.

5 · GRAVAÇÕES REALIZADAS EM ESPAÇOS PÚBLICOS

Os fatos ocorridos em local público podem ser relatados por terceiro em forma de prova testemunhal. Prevalece na doutrina que não há nem mesmo necessidade de autorização judicial nesse caso, já que, se os interlocutores desejassem privacidade e certeza de que não seriam importunados ou ouvidos, deveriam se recolher a local privado.[75]

Não obstante o entendimento majoritário da doutrina brasileira, o projeto de lei que gerou a Lei n. 13.964/2019 teve rejeitado artigo que dispensava expressamente a necessidade de autorização judicial quando a interceptação ambiental fosse feita em local aberto ao público.

Francisco Muñoz Conde afirma ser necessário distinguir o que seriam as manifestações privadas em espaços públicos. O jurista cita um caso da jurisprudência espanhola em que policiais haviam instalado dispositivos de filmagem em um banheiro público com o objetivo de investigar o tráfico de drogas. O Tribunal Supremo espanhol entendeu que há espaços públicos (como os banheiros públicos) em que se desenvolvem atividades que afetam o núcleo mais estrito da privacidade das pessoas. Assim, ainda que em espaços públicos, esse tipo de manifestação privada só pode ser gravado mediante certas condições e com prévia autorização circunstanciada da autoridade judiciária.[76]

Luiz Francisco Torquato Avolio importa o conceito de *privata dimora* do código penal italiano para designar os locais onde, mesmo havendo acesso ao público, seria legítima a expectativa de privacidade. O código processual penal italiano faz referência aos locais indicados no art. 614 do Códice Penale (*violazione di domicilio*), que tipifica a introdução em habitação alheia ou outro lugar de *privata dimora* ou em suas dependências, ampliando a proteção à privacidade para além de locais previamente definidos.[77]

Em 1967 a Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentou a questão quando do julgamento do caso *Katz* v. *United States*. Na ocasião, agentes do FBI instalaram uma escuta do lado de fora de uma cabine telefônica

---

75 LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime*: comentários à Lei n. 13.964/19. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 443.

76 CONDE, 2007.

77 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

pública e utilizaram as conversas gravadas contra o interlocutor usuário da cabine em julgamento. A Corte entendeu que a Quarta Emenda à Constituição Americana, antes de proteger locais, busca proteger pessoas contra a intromissão indevida estatal na vida privada de seus cidadãos. Assim, ainda que a cabine telefônica estivesse em local público, seus usuários têm a legítima expectativa de que suas conversas não serão ouvidas por terceiros, isto é, sua privacidade será respeitada a despeito de estar visível ao público.[78]

Interessante é que a Corte Americana tinha entendimento diverso. Em 1928, no julgamento do caso *Olmstead* v. *United States*, a Suprema Corte entendeu que a instalação de dispositivos de espionagem em linhas telefônicas havia sido constitucional por não ter ocorrido nenhuma transgressão física, já que as escutas foram instaladas em cabos localizados fora das residências.[79] A demonstração clara de que no caso *Katz* esse entendimento estaria superado foi a declaração do Justice Potter Stwert de que "onde quer que um homem esteja, ele tem o direito de saber que será livre".[80]

A base desse entendimento é a ideia de que o direito à privacidade não protege lugares, mas pessoas. Partindo desta premissa, a expectativa de privacidade em torno do ato captado ganha maior importância do que o caráter público ou privado do local.[81] Portanto, havendo manifestação expressa de expectativa de privacidade em relação ao que for falado, a captação ambiental dependeria de autorização judicial.

Essa conclusão traz dificuldades práticas relevantes. Imagine-se a hipótese em que policiais disfarçados filmam e gravam suspeitos da prática de tráfico de drogas em local público. O comprador da droga se aproxima, momento em que o suposto traficante o chama para um local mais reservado e ambos falam em baixo tom, de forma discreta, tomando o cuidado de esconder as bocas com as mãos para que ninguém possa nem mesmo fazer leitura labial do que é dito por eles. Depreende-se que aquela conversa, muito provavelmente uma negociação de drogas, é

78 U.S. Katz *v.* United States, 389 U.S. 347 (1967), United States Supreme Court. Disponível em: https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/389/347.html. Acesso em: 15 fev. 2021.

79 U.S. Olmstead *v.* United States, 277 U.S. 438 (1928), United States Supreme Court. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/. Acesso em: 12 jan. 2021.

80 Tradução livre de "*wherever a man may be, he is entitled to know that he will be free*".

81 SCHREIBER, 2013, p. 145.

uma conversa reservada e há uma expressa expectativa de privacidade, isto é, o comportamento dos interlocutores manifesta o desejo de que aquela conversa não seja objeto de captação por outras pessoas, mesmo que estejam em local público.

Em razão da insegurança jurídica decorrente desse entendimento, o mais correto é concluir pela desnecessidade de autorização judicial quando a captação ambiental ocorre em local público, independentemente da análise acerca da expectativa do alvo quanto à privacidade de suas comunicações.[82]

Obviamente que a cautela de se requerer autorização judicial prévia é sempre bem-vinda e garante maior segurança jurídica à prova produzida. Todavia, mesmo sem requerimento judicial prévio e sendo a captação realizada em local público ou de acesso público, ressalvadas situações pontuais como as abordadas neste trabalho, a prova será lícita e poderá ser validamente utilizada em processos judiciais.

6 · CAPTAÇÃO AMBIENTAL EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS

A utilização de interceptação ambiental – dentro de delegacias de polícia, estabelecimentos prisionais ou viaturas, de pessoas custodiadas ou chamadas para prestar depoimento – pode confrontar, além do direito à liberdade de manifestação de pensamento, o direito de defesa e garantias de advogados que porventura se comuniquem com seus clientes alvos da captação.

Foi submetida ao Superior Tribunal de Justiça a apreciação da legalidade de instalação de escutas em delegacia de polícia (RHC 75.851/RJ). O caso girava em torno do homicídio do ex-prefeito de Macuco, no Rio de Janeiro, e os suspeitos do crime foram gravados em vídeo e áudio dentro da Delegacia de Homicídios de Niterói. A interceptação ambiental captou, além de outras comunicações, conversas entre os investigados e seus advogados, no exercício da profissão.[83] O caso gerou repercussão

82 Nesse sentido, mostra-se acertado o Enunciado n. 38 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG): "Não é exigida autorização judicial para captação ambiental de que trata este dispositivo na hipótese de ser realizada em local público ou de acesso público".

83 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 75.851/RJ. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601152499&dt_publicacao=25/09/2006. Acesso em: 12 jan. 2021.

principalmente entre a classe dos advogados, que se insurgiu contra a possibilidade de interceptação de conversas entre advogado e cliente, apontando violação das garantias dos advogados.

A mesma discussão ocorreu nos Estados Unidos, após os atentados terroristas de 11 de setembro 2001, quando a *Bureau of Prisons Rule* (BOP) passou a permitir que diretores de estabelecimentos prisionais passassem a monitorar conversas entre presos e seus defensores se houvesse motivo razoável para suspeitar que os advogados estivessem levando mensagens para pessoas fora do presídio que pudessem causar atos violentos ou terroristas. O mais peculiar é que a monitoração seria autorizada pelo ministro da Justiça (*Attorney-General*), isto é, sem autorização judicial. Além disso, tanto o interno quanto o advogado deveriam ser avisados previamente da monitoração. A medida foi severamente criticada por violar direitos constitucionais previstos na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Ainda que, segundo a BOP, tais conversas não possam servir de prova em juízo, a simples monitoração das conversas inibiria a comunicação entre o cliente e seu defensor, trazendo prejuízo ao direito de defesa.[84]

No Brasil, a Constituição da República assegura, além dos direitos à livre manifestação do pensamento e à privacidade, o direito à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV, CR). Considerando-se que a comunicação entre cliente e advogado é meio necessário para o exercício do direito de defesa, a interceptação ambiental de conversas entre advogado-cliente violaria, portanto, mais um direito fundamental. Ademais, os próprios advogados teriam suas garantias profissionais atingidas (art. 7º, inciso III, Lei n. 8.906/1994).

No caso do RHC 75.851/RJ, é importante pontuar que as conversas entre os investigados e seus advogados foram captadas fortuitamente, já que seus clientes eram os alvos da interceptação. Assim, diante da possível violação dos direitos dos advogados e do direito de defesa dos investigados, a juíza de primeira instância mandou extrair dos autos os trechos em que há conversas entre os investigados e seus advogados.

Diferente seria se os advogados fossem os alvos, situação em que nenhuma nulidade haveria caso estivessem os causídicos sendo investigados pela prática de ilícitos sob pretexto de exercerem a honrosa profissão.

---

84 COVER, Avidan Y. A rule unfit for all seasons: monitoring attorney-client communications violates privilege and the Sixth Amendment, *87 Cornell L. Rev.* 1233 (2002). Disponível em: http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol87/iss5/3. Acesso em: 13 jan. 2021.

O Supremo Tribunal Federal, no já mencionado Inquérito n. 2.424/RJ, reconheceu a licitude, autorizada judicialmente, da instalação de dispositivo de captação ambiental no período noturno em escritório de advogado investigado. Prevaleceu o entendimento de que "a garantia da inviolabilidade não serve nos casos em que o próprio advogado é acusado do crime, ou seja, a inviolabilidade (garantida pela Constituição) não pode transformar o escritório em reduto do crime".[85]

Segundo Luís Roberto Barroso, para se evitar ou minimizar o risco de voluntarismos e soluções *ad hoc* em caso de conflito de colisão de direitos fundamentais, a doutrina desenvolveu alguns elementos de segurança: a) as decisões obtidas mediante a técnica de ponderação devem ser fundamentadas em alguma regra constitucional ou fundamental; b) o intérprete deve utilizar um parâmetro que possa ser generalizado a casos equiparáveis; e c) deve-se preservar o núcleo essencial dos direitos em disputa.[86]

Não se pode negar que a instalação de equipamentos de gravação em local destinado à conversa entre advogado e cliente geraria prova absolutamente nula, sob pena de se aniquilar o núcleo essencial do direito de defesa. Mas, além disso, mesmo que a autoridade policial tenha tido o cuidado de não aproximar os dispositivos de gravação de local destinado especificamente à conversa entre advogado e cliente, a conversa fortuitamente gravada também não poderia ser utilizada no processo penal em desfavor do réu.

Esse é claramente um dos casos em que, ainda que a conversa captada ocorra em lugar público, porém em caráter sigiloso, expressamente admitido pelos interlocutores, haverá intromissão indevida no direito de privacidade e, consequentemente, ilicitude da prova produzida.[87] No Brasil a questão ganhou notoriedade quando uma equipe de televisão captou sorrateiramente a conversa entre o advogado e sua cliente em dado momento da entrevista. Ainda que a entrevista tenha sido concedida voluntariamente, ficou claro que a conversa da entrevistada com seu advogado era reservada e, portanto, merecia proteção da lei.

---

85 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 2.424/DF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609608. Acesso em: 5 jan. 2021.

86 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 337.

87 LIMA, 2020, p. 444.

Nesse sentido, a gravação correspondente não foi aceita no processo penal por ser considerada ilícita.[88]

A regulamentação trazida pela Lei n. 13.964/2020 não trouxe nenhuma disposição quanto aos locais em que pode ser realizada a captação ambiental. Assim, a captação ambiental em repartições públicas não é vedada. Embora o RHC 75.851/RJ tenha sido extinto antes de seu julgamento pelo colegiado, o ministro Rogério Schietti, ao negar o pedido liminar, bem observou o fato de que os advogados constarem nas gravações ambientais judicialmente autorizadas não é motivo suficiente para se concluir automaticamente pela nulidade absoluta da prova. Há, contudo, o dever das autoridades policiais, na condução da investigação, de evitar monitorar conversas entre advogados e investigados, abstendo-se de, deliberadamente, direcionar as interceptações para locais destinados a este tipo de comunicação.

7 · CAPTAÇÃO AMBIENTAL EM AMBIENTE DOMICILIAR

Gustavo Badaró, no estudo da captação ambiental, a divide em duas espécies: interceptação ambiental *strictu sensu* e interceptação domiciliar. Quando o local em que será realizada a interceptação ambiental é o domicílio, as possibilidades de captação de sons e imagens se restringem ainda mais, porque ao direito de livre manifestação do pensamento (CR/88, art. 5º, *caput*, IV) se somam a proteção constitucional da intimidade e vida privada (CR/88, art. 5º, *caput*, X) e a garantia da inviolabilidade do domicílio (CR/88, art. 5º, *caput*, XI).[89]

A questão foi intensamente debatida na Alemanha, onde a população por muitos anos sofreu fortes ingerências estatais no âmbito privado. Na Alemanha Oriental, a *Stasi* (polícia secreta de inteligência) espionava a própria população como forma de repressão política e combate aos dissidentes. De forma parecida, a polícia de Estado nazista retirava boa parte da privacidade de sua população como forma de atingir seus objetivos.

Por esse motivo, o Tribunal Constitucional Federal alemão se debruçou sobre a constitucionalidade da emenda que em 1998 incluiu no artigo 13 da Constituição Alemã a possibilidade de captação ambiental dentro das residências das pessoas. Em 2004, a Corte decidiu que, embora a emenda à Constituição seja "constitucional", as alterações feitas por consequência

88 Este foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 59.967/SP.

89 BADARÓ, 2020.

dela no Código de Processo Penal Alemão são inconstitucionais. Nas razões da decisão não se deixaram dúvidas de que a inviolabilidade do domicílio está intimamente ligada à dignidade humana, de modo que o legislador somente estaria autorizado a dispor sobre esse tipo de medida investigativa em conformidade com este princípio. Entendeu-se, contudo, que nem todo equipamento eletrônico de espionagem necessariamente interferiria na íntima área de privacidade, e leis que permitissem a captação de conversas sobre crimes já cometidos ou sobre planos de cometimento de crimes no futuro seriam constitucionais, já que o direito fundamental de privacidade não protegeria esse tipo de conduta.[90]

No Brasil, a Constituição da República dispõe no art. 5º, XI, que a casa é "asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".[91]

Está clara a importância dada ao domicílio, por ser o espaço no qual a vida privada pode ser livremente desenvolvida. De acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, reiterada no Caso *Vereda La Esperanza* vs. *Colômbia*, o âmbito da privacidade se caracteriza por ser isento e imune a invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública.[92]

O entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos não pode, entretanto, ser compreendido como avesso a qualquer tipo de relativização desse direito. O artigo 11.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que "(N)inguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação".[93]

---

90 NOHLEN, Nicolas. Germany: The electronic eavesdropping case. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 4, out. 2005. Disponível em: https://academic.oup.com/icon/article/3/4/680/792043. Acesso em: 14 jan. 2021.

91 BRASIL. *Constituição, de 05 de outubro de 1988***.** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

92 OEA - Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Vereda La Esperanza* vs. *Colômbia*. Sentença de 30 de agosto de 2017.

OEA - Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

93 OEA, 2020.

Isso significa que existe um limite de tolerância na relativização do direito à proteção ao domicílio: desde que não haja nenhuma ofensa arbitrária ou abusiva. Partindo da premissa de que nenhum direito é absoluto, não se pode compreender que a proteção jurídica dada ao domicílio impeça a realização de medidas investigativas previstas em lei e autorizadas judicialmente, cujo intuito é de, em última instância, proteger bens jurídicos de igual magnitude, mormente considerando-se que muitos crimes de difícil elucidação ocorrem nesses ambientes.

A propósito, em regra, a interceptação ambiental poderá ser realizada no domicílio quando houver fundada suspeita de que naquele local esteja ocorrendo ou prestes a ocorrer alguma prática criminosa cuja gravidade justifique a medida. Todavia, não é impossível que seja realizada a interceptação pós-fato, quando, por exemplo, seja conhecido que certo domicílio é utilizado pelos investigados para tratar do crime cometido.

Há, contudo, que se pontuar a imposição de dever de maior esforço na argumentação de fundamentação da decisão que permite a relativização do direito à inviolabilidade do domicílio. A responsabilidade do magistrado de ponderar no caso concreto se estão sendo respeitados os limites aceitáveis de relativização do direito à privacidade foi conferida pela própria Constituição. O encargo é mais pesado quanto maior for a importância dos interesses em conflito.

Boa parte dos crimes são cometidos às escondidas, justamente dentro de casa, onde convivem às vezes agressores e vítimas, estas geralmente vulneráveis. A prova da prática de crimes nessas situações ficaria praticamente impossível de ser feita pelo Estado caso não fosse possível penetrar na casa, mesmo que observados os limites constitucionais e legais da medida e condicionados por autorização judicial. Consequentemente, as vítimas dessas situações estariam desprotegidas, em nome da proteção ao direito do agressor à privacidade, situação absurda e completamente incompatível com os ditames da justiça.

8 · FORMA DE IMPLEMENTAÇÃO DA CAPTAÇÃO AMBIENTAL E PECULIARIDADES

O Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019) não tratou dos pormenores da forma de implementação da interceptação ambiental, até mesmo porque não caberia ao legislador prever todas as situações possíveis e suas peculiaridades. Segundo ficou definido no § 1º do art. 8º-A da Lei n.

9.296, o "requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental".

Ao contrário da interceptação telefônica, a forma de implementação da interceptação ambiental requer, muitas vezes, a realização de diligências prévias mais complexas. Isso porque será necessário instalar dispositivos de gravação em locais estratégicos, onde seja possível captar comunicação relativa aos fatos investigados sem levantar suspeita. Portanto, cabe ao Poder Judiciário analisar em cada caso a constitucionalidade e legalidade da medida, considerando o local e a forma como serão instalados os dispositivos de captação.

Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre a possibilidade de realização de interceptação ambiental em escritório de advogado suspeito da prática de crime. No caso (Inquérito n. 2.424/RJ), tanto o local em que realizada a medida investigativa (escritório de advocacia) quanto a forma de instalação dos dispositivos de captação geraram intenso debate.

O escritório de advocacia recebe a proteção dada ao domicílio, por ser o local em que se exerce a profissão não aberto ao público. Nesse sentido, o Código Penal no art. 150, § 4º, que regulamenta o crime de invasão de domicílio, declara que a expressão "casa" compreende: "I - qualquer compartimento habitado; II - aposento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade".[94]

Ocorre que nenhum direito fundamental pode ser utilizado como escudo para a prática de crimes. Assim, sendo o advogado o investigado e suspeito da prática de crimes dentro do próprio escritório de advocacia, ganha preponderância o dever de investigar crimes do Estado em face da proteção ao domicílio profissional do advogado.

Quanto à entrada de agentes do Estado no período da noite, a Constituição Federal é expressa em afirmar que só é possível adentrar a casa por determinação judicial durante o dia. O art. 150, § 3º, I, do Código Penal estabelece, por sua vez, que "Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: I - *durante o dia*, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência".

94 BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

A interpretação conjunta dos dispositivos parece nos levar à conclusão de que seria vedada a entrada de policiais federais no domicílio no período diurno, mesmo que não fosse efetuada a prisão de quem quer que seja nem a busca e apreensão de nenhum documento ou objeto.

Essa conclusão parecia ser a mesma do legislador, quando incluiu o art. 7º do projeto de lei do Pacote Anticrime, prevendo a inclusão do § 2º do art. 8º-A da Lei n. 9.296/1996, com o seguinte texto:

> A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do *caput* do art. 5º da Constituição Federal.[95]

O dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, ao argumento de que a propositura legislativa gerava insegurança jurídica. Segundo o entendimento do Chefe do Poder Executivo, o dispositivo que previu a captação ambiental ficaria esvaziado com a retirada do seu alcance da "casa", nos termos do inciso XI do art. 5º da Lei Maior. O veto presidencial se mostrou correto, mas pelas razões erradas ou, pelo menos, incompletas.

Evidente que a exclusão do ambiente domiciliar dos alvos de interceptação ambiental não esvaziaria por completo a medida investigativa, uma vez que ainda seria possível sua aplicação na maioria dos locais. Todavia, haveria desproporcional limitação de seu alcance, à medida que bens jurídicos importantes ficariam desprotegidos ante a impossibilidade de investigação eficaz do Estado nesses ambientes.

A propósito, a interpretação mais adequada para o dispositivo vetado seria de que somente não se admitiria a realização instalação dos dispositivos no período noturno quando o local fosse a moradia do investigado, permitindo-se a entrada no período diurno.

Tal interpretação seria condizente com a magnitude da proteção jurídica que deve ser dada ao local de moradia do indivíduo e sua família, onde se espera legitimamente ter paz e tranquilidade pelo menos no período noturno, destinado ao descanso.

---

95 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6.341, de 2019, que "Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal"*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13964-24-dezembro-2019-789639-veto-159755-pl.html#:~:text=66%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20decidi%20vetar,legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20processual%20penal%22. Acesso em: 15 fev. 2021.

A doutrina exalta a garantia da inviolabilidade do domicílio tendo em vista que a relação estabelecida entre a pessoa e o espaço que ocupa implica uma expressão da própria personalidade.[96] O termo casa no direito constitucional tem maior abrangência do que no direito civil e deve ser entendido como "projeção espacial da pessoa", alcançando não somente o escritório de trabalho como também o estabelecimento industrial e o clube recreativo.[97]

O alcance da inviolabilidade do domicílio foi objeto de divergência entre os ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Inquérito n. 2.424. O ministro relator Cézar Peluso autorizou a instalação de dispositivos de gravação ambiental na sala de reuniões do escritório do advogado suspeito de intermediar a venda de decisões judiciais por magistrados. Considerando que a instalação no período diurno tornaria inviável a medida, foi autorizada a instalação no período noturno. Durante as interceptações ambientais, foram captados diálogos em que o advogado investigado mencionava a compra de decisão de um ministro do Superior Tribunal de Justiça. Os valores negociados não eram falados, mas escritos em papéis, de modo que foi autorizada a entrada discreta de um policial na sala utilizada pelo advogado para registrar, mediante filmagens, fotografias e fotocópias, os documentos referentes às negociações ilícitas, sem apreender nenhum objeto.

Os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Eros Grau consideraram ilícita a prova produzida pela interceptação ambiental, por entenderem que a invasão do escritório profissional, que é equiparado à casa, no período noturno, estaria em confronto com o previsto no art. 5º, XI, da Constituição Federal. Os votos vencidos frisaram que a Constituição prevê expressamente e de forma clara que o cumprimento de determinação judicial em espaço privado protegido pela cláusula constitucional da inviolabilidade domiciliar somente é permitido "durante o dia".

A maioria, no entanto, entendeu que a *ratio* constitucional é de tutelar a intimidade, privacidade e dignidade humana, sendo "no mínimo, duvidosa, a equiparação entre escritório vazio com domicílio *stricto sensu*, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem".[98]

---

96 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* [livro eletrônico]. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

97 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* [livro eletrônico]. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

98 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq. 2.424/DF.* Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609608. Acesso em: 5 jan. 2021.

De acordo com André de Carvalho Ramos, ocorreu no referido julgamento uma "ponderação de segundo grau" para solucionar a colisão de direitos fundamentais no caso concreto. O autor consegue traduzir sua ideia com clareza no trecho a seguir transcrito:

> Assim, utilizou-se a proporcionalidade e a concordância prática para justificar uma "ponderação de segundo grau", ou seja, apesar de a regra de colisão já ter sido estabelecida pela Constituição (e o constituinte ter ponderado a limitação do direito à justiça e à verdade em face do direito à inviolabilidade domiciliar), o STF decidiu submeter essa regra ("durante o dia") a uma nova ponderação e, tendo em vista o caso concreto, autorizou a invasão noturna do domicílio, uma vez que o escritório de advocacia estaria a serviço dos criminosos – justamente aproveitando do seu direito à inviolabilidade domiciliar – e a colocação da escuta ambiental seria inviável durante o dia.[99]

Do referido precedente extrai-se a ideia de domicílio *stricto sensu* ou em sentido próprio como sendo o lugar onde a pessoa mora e utiliza para seu descanso noturno. A restrição de ingresso na casa para cumprimento de mandado judicial somente durante o dia destina-se a proteger o intocável direito do indivíduo de descanso e tranquilidade em sua moradia no período noturno. Por esta razão, não faz sentido que essa mesma restrição seja aplicada ao domicílio *lato sensu* ou em sentido amplo.

Ainda, havendo indícios de que o escritório profissional é habitualmente utilizado para a prática de crimes, não poderia ser considerado casa para fins de proteção constitucional, o que se depreende do disposto no 150, § 5º, II, do Código Penal: "Não se compreendem na expressão 'casa': II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero".[100]

9 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante muitos anos, as interceptações telefônicas foram a principal ferramenta para o enfrentamento à criminalidade, especialmente a elucidação de crimes praticados por grandes organizações criminosas. Todavia, com a revolução dos meios de comunicação, as interceptações telefônicas vêm perdendo sua efetividade, razão pela qual a captação ambiental tem sido cada vez mais comum nas investigações criminais.

---

99 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos* [livro eletrônico]. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

100 BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.*

A legislação brasileira avançou recentemente ao prever regras específicas para a captação ambiental, atendendo a uma reivindicação antiga da maioria da doutrina e garantindo maior segurança jurídica ao processo penal, seja para investigadores, seja para investigados.

Não se pode importar o direito de outros países sem as devidas adaptações à realidade brasileira. Nossa população, especialmente a mais carente, ainda sofre com a atividade de organizações criminosas formadas por pessoas esclarecidas e bem assessoradas. A elucidação de certos tipos de crime se torna cada vez mais difícil de ser feita com os meios tradicionais. A impunidade certamente não contribui positivamente nesse cenário.

Todavia, não se pode perder de vista que o combate à criminalidade serve à sociedade e, por essa razão, não pode ter efeitos colaterais mais perversos do que o próprio crime. A busca pelos culpados deve obedecer a parâmetros que assegurem a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais atingidos pela persecução criminal.

Neste contexto, a entrada de agentes estatais durante a noite na casa do indivíduo, em seu sentido estrito, a fim de operacionalizar medida de interceptação ambiental, invade o núcleo essencial do direito fundamental à privacidade e do direito à inviolabilidade do domicílio. Impedir que interceptações ambientais cheguem a tal ponto não tem o intuito de proteger criminosos, mas de proteger a tranquilidade necessária ao exercício da dignidade humana de todos.

De outro lado, assim como o direito fundamental à liberdade de expressão e à privacidade deve ter seus núcleos fundamentais protegidos, não deve também ter amplitude incompatível com o dever estatal de proteção de outros direitos fundamentais mediante a aplicação do direito penal.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jacqueline de S.; SMANIO, Gianluca M. Compatibilizando o uso de tecnologia em investigações com direitos fundamentais: o caso das interceptações ambientais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1449-1482, set./dez. 2019. Disponível em: http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/262. Acesso em: 15 jan. 2021.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal [livro eletrônico]*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6.341, de 2019, que "Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal"*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13964-24-dezembro-2019-789639-veto-159755-pl.html#:~:text=66%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20decidi%20vetar,legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20processual%20penal%22. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 59.967/SP*. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601152499&dt_publicacao=25/09/2006. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 75.851/RJ*. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601152499&dt_publicacao=25/09/2006. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 2.424/DF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609608. Acesso em: 5 jan. 2021.

CONDE, Francisco Muñoz. Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal. *Lusíada. Direito*. Lisboa, n. 4/5, p. 31/76, 2007. Disponível em: http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/issue/view/39. Acesso em: 15 fev. 2021.

COVER, Avidan Y. A rule unfit for all seasons: monitoring attorney-client communications violates privilege and the Sixth Amendment, *87 Cornell L. Rev.* 1233 (2002). Disponível em: http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol87/iss5/3. Acesso em: 13 jan. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime:* comentários à Lei n. 13.964/19. Salvador: JusPodivm. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* [livro eletrônico]. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOHLEN, Nicolas. Germany: The electronic eavesdropping case. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 4, out. 2005. Disponível em: https://academic.oup.com/icon/article/3/4/680/792043. Acesso em: 14 jan. 2021.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em:

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Vereda La Esperanza* vs. *Colômbia*. Sentença de 30 de agosto de 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos* [livro eletrônico]. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado:* procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional* [livro eletrônico]. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

U.S. Katz *v.* United States, 389 U.S. 347 (1967), United States Supreme Court. Disponível em: https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/389/347.html. Acesso em: 15 fev. 2021.

U.S. Olmstead *v.* United States, 277 U.S. 438 (1928), United States Supreme Court. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/. Acesso em: 12 jan. 2021.

CAPÍTULO 4

AÇÃO CONTROLADA E SUA ANÁLISE NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

João Paulo Santos Schoucair
Luciana Matutino Caires

1 · INTRODUÇÃO

As organizações criminosas têm seu norte magnético na busca pelo poder, e o fluxo de capitais é o combustível para sua proliferação, devastando a sociedade e dilacerando o Estado, bem como seus mecanismos normais de funcionamento. Assim, o crime organizado se globaliza mundialmente, dando aparência de licitude aos seus assombrosos ganhos financeiros, de modo desfrutar da certeza da impunidade.

As mudanças experimentadas pelo mundo, com as revoluções industriais, inovações tecnológicas, crises econômicas, entre outros fatos relevantes, encobriram, assim, uma realidade onde a matriz era individual, trazendo a lume, hodiernamente, bens jurídicos sem sujeitos determinados que precisam de proteção (meio ambiente, ordem financeira, ordem econômica etc.), impondo-se o redimensionamento do seu enfrentamento, com técnicas especiais de investigação, que equalizem a preservação aos direitos fundamentais e a proteção à segurança pública.

Feitas tais considerações, objetiva o presente trabalho abordar a técnica especial de investigação da ação controlada, sua evolução e contornos normativos, a qual, isolada ou associada a outras medidas investigativas, não tem o fetiche de pôr fim ao crime organizado no Brasil, mas reafirma o compromisso do Estado em combater o crime e proteger a sociedade.

2 · MACROCRIMINALIDADE E TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO

O Brasil, ao aquecer sua economia e se inserir no mundo global, passou, a partir da década de 1990, a ser um promissor porto seguro para negócios ilícitos e palco para fortalecimento de organizações criminosas, não se olvidando da fragilidade dos órgãos estatais de controle e a desestruturação de seu sistema de defesa social.

O resultado dessa equação criminosa foi calculado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), numa análise de inúmeros indicadores, encartados no Atlas da Violência 2020,[101] feito para melhor compreender o processo de acentuada violência no país, com a constatação de que há uma concentração do problema dos homicídios nos países latino-americanos; e o Brasil, lamentavelmente, entra sempre na lista das nações mais violentas do planeta.

Em 2018 o país registrou uma taxa de 27,8 mortes intencionais por 100 mil habitantes, em 2016 e 2015 esse índice foi de 30,3 e 28,9, respectivamente, sendo mister ressaltar que a maior taxa já medida no Brasil tinha sido registrada em 2014, quando alcançou 29,8 mortes, totalizando, entre os anos de 2006 a 2016, a assustadora marca de 533.000 mortes violentas.

Conclusão semelhante foi apresentada pela Organização Mundial de Saúde,[102] registrando que o Brasil tem cinco vezes mais homicídios que a média global, ostentando a nona maior taxa de homicídio das Américas, com um índice de 30,5 mortes para cada 100 mil habitantes, segundo dados de 2015, ao passo que, das cinquenta cidades mais violentas do mundo, dezessete estão no Brasil.[103]

Adicione-se a esse ambiente de guerra a fortificação das organizações criminosas com atuação no tráfico de drogas e armas, que se imiscuem, ainda, no cometimento de crimes patrimoniais violentos e execuções sumárias de seus desafetos, estimuladas pela suposição da impunidade e exacerbada lucratividade.

---

101 Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/publicacoes. Acesso em: 5 abr. 2021.

102 Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/255336/9789241565486-eng.pdf;jsessionid=560096612A8CAFD22895034C200707DE?sequence=1. Acesso em: 5 abr. 2021.

103 Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43309946. Acesso em: 5 abr. 2021.

No outro flanco, recente estudo divulgado pela Transparência Internacional[104] coloca o Brasil na 106ª posição em relação ao índice de percepção da corrupção, mais antiga e abrangente ferramenta para monitoração do referido fenômeno, ficando empatado com Albânia, Costa do Marfim, Argélia e Egito. O descontrole brasileiro com o correto gerenciamento da coisa pública gera um prejuízo estimado de 1,38% a 2,3%, por ano, no Produto Interno Bruto (PIB).[105]

Tem-se, assim, que a sociedade de risco trouxe novos desafios e precisa, sem se descuidar dos princípios básicos do Direito Penal, estar preparada para uma eficiente proteção ao seu normal funcionamento, numa dinâmica normativa modernizadora, cujo "objetivo é restaurar e preencher os espaços de impunidade surgidos com a sociedade de risco".[106]

O Estado brasileiro não pode ficar impotente diante da criminalidade organizada, cuja atuação delitiva traz o medo e o pânico àqueles que estão sob sua alça de mira, fazendo o silêncio (*omertà*) imperar ao seu redor, enquanto as instâncias superiores de controle não se organizam ou são abduzidas pelo endêmico fenômeno da corrupção.

Por outro lado, o movimento reativo legislativo, por si só, não tem o condão de aplacar a macrocriminalidade, que se ramifica nos mais variados setores da sociedade, sob pena de ser taxado como destruidor de garantias fundamentais, numa formatação estatal policialesca, como vaticina Luiz Regis Prado:

> A criminalidade econômica está inserida em um contexto mais amplo de tutela dos chamados bens jurídicos supra ou metaindividuais, e a intervenção penal nesse âmbito é de particular complexidade, uma vez que a matéria tratada é repleta de tecnicismo e a noção de bem jurídico é de difícil delimitação e percepção.
>
> A criminalidade organizada, amplamente considerada, não está ligada apenas à criminalidade econômica em sentido estrito, mas se manifesta também nas atividades políticas (nos esquemas de corrupção), no terrorismo, no tráfico de drogas e de pessoas etc. As formas de manifestação

---

104 Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51216388. Acesso em: 5 abr. 2021.

105 Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/28/politica/1390946330_078051.html. Acesso em: 5 abr. 2021.

106 NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. *In*: SOUZA, Artur de Brito Gueiros Souza (Org.). *Inovações no direito penal econômico*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 45.

> desse tipo de criminalidade sofrem variações também no espaço em que se desenvolvem nas realidades nacionais em que atuam. Na Itália, por exemplo, a criminalidade organizada é comumente identificada com a máfia ou outras organizações similares; em Portugal, está associada aos crimes contra o mercado financeiro; na Alemanha caracteriza-se basicamente pela lavagem de dinheiro e corrupção, enquanto na Espanha tem uma identidade mais acentuada com o terrorismo.
>
> Além disso, a afirmação de que a característica essencial de qualquer atividade delitiva organizada é a finalidade de lucro indevido não leva em conta o fato de que muitas estruturas ilícitas organizadas prescindem da influência por elas exercida sobre as atividades econômicas, assim como se ignora a própria realidade variável da criminalidade econômica, que abarca tanto espécies de delinquência na empresa, de conotação individual, quanto formas de criminalidade mais complexas da empresa. Indicam-se como elementos caracterizadores principais da criminalidade organizada os seguintes: associação de uma pluralidade de pessoas; estrutura organizada e hierarquizada; permanência temporal, atividade centrada em negócios ilegais, utilização de tecnologia e certos meios para a delinquência, aspiração de obter ou estender âmbitos de poder político, social ou econômico, internacionalidade, mobilidade e versatilidade, disciplina interna, lucro econômico como objetivo principal e corrupção das esferas de controle estatal - Administrativo, Legislativo e Judiciário.[107]

No mesmo sentido, valiosos são os ensinamentos de Carlos Roberto Bacila:

> A necessidade da atuação estatal para proteção de bens jurídicos no âmbito econômico e social levou ao aparecimento do direito penal especial ou secundário (*Nebenstrafrecht*). Este direito se caracteriza por legislação especial, responsabilidade individual mas também coletiva, com emprego de normas penais em branco e foco bastante incisivo na *White-collar Criminality*, além de um acompanhamento da legislação processual e da atuação policial que deve ser condizente com o enfrentamento da criminalidade organizada.
>
> Desde o início, é importante esclarecer que não se pretende adotar a ideia do *Interventionsrecht*, que seria no sentido de tolerar a diminuição de garantias, violação do princípio da culpabilidade, imputações coletivas ou quebra de paradigma democrático. Afinal, em se tratando de vigilância de pessoas a investigação entra em intersecção com liberdades pessoais, algumas delas citadas por Garibaldi como a liberdade de

107 PRADO, Luiz Regis. Associação criminosa: crime organizado (Lei 12.850/2013). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 102, n. 938, p. 241-297, dez. 2013.

> expressão, de associações, movimentação, repouso, intimidade, privacidade e prevenção contra registros que não são razoáveis.
>
> O Direito Penal Econômico tem um outro dilema, que é no sentido da busca da igualdade na investigação e imputação penal, tanto na procura de responsabilizar as pessoas no comando da organização quanto em evitar o afunilamento da atuação contra os concorrentes do poder, que, por sua vez, acabam se fragilizando neste processo.[108]

Por conseguinte, não se perdendo de vista a imprescindível estruturação e articulação das agências de controle do sistema de defesa social, já que as técnicas especiais de investigação são o norte a fim de tracejar o caminho para o efetivo enfrentamento do crime organizado, numa superação do modelo tradicional de coleta de documentos e inquirição de testemunhas, como perfilhou o ministro Luiz Fux, ao julgar a Ação Penal n. 470 (*Caso Mensalão*), observe-se:

> É incomum que se assinem documentos que contenham os propósitos da associação, e nem sempre se logra filmar ou gravar os acusados no ato do cometimento do crime. Fato notório, e *notoria non agent probatione*, todo contexto de associação pressupõe ajustes e acordos que são realizados a portas fechadas. Neste sentido, por exemplo, a doutrina norte-americana estabeleceu a tese do "paralelismo consciente" para a prática do cartel. Isso porque normalmente não se assina um "contrato de cartel", basta que se provem circunstâncias indiciárias, como a presença simultânea dos acusados em um local e a subida simultânea de preços, *v. g.*, para que se chegue à conclusão de que a conduta era ilícita, até porque, num ambiente econômico hígido, a subida de preços, do ponto de vista de apenas um agente econômico, seria uma conduta irracional economicamente.[109]

Anote-se, por essencial, que as técnicas especiais, na atual quadra temporal, encontram sua matriz normativa no art. 3º da Lei de Organizações Criminosas,[110] plenificando-se, assim, maior segurança jurídica para os

---

108 BACILA, Carlos Roberto. Ação Controlada na investigação da criminalidade organizada. *In*: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade organizada:* investigação, direito e ciência. Coimbra: Almedina, 2017. p. 221-222.

109 Voto do ministro do STF Luiz Fux, Ação Penal 470, p. 31-32, *DJe* 22 abr. 2013. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP470VotoMinLF.pdf. Acesso em: 5 abr. 2021.

110 "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:

acusados e investigadores, com todo o detalhamento do *iter* procedimental da ação controlada, infiltração de agentes e colaboração premiada, entre outros.

As técnicas especiais, como observa Vladimir Aras, não são uma panaceia para todos os males da criminalidade organizada, mas aperfeiçoam a capacidade probatória das agências criminais *(law enforcement agencies),* densificando o princípio da proibição da proteção deficiente, dotando o Estado de ferramentas para tutelar os direitos fundamentais à segurança pessoal (art. 5º da CF) e à segurança pública (art. 6º e art. 144, ambos da CF) de forma eficiente (art. 37 da CF).[111]

Em arremate, as técnicas especiais de investigação poderão densificar todos os contornos das tratativas espúrias realizadas entre os integrantes de organizações criminosas, as quais sempre ocorreram e continuam a ocorrer em ambientes privados e fechados, de difícil acesso, o que por sua vez tem impossibilitado a produção de provas pelos métodos tradicionais de investigação.

3 · CONCEITO

A ação controlada é concebida como técnica especial de investigação para ampliar a coleta de elementos informativos, retardando o cumprimento de determinadas diligências, cuja realização imediata poderia reduzir o campo de informações necessárias à persecução penal mais eficaz de determinadas infrações penais.

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."

111 ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. *In*: CARLI, Carla de. *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 513.

Não custa lembrar que as autoridades policiais têm o dever legal de apuração dos crimes de que tenham notícia, valendo-se, para tanto, da adoção de quaisquer diligências e providências necessárias ao cumprimento de seu mister, nos termos do art. 6º do Código de Processo Penal.

Por consequente, é dever da autoridade policial efetuar a prisão em flagrante, quando presentes as circunstâncias e os requisitos legais que a autorizam, sob pena de responsabilização civil e criminal, enquanto qualquer pessoa do povo pode prender, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal.

Fincadas tais premissas, tem-se que o legislador pátrio, numa perspectiva de otimização da persecução penal, optou por atribuir à autoridade policial ou administrativa, à luz do *quantum* previsto no art. 8º da Lei de Organizações Criminosas, a possibilidade de retardar e esperar o melhor momento para a atuação repressiva contra os criminosos integrantes da organização, além de outras situações específicas que adiante serão talhadas.

Assinale-se, por oportuno, que a previsão legal de retardamento da intervenção administrativa traz duas perspectivas doutrinárias. A primeira corrente[112] anuncia que ela se refere apenas às autoridades policiais, únicas aptas e devidamente estruturadas para a investigação das organizações criminosas; a segunda corrente,[113] por sua vez, defende que a expressão visa abranger todas as hipóteses de investigação que hoje têm lugar no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, as realizadas pelas autoridades administrativas que presidem investigações de procedimentos fiscais e tributários, as Comissões Parlamentares de Inquérito e a investigação ministerial.

Marcelo Mendroni, com bastante propriedade, esmiúça o assunto:

> 1. Ação Controlada
>
> Consiste no retardamento e na espera do melhor momento para a atuação policial repressiva contra os criminosos integrantes da organização. Nos termos da Lei nº 12.850/13 [...].
>
> Concede-se à Polícia o direito de aguardar a oportunidade mais eficiente para atuar, seja prender, surpreender, ou agir, de qualquer forma, de

112 PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 254.

113 AVENA, Norberto. *Processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 651.

modo que no momento oportuno - segundo a interpretação dos agentes que participam da operação - a situação seja mais favorável para a obtenção de provas. Pode ser praticada, no que couber, em forma de flagrante esperado (admitido pela jurisprudência), na medida em que a Polícia não só recebe a notícia da prática de um crime para então aguardá-lo, de campana, como também observa a distância os passos de integrantes da organização criminosa, monitorando-os com eventual escuta telefônica e outros expedientes investigatórios, para então agir no momento considerado mais oportuno.

[...]

A ação controlada funciona, aliás, como referido, de forma imediata pela Polícia e mediata pelo Ministério Público em muitos outros países onde esse mecanismo é previsto em lei. Ada Pellegrini Grinover, comentando a legislação italiana antimáfia, esclarece: nas disposições processuais da lei, autoriza-se o retardamento, pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária, de medidas cautelares de sua competência, nos casos de extorsão, de "reciclagem" e de emprego de dinheiro, bens e utilidades de procedência ilícita. [...].

Essa autorização significa, implicitamente, permitir ao agente policial ou de inteligência – em tarefas de investigação – retardar a sua interdição, supostamente praticada por organização criminosa, ou a ela vinculada, para que a medida se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista de provas e fornecimento de informações. Significa, em outras palavras, autorização para que o policial tenha sob seu controle a prática do(s) crime(s) praticado(s) por integrantes da organização criminosa.

[...]

1.3 Ação controlada sem infiltração de agentes

É possível, no entanto, imaginar situação de ação controlada sem infiltração de agente quando, por exemplo, os policiais mantenham investigação de campana, inclusive utilizando binóculos, equipamentos eletrônicos, como filmadoras, aparelhos de escuta ou máquinas fotográficas, casos em que, tecnicamente, quer nos parecer, melhor seria utilizar o termo investigação monitorada ao invés de ação controlada.

Nestes casos, o acompanhamento deve necessariamente ser realizado a distância, de forma que os integrantes da organização criminosa sequer desconfiem que estão sendo monitorados.

Mas se, no caso da ação controlada através da infiltração dos agentes, não há caracterização de crime de prevaricação dos policiais que, por

> serem autorizados judicialmente, encontram-se inseridos no âmbito da organização criminosa, aguardam, observam e monitoram a melhor oportunidade para agir, já no caso de ação controlada - denomine-se por monitoramento a distância -, a situação parece ser um pouco diferente. Dispensando a lei esta autorização judicial, defere-se a sua prática a estratégia de investigação. [...][114]

Na mesma direção, tem-se o magistério de Néfi Cordeiro:

> Trata-se de autorização legalmente útil, já que prevê o Código de Processo Penal (CPP) o dever de prisão em flagrante, pela autoridade policial e seus agentes, o que pode fazer presumir seja infração funcional o retardo na prisão. Entendemos, porém, que mesmo sem esse permissivo legal seria de todo razoável a ação policial que retarda a prisão para o momento de maior utilidade seja pela reunião de maior número de envolvidos, seja pela mais abrangente coleta de provas. O dever de prender em flagrante não estaria negado, mas postergado por razão justa e moral, impossibilitando a caracterização de infração pela autoridade. Seria, assim, uma relativização do dever policial de imediatamente, um *long haul* ao invés do *short strike* cotidiano.[115]

Outro não é o entendimento de Maurício Jalil:

> A "ação controlada" tem essa denominação porque, a todo instante, a autoridade policial monitorará a conduta delituosa objeto de investigação, promovendo um acompanhamento externo sobre as atividades praticadas pela organização criminosa, exercendo, pois, discricionariedade acerca do momento ideal de deflagração da efetiva intervenção policial ou administrativa. A comunicação acerca da ação controlada deverá ser sigilosamente distribuída ao juízo competente, para evitar o vazamento de informações que indiquem detalhes acerca da operação a ser efetuada, sendo restrito seu acesso ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia até o encerramento da diligência, oportunidade em que será elaborado auto circunstanciado contendo todas as informações envolvendo a operação e respectivas condutas e medidas adotadas (art. 8º, §§ 2º, 3º e 4º). Nos casos em que as atividades do grupo criminoso se desenvolverem além das fronteiras nacionais, a ação controlada deverá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países cujos

114 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado, aspectos gerais e mecanismos legais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 104-108.

115 CORDEIRO, Néfi. *Tráfico internacional de entorpecentes*. Tese (doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000. p. 150.

> territórios figurem como provável itinerário ou destino do investigado (art. 9º), adotando-se, para tanto, a via diplomática ou a cooperação jurídica direta, por exemplo, nos casos de países integrantes do Mercosul.[116]

Sobreleve-se, em arremate, que a ação controlada engloba, na precisa dicção de Cleber Masson e Vinícius Marçal, ainda, as hipóteses de não se cumprir mandado de preventiva, não se cumprir mandado de prisão temporária, não se cumprir ordem de sequestro e apreensão de bens, tudo para que o investigado imagine que está incólume, quando, na verdade, ele está tendo seus passos monitorados, para que a ação repressiva estatal possa ser concentrada contra toda a cadeia criminosa que gravita ao seu redor.[117]

Por seu turno, merece ser pontuado que a ação controlada não é incompatível com o direito à não autoincriminação, ante a inexistência de advertência quanto ao *nemo tenetur se detegere,* uma vez que, como adverte Renato Brasileiro,

> o interesse público na persecução penal dos delitos praticados por organizações criminosas justifica a restrição ao referido princípio, representada pela ação controlada, em consonância com o princípio da proporcionalidade.[118]

4 · DIREITO COMPARADO

Como é cediço, a sofisticação da atuação da criminalidade moderna, cuja diagramação opera-se em ambientes privados e fechados, de difícil acesso, dificulta a produção de provas pelos métodos tradicionais de investigação, exigindo o emprego de técnicas especiais de investigação, a estampar que o Brasil não trouxe nenhuma solução fantasiosa para enfrentar a macrocriminalidade, mas apenas incorporou normativas internacionais ao seu ordenamento jurídico.

Tem-se, assim, que a ação controlada encontra sua origem normativa em diversas convenções internacionais, numa simbiose com a entrega

---

116 JALIL, Mauricio Schaun. Nova lei sobre organizações criminosas (Lei n. 12.850/2013): primeiras considerações. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 32, p. 87-96, dez. 2013.

117 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 329.

118 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal.* 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 909.

vigiada, frise-se, por oportuno, sua subespécie, como aborda a Convenção de Viena de 1988 (Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas), internalizada no Brasil por meio do Decreto n. 154/1991, nos seus artigo 1, alínea *l*,[119] e artigo 11.[120]

Por sua vez, a CIFTA (Convenção Interamericana contra Tráfico de Armas), aqui vigente desde a promulgação do Decreto n. 3.229/1999, salienta, no seu artigo VII, que a entrega vigiada é técnica que se consubstancia em deixar que remessas ilícitas ou suspeitas de armas de fogo, munições, explosivos e outros materiais correlatos saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob a supervisão de suas autoridades competentes, a fim de identificar as pessoas envolvidas no cometimento de delitos nela encartados.

A Convenção de Palermo de 2000 (contra o crime organizado transnacional), em vigor no Brasil desde a promulgação do Decreto n. 5.015/2004, em seu artigo 2, traduz a terminologia "entrega vigiada" como 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.

Por sua vez, a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção de 2003, em vigência no Brasil desde a edição do Decreto n. 5.687/2006, no seu artigo 2, indica que a "entrega vigiada" consiste em técnica para permitir

---

119 "Artigo 1: [...] 1) Por 'entrega vigiada' se entende 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 1º do Artigo 3º desta Convenção."

120 "Artigo 11. Entrega Vigiada. 1. [...] as Partes adotarão as medidas necessárias, dentro de suas possibilidades, para que se possa recorrer, de forma adequada, no plano internacional, à entrega vigiada, com base nos acordos e ajustes mutuamente negociados, com a finalidade de descobrir as pessoas implicadas em delitos estabelecidos de acordo com o parágrafo 1º do Artigo 3º e de encetar ações legais contra estes. [...] 3. As remessas ilícitas, cuja entrega vigiada tenha sido negociada, poderão, com o consentimento das Partes interessadas, ser interceptadas e autorizadas a prosseguir intactas ou tendo sido retirados ou subtraídos, total ou parcialmente, os entorpecentes ou substâncias psicotrópicas que continham."

que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob a supervisão de suas autoridades competentes, objetivando investigar um delito e identificar as pessoas envolvidas em sua ocorrência.

Ao fim, a Recomendação n. 36 do Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI) aponta como técnica de investigação válida e eficaz a entrega controlada de valores conhecidos ou presumidos como sendo produto do crime, ao passo que sua Nota Interpretativa 04 da Recomendação n. 36 prevê que a utilização da entrega controlada deverá ser fortemente incrementada, trazendo, desta feita, enfoque para obtenção de esclarecimentos e provas sobre operações internacionais de branqueamento de capitais.[121]

5 · EVOLUÇÃO LEGISLATIVA PÁTRIA

Malgrado a prisão em flagrante seja a regra, conforme previsto no art. 301 do Código de Processo Penal, o instituto da ação controlada tem como premissa basilar a possibilidade de postergar sua realização, afastando eventual prevaricação ou infração administrativa por parte do agente que não realiza a ação ao tomar conhecimento desta.

Inicialmente, a ação controlada era prevista no art. 2° da Lei n. 9.034/1995, revogado pelo novo diploma de combate às organizações criminosas, que previa:

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

121 As 40 Recomendações originais do GAFI foram criadas em 1990, para combater a lavagem de dinheiro do tráfico e, em 1996, elas foram revisadas para refletir as novas tendências e técnicas de branqueamento de capitais. Em 2001, o GAFI expandiu seu raio de alcance para aplacar também da questão do financiamento do terrorismo, com a criação de mais nove recomendações especiais sobre a nova temática. Já em 2003 nova revisão é feita para ser adotada por mais de 180 países, numa dinâmica de universalizar o padrão internacional autolavagem de dinheiro e de combate ao financiamento do terrorismo.

> que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

Nesse ponto específico, deve ser consignado que a entrega vigiada veio tratada na Lei n. 10.409/2002 (antiga Lei de Entorpecentes), que, no art. 33, inciso II, estabelecia

> 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.

O instituto da ação controlada encontrou previsão expressa, ainda, no art. 53, inciso II, da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), *in verbis*:

> Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:
>
> I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;
>
> 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.

Destaca-se, também, o art. 4º-B da Lei n. 9.613/1998, que traz uma espécie de ação controlada:

> Art. 4º-B. A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações.

Sobre a matéria, importante é a exortação das lições de Antônio Scarance Fernandes:

> A Constituição Federal (LGL\1988\3) procurou traduzir o anseio de equilíbrio no processo criminal, contemplando diversos dispositivos

destinados a proteger o indivíduo investigado ou acusado: prisão somente com ordem judicial da autoridade competente (art. 5º, LXI, da CF/ 1988 (LGL\1988\3); possibilidade de liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5º, LXVI, da CF/1988 (LGL\1988\3), direito do preso ao silêncio, à assistência de defensor, da família (art. 5º, LXIII, da CF/1988 (LGL\1988\3), mas, ao mesmo tempo, determinando, no art. 5º, XLIII, que a lei considerasse "crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos", ou seja, os crimes mais graves, normalmente os relacionados com a criminalidade organizada.

Após a Constituição foram editadas diversas leis tendentes a regular os crimes graves ou organizados. A Lei 8.072/90 deu concretude ao art. 5º, XLIII, dispondo sobre os crimes hediondos e equiparados. Posteriormente, o rol dos crimes hediondos foi ampliado pela Lei 8.930/94 e pela Lei 9.695, de 1998. Em 1995, foi editada a Lei 9.034, que dispôs a respeito da "utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas". Na época, escrevemos sobre a Lei 8.072/9014 e sobre a Lei 9.034/95. Agora, retornamos ao tema do crime organizado, depois de mais de uma década. De lá para cá, foram editadas outras leis importantes: a Lei 10.217, de 2001, alterou e ampliou a Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95); a Lei 9.296/96 tratou das interceptações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática; a Lei 9.613/98 dispôs sobre os crimes de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; a Lei 9.807/99 cuidou da organização e da manutenção de programas especiais de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas, também aplicáveis aos acusados colaboradores; a LC 105/2001 regulou o sigilo das operações das instituições financeiras; a Lei 10.409, de 2002, dispôs sobre infrações relativas a entorpecentes, sendo revogada pela Lei 11.343/2006, atualmente vigente.[122]

Ao fim, a Lei n. 12.850/2013, em seus arts. 8º e 9º, traz a atual formatação do instituto da ação controlada, não se olvidando que, em caso de insucesso da medida, nenhuma consequência penal ou administrativa poderá pesar contra a autoridade policial, a qual deverá proceder normalmente na coleta dos elementos de prova que, eventualmente, darão sustentação à ação penal, com tudo registrado em auto circunstanciado.

---

122 FERNANDES, Antonio Scarance. O Equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 229-268, jan./fev. 2008.

6 · REQUISITOS PARA IMPLEMENTAÇÃO

A ação controlada deveria, como sinaliza Eduardo Cabette, ser algo informal, como o é toda atividade investigatória pré-processual, sob pena de se tornar impraticável, ou seja, a decisão sobre protelar o flagrante caberia somente à autoridade policial. [123]

De outro lado, numa óptica de preservação de direitos fundamentais e necessidade de controle da atividade policial, caminha Fernanda Vilares no sentido de defender a necessidade de se ter um procedimento e planejamento para permitir o controle e efetividade da referida medida. Poste-se:

> 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 em um sistema ideal com juiz de garantias. Sem a 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. Embora não esteja previsto em lei, ainda, pode ser implementado na prática, sem contar a possibilidade de sua utilização ser incluída como exigência legal no futuro.
>
> No que tange ao conteúdo desse plano, é indispensável que o plano estratégico demonstre, textualmente e com elementos de prova, o atendimento às exigências do artigo 8º da Lei nº 12.850/13, com exceção da autorização judicial prévia, que só existirá após a apreciação do próprio plano. São elas: 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; e iv) dois requisitos, a existência de uma

123 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Ação controlada na investigação criminal: entre a normatividade e a factibilidade. *Revista Jurídica Consulex,* Brasília, ano XV, n. 355, p. 46-48, nov. 2011.

> ação vinculada a uma organização criminosa e a cooperação jurídica internacional se for o caso de crimes transnacionais.[124]

Como sintetiza Carlos Roberto Bacila, a Lei n. 12.850/2013 estabeleceu os seguintes requisitos para a ação controlada:

> a) Coordenação e controle da ação controlada de autoridade policial ou administrativa.
>
> b) Crime(s) praticado(s) por organização criminosa ou a ela ligada.
>
> c) Observação e acompanhamento da(s) conduta(s).
>
> d) Planejamento e atuação da medida legal (prisão, busca, etc.) no momento considerado mais oportuno para obtenção de provas e informações, desde que não se coloque em risco proibido pessoas que poderiam ser salvas com a atuação policial.
>
> e) Comunicação prévia ao juiz competente.
>
> f) Sigilo da comunicação (acesso restrito a Juiz, Ministério Público e Delegado de Polícia).
>
> g) Elaboração de auto circunstanciado.
>
> h) Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, deverá ocorrer a cooperação das autoridades dos países relacionados, com o objetivo de reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.
>
> i) Pode-se acrescentar a estes requisitos a situação flagrancial, isto é, existir o estado de flagrante delito.[125]

Em resumo, a ação controlada deve se propor a investigar, sob observação e acompanhamento, crime praticado por organização criminosa ou a ela vinculada, de modo que a intervenção policial ou administrativa se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações, mediante prévia e sigilosa comunicação ao juiz competente e ao Ministério Público para que, em sendo o caso, seus limites sejam, judicialmente, fixados.

---

124 VILARES, Fernanda Regina. Metodologia da investigação criminal e sua importância para uma ação controlada eficiente. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, n. 4, p. 53-78, jul./dez. 2015.

125 BACILA, 2017, p. 230.

7 · ESPÉCIES

A ação controlada comporta aplicações múltiplas, esboçando alto grau de eficácia e podendo ser utilizada na entrega de cargas, de mercadorias ou de drogas ilegais, tendo as seguintes características próprias: a) *coordenação das ações*: exige uniformidade e disciplina dos executores; b) *cooperação*: deve ser plena entre as agências envolvidas, tanto entre as autoridades da origem como as responsáveis pelo acompanhamento da remessa da carga, mercadoria ou droga no destino final; e c) *celeridade*: adequação e urgência da resposta penal do aparelho estatal ao princípio da oportunidade investigativa para otimização da colheita probatória.

Admite a ação controlada alternativas de execução, permitindo eleger, como procedimentos operacionais específicos: a *interdição*, a *substituição* ou o *acompanhamento* da remessa, conforme seja mais oportuno ou adequado, impondo-se a transcrição do escólio de Rodrigo Carneiro Gomes sobre a matéria:

> Na interdição, a entrega de carga, mercadoria ou drogas ilegais é interrompida com a apreensão dessas. Na alternativa de substituição, a carga, mercadoria ou droga ilegal é substituída, antes de ser entregue ao destinatário final, por um outro produto qualquer, um simulacro, sem risco de perda ou extravio, o que se convencionou chamar de "entrega limpa". Na modalidade acompanhamento, a mercadoria ilícita não tem o encaminhamento e transporte interrompidos e nem é substituída: a operação clandestina é acompanhada o tempo todo, sob vigilância, com a identificação do maior número possível de integrantes da organização criminosa, do *modus operandi* e de uma quantidade maior de mercadorias ilícitas.[126]

8 · DISTINÇÕES NECESSÁRIAS: INFILTRAÇÃO POLICIAL, ENTREGA VIGIADA, FLAGRANTE PREPARADO E DIFERIDO

Conceituada a ação controlada e talhados os requisitos para sua implementação, necessário frisar sua distinção das demais técnicas especiais de investigação, como a infiltração policial, a entrega vigiada, o flagrante preparado e o diferido.

Denilson Feitoza Pacheco conceitua a infiltração como

126 GOMES, Rodrigo Carneiro. A repressão à criminalidade organizada e os instrumentos legais: ação controlada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 858, p. 455-464, abr. 2007.

> a introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional ("dado negado" ou de difícil acesso), em quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crimes de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor de crime, a fim de obter provas que possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles.[127]

A infiltração policial é também um meio extraordinário de obtenção de provas, devendo ser utilizada quando não houver outros meios menos gravosos para tanto. Somente agentes de polícia civil ou federal, constitucionalmente vocacionados à investigação criminal, é que podem ser empregados em tal atividade, excluindo-se, assim, os agentes de inteligência e policiais militares.

Diferentemente da ação controlada, na infiltração o agente de polícia passa a integrar a estrutura criminosa e a efetivamente praticar as atividades criminais que lhe forem incumbidas ou necessárias. Os crimes praticados pelos agentes de polícia infiltrados, desde que estejam no âmbito da infiltração, são fatos típicos e ilícitos, porém não culpáveis por se tratar de inexigibilidade de conduta diversa.

A infiltração policial ou infiltração de agentes foi inicialmente prevista na legislação brasileira na Lei n. 9.034/1995, chamada Lei do Crime Organizado, que, posteriormente, foi revogada. Atualmente, há previsão na Lei n. 12.850/2013 (arts. 10 ao 14), na Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas (art. 53, inciso I) e também na Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (arts. 190-A ao 190-E).[128]

No ECA, a infiltração policial é possível quando se tratar especificamente de investigação quanto aos crimes previstos no Código Penal nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B e no próprio ECA nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D.

A Lei n. 13.260/2016 (Lei de Terrorismo), em seu art. 16, e a Lei n. 13.344/2016 (Lei de Tráfico de Seres Humanos), no seu art. 9º, dispõem que, para a investigação dos crimes nelas previstos, são aplicáveis as disposições previstas na Lei n. 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas). Dessa

---

127 PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal:* teoria, crítica e práxis. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009. p. 820.

128 Com as alterações trazidas pela Lei n. 13.441/2017.

maneira, a técnica da infiltração de agentes também seria permitida para apuração de tais condutas criminosas.

Em suma, a infiltração é possível para investigar os crimes relacionados ao tráfico de drogas, às organizações criminosas, ao terrorismo, ao tráfico de seres humanos e os previstos no ECA, especificamente nos artigos mencionados.

A infiltração policial prevista na Lei n. 11.343/2006 não prevê prazo ou procedimento específico a ser adotado. Na Lei n. 12.850/2013, a infiltração policial tem prazo definido de 6 meses, prorrogáveis, e só pode ser adotada se a prova não puder ser obtida de modo diverso. No ECA, por sua vez, o prazo de infiltração é definido em 90 dias, e poderá ser prorrogado por no máximo 720 dias. A infiltração prevista no ECA não é de caráter pessoal, mas virtual, através da internet, e também somente poderá ser adotada caso a prova não possa ser obtida por outros meios.

É sempre exigida a autorização judicial para sua realização, diferentemente da ação controlada.

Conforme a previsão da Lei n. 12.850/2013, caso a autoridade policial represente ao juízo pela medida, o Ministério Público deve ser ouvido. Se a representação for oriunda do Ministério Público, a autoridade policial deverá ser consultada. Essa reciprocidade, contudo, não está prevista na Lei n. 13.441/2017 quando se trata de crimes de pedofilia, o que, à evidência, é uma incongruência do legislador.

Por outro viés, diferentemente do que consta da Lei de Organizações Criminosas, a Lei n. 13.441/2017 prevê a atipicidade das condutas praticadas pelo agente de polícia, e não apenas a inexigibilidade de conduta diversa.

A entrega vigiada, por seu turno, é uma subespécie da ação controlada. Ela foi inicialmente prevista na Convenção de Viena[129] de 1988, que a conceituou no seu artigo 1, *l*, como a técnica de deixar que remessas ilícitas ou suspeitas de entorpecentes, substâncias psicotrópicas 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 referido Diploma.

129 Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

Objetiva o dispositivo da convenção maior efetividade na investigação criminal relativa ao tráfico internacional de drogas, mediante cooperação entre os Estados signatários.

A Lei n. 12.850/2013, em seu art. 9º, dispõe que, se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial somente poderá ocorrer com a cooperação dos países que figurem como provável itinerário ou destino. Cuida a entrega vigiada, desse modo, de uma modalidade de ação controlada que exige a cooperação entre autoridades dos países envolvidos.

A Lei n. 11.343/2006, no seu art. 53, inciso II, e parágrafo único, prevê a "não-atuação" da polícia sobre os portadores de drogas que se encontrem em território nacional, com a finalidade de identificar o maior número de integrantes das operações de tráfico e distribuição, desde que seja conhecido o itinerário e a identificação dos agentes. A não atuação dependeria, nesse caso, de autorização judicial e oitiva prévia do Ministério Público.

Nessa hipótese, a utilização da ferramenta se torna quase que inviável sob o aspecto prático, já que a intensa dinâmica dos fatos que envolvem o tráfico de drogas não suporta a espera da tramitação processual de prévia consulta ao *Parquet* e a expedição de autorização judicial. A previsão da ação controlada de maneira ampla pela Lei n. 12.850/2013 tornou obsoleta a previsão de entrega vigiada contida no Decreto n. 154/1991 e na Lei de Drogas.

O flagrante preparado ou "delito de ensaio" é uma das modalidades de flagrante em que a polícia induz ou instiga o agente a praticar o crime e impede que o delito seja cometido. A exemplo, policiais se passam por consumidores de drogas e negociam a compra com o flagranteado. A Súmula n. 145 do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que se trata de crime impossível.[130]

O flagrante preparado difere da ação controlada, pois nesta última há uma atuação exclusiva dos membros da organização criminosa no *iter criminis*, cabendo à polícia a função de observar e acompanhar a prática das condutas para que ocorram no momento mais eficaz à obtenção de provas. No flagrante preparado, os policiais são agentes do *iter criminis*, instigando o cometimento, porém impedindo que o resultado ocorra.

Como esclarece Paulo Victor Ribeiro Lopes,

130 Assim anuncia a Súmula: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".

> sabe-se que flagrante preparado ou provocado não deve ser confundido com ação controlada, uma vez que na segunda não há agente provocador, e com isso, a autoridade policial não interfere na atuação do criminoso, somente espera o momento mais adequado de agir com o fito de maior apuração de provas.[131]

Situação diversa do flagrante preparado é aquela prevista no art. 33, § 1º, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006, quando dispõe que nas mesmas penas incorre quem vende ou entrega drogas ao agente policial disfarçado. Aqui a jurisprudência entende que se trata do policial infiltrado, nos termos da lei. Nesse caso, não há induzimento ou instigação para a prática do crime por parte do policial e a fim de que o delito se consuma, diferentemente do flagrante preparado.

9 · ANÁLISE PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES: CASOS EMBLEMÁTICOS

O instituto da ação controlada e seus limites já foram objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que reafirmaram a sua constitucionalidade.

No HC 102.819/DF,[132] que envolveu o ex-governador do Distrito Federal José Roberto Arruda, houve decisão unânime da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, já no ano de 2011, no sentido de validar a ação controlada realizada. Visualize-se:

> AÇÃO CONTROLADA – AMBIVALÊNCIA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A denominada ação controlada surge ambivalente, não devendo ser glosada em se tratando do dia a dia da Administração Pública, em que os desvios de conduta são escamoteados. INQUÉRITO – PUBLICIDADE. Norteia a Administração Pública – gênero – o princípio da publicidade no que deságua na busca da eficiência, ante o acompanhamento pela sociedade. Estando em jogo valores, há de ser observado o coletivo em detrimento, até mesmo, do individual.

O Superior Tribunal de Justiça é assente em reconhecer a legalidade da medida investigativa da ação controlada sem a necessidade de prévia autorização judicial, bastando a comunicação prévia. Nesse sentido:

---

131 LOPES, Paulo Victor Ribeiro. *As ações controladas no direito processual penal brasileiro para o enfrentamento das organizações criminosas*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11254/1/21130139.pdf. Acesso em: 5 abr. 2021.

132 STF, 1ª T., HC n. 102.819/DF, rel. min. Marco Aurélio, *DJe* 25 nov. 2011.

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE DETERMINOU A INTERCEPTAÇÃO E AS PRORROGAÇÕES. MATÉRIA ANALISADA NO ARESP 1269461/SP. ILEGALIDADE DA AÇÃO CONTROLADA. MEDIDA DETERMINADA COM BASE EM LEGISLAÇÃO REVOGADA. LIMITES RESPEITADOS. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. REVISÃO DA CONDENAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. 1. Considerando que as decisões relativas às interceptações telefônicas já foram analisadas no AREsp 1.269.461/SP, ao qual foi negado provimento em 11/6/2019, a reiteração no ponto não é conhecida. 2. Ainda que a ação controlada tenha sido autorizada com base na Lei 9.034/95, revogada pela 12.850/2013, *não se verifica ilegalidade no acompanhamento policial, realizado em cooperação com o Ministério Público, órgão que requisitou a medida, acompanhou e indicou a participação dos agentes policiais.* 3. A via do *habeas corpus* não é adequada para incursão em toda dinâmica fática do delito, a fim de delimitar a ação de cada indivíduo envolvido e realizar a revisão do juízo condenatório. 4. *Habeas corpus é parcialmente conhecido e, nesse limite, denegado*.[133]

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA. EXECUÇÃO APÓS TRÊS MESES. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2. ALEGADO ESVAZIAMENTO DA NECESSIDADE DA MEDIDA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. 3. AÇÃO CONTROLADA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. SITUAÇÃO QUE NÃO REFLETE A HIPÓTESE DOS AUTOS. INSTITUTO QUE VISA PROTEGER O TRABALHO INVESTIGATIVO. 4. SIMPLES PRESUNÇÃO DE OFENSA. NULIDADE NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 5. ORDEM DENEGADA. 1. Visa o impetrante, em síntese, demonstrar a nulidade da busca e apreensão, em virtude de ter sido executada três meses após a expedição do mandado, o que, segundo o impetrante, revela sua prescindibilidade, o esvaziamento da medida e a utilização de ação controlada sem prévia autorização judicial. Contudo, a insurgência não merece prosperar. De início, verifica-se que, não obstante as inúmeras irresignações da defesa perante o Tribunal de origem, o tema apresentado no presente *mandamus* não foi previamente submetido ao crivo da Corte local, o que denota a existência de supressão de instância. 2. O impetrante simplesmente afirma que o transcurso de três meses entre o deferimento da medida e sua execução tornou a medida prescindível a ponto de esvaziar sua necessidade. Entretanto, não trouxe nenhum elemento concreto nesse sentido, se limitando a fazer mencionada afirmação de forma apriorística sem nenhum elemento empírico que a subsidie. Portanto, não há se falar em esvaziamento da medida. 3. *O instituto da ação controlada foi idealizado para a postergação de prisão em flagrante, cuja disciplina "visa a proteger o*

133 STJ, 6ª T., HC n. 510.107/SP, rel. min. Nefi Cordeiro, *DJe* 3 dez. 2019 (grifo nosso).

> *próprio trabalho investigativo, afastando eventual crime de prevaricação ou infração administrativa por parte do agente policial que aguarda, observa e monitora a atuação dos suspeitos e não realiza a prisão em flagrante assim que toma conhecimento acerca da ocorrência do delito"*. (REsp 1655072/MT, rel. ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12.12.2017, *DJe* 20 fev. 2018). Dessa forma, ainda que se tratasse de hipótese de ação controlada para efetuar prisão, sem prévia comunicação ao juiz competente, não haveria se falar, por si só, em ilegalidade da prisão nem em nulidade das provas obtidas por meio da intervenção policial. Destaco, por fim, que a Lei de Organização Criminosa dispõe ser suficiente a prévia comunicação ao juiz competente que, no caso dos autos, estava ciente da postergação da execução do mandado de busca e apreensão (e-STJ fl. 110). 4. "Admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação, mas apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais, é permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da justiça" (HC 117.952/PB, rel. ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 27 maio 2010, *DJe* 28 jun. 2010). 6. Ordem denegada.[134]

Contudo, caso célebre que envolveu o emprego de tal meio de obtenção de prova foi o acompanhado no bojo do Inquérito n. 4.483[135] da Corte Suprema. No caso, a Polícia Federal monitorou entregas de dinheiro do empresário Joesley Batista – dono do frigorífico JBS – a um parente do deputado federal Aécio Neves e ao assessor especial da Presidência da República Rocha Loures (filmado com mochila contendo quinhentos mil reais), além de conversas entre ele e o ex-presidente Michel Temer. O feito foi desmembrado e aguarda julgamento.

O panorama atual da jurisprudência brasileira é de reconhecer a ação controlada como mecanismo legítimo de investigação.

10 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação controlada figura como técnica especial de investigação, com distinções da infiltração policial, da entrega vigiada, dos flagrantes preparado e diferido, encartada dentro do universo instrumental normativo de combate à macrocriminalidade, com sua roupagem dada pela Lei de Drogas, Organizações Criminosas e Lavagem de Dinheiro.

---

134 STJ, 5ª T., HC n. 1424.553/SP, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 28 ago. 2018 (grifo nosso).

135 STF, Tribunal Pleno, Inq. n. 4483 AgR-segundo, rel. min. Edson Fachin, *DJe* 9 ago. 2018.

Sublinhe-se, por relevante, que o instituto em comento é mundialmente utilizado para a escorreita apuração da criminalidade sofisticada, cujo tradicional enfrentamento releva-se de baixa efetividade, numa sistematização processual que preserve garantias fundamentais e proteja a sociedade de investidas criminosas.

Com procedimento normatizado, a ação controlada precisa ser planejada e documentada, de modo a garantir o seu controle judicial, coibindo-se eventuais excessos, de modo a aperfeiçoar as agências do sistema de defesa social.

Ao fim, fica a certeza de que a ação controlada é mais uma via de combate ao crime organizado e suas interfaces, sendo agasalhada pelos Tribunais Superiores, e seu sucesso depende de um sistema de defesa aparelhado e consciente de que sua missão por si só não irá pôr fim ao crime, mas aplacar o sentimento da impunidade desfrutado pelas lideranças criminosas faccionadas ou integrantes das cúpulas delitivas em atuação ligada ao poder político/econômico.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. *In:* CARLI, Carla de. *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

AVENA, Norberto. *Processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BACILA, Carlos Roberto. Ação controlada na investigação da criminalidade organizada. *In*: : PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade organizada*: investigação, direito e ciência. Coimbra: Almedina, 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Ação controlada na investigação criminal: entre a normatividade e a factibilidade. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XV, n. 355, p. 46-48, nov. 2011.

CORDEIRO, Néfi. *Tráfico internacional de entorpecentes*. Tese (doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 229-268, jan./fev. 2008.

GOMES, Rodrigo Carneiro. A repressão à criminalidade organizada e os instrumentos legais: ação controlada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 858, p. 455-464, abr. 2007.

JALIL, Mauricio Schaun. Nova lei sobre organizações criminosas (Lei n. 12.850/2013): primeiras considerações. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 32, p. 87-96, dez. 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES, Paulo Victor Ribeiro. *As ações controladas no direito processual penal brasileiro para o enfrentamento das organizações criminosas*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11254/1/21130139.pdf. Acesso em: 5 abr. 2021.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2020.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado, aspectos gerais e mecanismos legais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. *In*: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal:* teoria, crítica e práxis. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

PRADO, Luiz Regis. Associação criminosa: crime organizado (Lei 12.850/2013). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 102, n. 938, p. 241-297, dez. 2013.

VILARES, Fernanda Regina. Metodologia da investigação criminal e sua importância para uma ação controlada eficiente. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, n. 4, p. 53-78, jul./dez. 2015.

CAPÍTULO 5

A QUEBRA DA *OMERTÀ* PELA COLABORAÇÃO PREMIADA

Octahydes Ballan Junior

1 · INTRODUÇÃO

A criminalidade organizada, como fenômeno global e cada vez mais facilmente disseminável devido à quebra das barreiras geográficas, pela sociedade de risco e da informação, gerou desafios para o Direito Penal e Processual Penal.

De modo geral, o processo penal se acostumou a "ver" e "tocar" no objeto subtraído, no cadáver da vítima, na ofendida estuprada, no documento falsificado, na nota contrafeita, na droga transportada e por aí vai, tudo a permitir a produção de provas diretas e (ou) orais em juízo, em ato solene presidido por um magistrado. Tanto o Direito Penal material quanto o processual se prepararam para uma criminalidade *callejera*, violenta e (ou) perceptível sensorialmente sem maiores dificuldades.

Paulo Augusto Moreira Lima, na linha da contextualização aqui apresentada, reforça que o pensamento sobre as provas teve como parâmetro a "realidade dos crimes clássicos, existentes na humanidade desde os tempos bíblicos, como homicídio, roubo, furto e estupro", que permitem a produção de "provas diretas, testemunhas oculares, confissões e prisões em flagrante". Foi esse o cenário que forjou o "pensamento predominante nas Cortes Superiores do Brasil". Entretanto, as novas formas delituosas advindas com a globalização passaram a "exigir mudança não apenas na forma de investigar, mas sobretudo na maneira de julgar e analisar a prova possível de ser produzida", porque o *modus operandi* dessa nova criminalidade, em que "impera forte código de silêncio na instrução criminal", não é

demonstrado através dos meios clássicos de prova, que conduziriam a nulidades ou a absolvições.[136]

Não é difícil perceber, assim, que o cenário em relação aos crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e pertencimento a organização criminosa é muito mais complexo, exigindo mudança de compreensão sobre o sistema probatório, afinal os meios clássicos de produção de provas não conseguem dar resposta aos desafios da sociedade contemporânea.

No presente artigo, através de revisão bibliográfica, com a compreensão das características essenciais dos grupos criminosos organizados, ver-se-á o funcionamento da colaboração premiada como instrumento de quebra da *omertà*, o pacto de silêncio que normalmente impera nos grupos criminosos organizados.

A colaboração premiada se apresenta como técnica especial de investigação fundamental para permitir o conhecimento da engenharia delituosa do grupo e, portanto, para autorizar o avanço na colheita de provas pelo Estado, com o consequente desbaratamento dos delitos e desarticulação da organização criminosa.

2 · DA MÁFIA COMO FORMA TRADICIONAL DE GRUPO CRIMINOSO E SUA REPRODUÇÃO ESTRUTURAL NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS ATUAIS

Os grupos criminosos organizados se valem da lei do silêncio, a *omertà*. Nos moldes das organizações mafiosas italianas, isso já significava "a recusa generalizada a colaborar com a justiça e os órgãos do Estado encarregados de investigar ou julgar. Deve implicar absoluta e incondicionada resistência a cooperar com as autoridades públicas".[137]

É possível notar pontos de coincidência nas características das máfias (como espécie de grupo criminoso organizado) e na estrutura normalmente encontrada no perfil criminológico do crime organizado contemporâneo.

---

136 LIMA, Paulo Augusto Moreira. A prova diabólica no processo penal. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 170.

137 VIANA, Luziram Costa. *A organização criminosa na Lei 12.850/2013*. 240f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 93.

Conforme Jean-François Gayraud, a máfia é uma espécie de primeira divisão na liga do crime, gerando um orgulho não dissimulado, encarnando uma aristocracia do crime, com cada agente se considerando um aristocrata, é um estágio supremo do crime organizado, a sua máxima expressão e consagração. O autor identifica oito critérios característicos de um grupo mafioso.

Em primeiro lugar, há controle de um território: o poder das máfias é local, da cidade ou do bairro, não impessoal nem abstrato, concorrendo com outras formas de poder territorial, constituídas pelo Estado ou instituições locais, no exercício do monopólio da violência legítima (forças e corpos de segurança e justiça penal) e da cobrança de tributos. Há um conflito dentro do mesmo território entre, de um lado, um poder legal e visível e, de outro lado, um poder ilegal e invisível (mas que às vezes se converte em real ou fático). Frequentemente a capacidade de influência da máfia sobre seu território é de fato maior do que a da autoridade oficial, e a diferença entre essas duas formas de controle territorial reside somente em sua relação de legalidade ou ilegalidade e em sua legitimidade, de tal modo que a soberania estatal no território da máfia, em algumas ocasiões, é uma ficção. A força da máfia está baseada na fragilidade do Estado, em sua incapacidade de se impor como único centro do poder territorial. A máfia forma um Estado paralelo, com objetivo de viver na sombra do poder, valendo-se da fragilidade estatal, sem pretender destruir o próprio Estado, convertendo o domínio do território em uma condição permanente de seu poder. Esse domínio não é apenas do espaço físico, mas também do espaço imaterial, setores econômicos e sociais completos, como sindicatos, contratos públicos, jogos, construções e obras públicas, coleta e tratamento de lixo etc.

A segunda característica é a capacidade de ordem e domínio: é consequência ou a concretização do critério territorial, representando uma ordem jurídica paralela, alternativa e competidora do Estado. Inicialmente, uma máfia gera proteção, segurança e ordem, mas de maneira acessória causa violência. A ordem é um elemento de sua ideologia, efeito concreto de sua atividade e, ainda que seja paradoxal, a expressão e a resposta a uma necessidade social. Mais do que riqueza, a máfia busca poder sobre as pessoas, uma comunidade e sobre as elites políticas e econômicas. O mafioso gosta de se apresentar como um homem de ordem, preocupado com a harmonia social e a harmonização entre o mundo de baixo (a delinquência desorganizada) e o de cima (as elites políticas, econômicas e sociais), com o que pretende enganar os desavisados ou ter um

discurso legitimador. Esse poder de dominação não se exerce apenas em relação aos estratos inferiores da sociedade, mas também sobre as classes mais altas, adquirindo para tanto uma espécie de massa crítica de autoridade. A violência é empregada com constante preocupação com a discrição e a invisibilidade e se exerce, em primeiro lugar, dentro do mundo criminoso para controle do território ou eliminação da concorrência, evitando que chegue ao mundo "civil", não sendo conveniente provocar reações enérgicas do sistema repressivo.

Como terceira característica aparece a hierarquia e obediência: constituindo-se num Estado paralelo, a máfia é um autêntico contragoverno, tendo normas, juízes, polícia, tributos e outras instituições próprias, acima (ou fora) do sistema legal oficial e das fronteiras transnacionais. É uma sociedade militar e feudal, com o indivíduo desaparecendo por detrás da organização, numa pirâmide hierárquica e num sistema vertical, executando as ordens recebidas sem discuti-las em nenhuma hipótese, sob pena de morrer; a obediência é a pedra de toque e de coesão; a disciplina é do tipo militar.

Como quarta característica surge a etnia e a família: uma "família mafiosa" é uma "fraternidade de homens", associação de pessoas do sexo masculino que se consideram irmãos, num vínculo de solidariedade voluntário, consciente, pessoal e criado, que se obrigam a se socorrerem mutuamente, com seus membros desenvolvendo um sentimento de pertencimento a uma mesma comunidade e que passam por critérios raciais. A pureza étnica e geográfica é considerada uma garantia de segurança e confiança.

Em quinto lugar aparece a diversidade criminosa: um grupo mafioso forte é essencialmente multicriminoso, não se limitando a uma especialidade delitiva, porque sua força "militar", política e econômica lhe permite atuar em todos os setores do crime, não excluindo ou priorizando nenhuma fonte de ganhos, mas tendo a possibilidade de elegê-los com base numa estimativa de custos e benefícios, sopesando ganhos líquidos e riscos originados da repressão estatal, num cálculo racional do tipo econômico. Se a repressão está suficientemente forte num determinado setor da atuação criminosa, a máfia se retira e muda a sua atuação. A diversidade de atuação explica a razão de as máfias sempre se encontrarem nos setores mais lucrativos do momento.

Ademais, a máfia é cercada de mitos e lendas, sua sexta característica: ela tem necessidade de se dotar de uma origem quase mítica, sempre com uma história de proteção e resistência de uma comunidade oprimida. A

própria palavra "máfia" estaria envolta em lendas, porque seria a contração de uma manifestação desesperada de uma mãe diante do estupro de sua filha por um soldado francês (*Ma fia!*, minha filha), ou, numa segunda versão, o acrônimo de *Morte Alla Francia!, Italia Anela* (morte a França, Itália anseia). Outro acrônimo seria *Mazzini Autorizza Furti, Incendi, Avvelenamenti* (Mazzini nos permite roubar, incendiar e envenenar).

Em sétimo lugar, verifica-se a característica de antiguidade e permanência: as máfias possuem uma capacidade única de sobrevivência, prosseguindo com suas atividades independentemente dos acontecimentos históricos, como guerras ou mudanças de regimes políticos e sistemas econômicos. Possuem a característica de serem rígidas e flexíveis ao mesmo tempo, com uma infinita capacidade de adaptação às mudanças do mundo. A sua estrutura é estável, embora os homens possam ser substituídos, ocupando as vagas que se abrem.

Por fim, indiscutível a presença de sigilo e iniciação: a máfia é uma sociedade secreta e com ritos de iniciação, uma cerimônia em que se firma um pacto de silêncio e solidariedade, com rituais que cumprem uma clara função expressiva na medida em que servem para institucionalizar normas e valores, com o agente iniciado entrando num universo de novas regras. O pacto mafioso se fundamenta no silêncio, e sua violação é castigada com a morte, razão pela qual o ritual comporta um juramento sacramental, como o utilizado pela "Família Patriarca", em que se deve declarar: "desejo entrar nessa organização para proteger minha família e a todos os meus amigos. Juro não divulgar esse segredo e obedecer com amor e *omertà*". O sujeito morre para o mundo anterior e renasce para uma nova vida, é uma representação simbólica da morte e ressurreição.

Com base em tudo isso, o autor sugere a seguinte definição de máfia:

> Uma máfia é uma sociedade secreta e fraternal, de caráter criminoso, permanente e hierarquizada, baseada na obediência e respaldada por uma mitologia, que pratica um recrutamento étnico, controla um território e domina as demais espécies criminosas.[138]

Por sua vez, Isabel Sánchez García de Paz, cuidando do perfil criminológico do crime organizado contemporâneo, diz que é identificável uma característica estrutural dos componentes do grupo, um especial perigo

138 Resumo das características do grupo mafioso e seu conceito a partir de: GAYRAUD, Jean-François. *El G 9 de las mafias en el mundo:* geopolítica del crimen organizado. Urano: Barcelona, 2007. p. 278-339.

em frente a outras formas de criminalidade e uma expansão e internacionalização do crime organizado. É possível a seguinte síntese:

- estruturas características: presença de um certo número de pessoas e vontade de permanecer estavelmente ligadas. Tradicionalmente, a estrutura dominante é piramidal e hierárquica, com diferentes níveis de autoridade e funções, deveres e responsabilidades, com a tomada de decisão e execução se encontrando separadas. São as organizações com maior capacidade operacional e estratégica, dotadas de maior periculosidade, com coesão baseada em regras de lealdade próprias dos grupos familiares e clãs, imperando estritos códigos de honra e justiça à margem dos formais, como o código de silêncio e o respeito às promessas verbais, com formas de disciplina internas para manutenção da coesão do grupo. O modelo é a máfia italiana, caracterizada pela sujeição dos membros a estritos códigos de comportamento, o estabelecimento de relações de clientelismo ou patronagem e um rígido código de silêncio (*omertà*). Sem embargo, também são encontradas organizações criminosas com estrutura horizontal, celular ou em rede, que são compostas de indivíduos ou células, inclusive entidades jurídicas e profissionais (empresas, advogados, integrantes de serviços financeiros, economistas e notários) que estão mais ou menos relacionados uns com os outros e que cooperaram em diferentes frentes criminosas, sendo difíceis de detectar. Outrossim, há grupos de estrutura fluida, com menor nível de organização e com integrantes sujeitos a laços menos consistentes, que em parte são variáveis e que às vezes não se conhecem entre si, com o grupo se recompondo estruturalmente em função de cada operação criminosa levada a cabo, reduzindo o risco de prisão, a exemplo dos cartéis de droga da Colômbia;

- características dos componentes: uma importante característica é o fator familiar e étnico, que contribui para a impermeabilização do grupo e reduz o risco de infiltração. Os membros geralmente têm entre 20 e 30 anos, mas na cúpula os dirigentes estão entre 30 e 45 anos. Quanto ao gênero, a participação de mulheres não é habitual. Há ainda grupos compostos exclusivamente por nacionais, exclusivamente por estrangeiros ou mistos. Mais recentemente foi observado o aumento de integrantes intelectual e profissionalmente formados;

- especial periculosidade do crime organizado diante de outras formas de criminalidade (desestabilização dos sistemas político e econômico): os delitos praticados por organizações criminosas representam

um perigo superior à delinquência individual, porque reduz ou exclui os fatores de inibição para o cometimento de delitos e os sentimentos de responsabilidade, e porque a organização permite a construção de estruturas racionalmente orientadas ao planejamento e realização do crime, bem como ao encobrimento de seus membros. A soma de forças, planejamento e divisão de tarefas fundamenta claramente um maior perigo aos bens jurídicos. A isso se acrescenta a profissionalização dos membros da organização, o que favorece seu caráter duradouro e a organização racional. A corrupção aparece em todos os estudos criminológicos sobre crime organizado como um componente essencial. O crime organizado depende da corrupção da administração pública em todos os níveis para sua sobrevivência e o êxito de suas atividades. Para alcançar seu objetivo de maximização do benefício econômico, as organizações criminosas se servem do controle de parcelas do poder não só econômico, mas também político, utilizando meios ilícitos. A corrupção é necessária com um duplo objetivo: preservar a imunidade do grupo em frente à ação policial e judicial e levar a bom termo os negócios lucrativos da organização criminosa, que pode precisar instrumentalmente de um tratamento favorável da administração em questões como concessão de licenças, permissões administrativas, inspeções e controles, legislação fiscal e ambiental favoráveis etc.;

- expansão e internacionalização do crime organizado contemporâneo: o aumento de poder e influência, bem como a expansão de grupos criminosos organizados de um âmbito local e regional até um âmbito internacional, é uma das características mais marcantes dessa forma de criminalidade nas últimas décadas, fator acentuado pela globalização, criação de zonas de livre comércio e espaços de livre circulação de pessoas, avanços tecnológicos nos sistemas de comunicação, transmissão de informações e de transporte, além de crises e desigualdades econômicas.[139]

Vê-se, portanto, que as máfias possuem características que hoje são reproduzidas, talvez até intuitivamente ou por se apresentarem como um modelo de sucesso, nas organizações criminosas contemporâneas,[140] reforçando entre seus membros o sentimento de orgulho e de pertencimento.

---

139 GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. *La criminalidad organizada:* aspectos penales, procesales, administrativos y policiales. Dykinson: Madrid, 2005. p. 57-80.

140 Essas características estão, de certa forma, presentes também na definição de crime organizado, contida no art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013, que exige a associação

Em grande medida essas características são também replicadas pelas organizações criminosas brasileiras (como nas facções e milícias, com seus rituais de ingresso, dever de irmandade e silêncio, ocupação de espaços territoriais etc.).

A *omertà*, o pacto de silêncio, é um dever intrínseco desde a formação tradicional dos grupos mafiosos, fato que se reproduz atualmente nas demais espécies de criminalidade organizada, que veem naquela um exemplo a ser seguido.

Note-se, a título de exemplo, que o PCC usava da violência física em disputas territoriais, conforme se expandia a outros presídios. Essa extrema violência como simbolismo de poder caracterizou a fase inicial de expansão da organização criminosa. Os rituais simbólicos acompanhavam o batismo de novos membros, havendo controversos relatos de um pacto de sangue e, certamente, a exigência de leitura do estatuto da facção pelo novato, que jurava obedecer todos os 16 itens e manter-se fiel a seu padrinho.[141]

Assim, conjugando-se a dificuldade na produção das provas na macrocriminalidade, já que os atos são praticados geralmente no interior de grupos estruturados e sob forte lei do silêncio entre os integrantes, é preciso que o Estado, por meio da legislação, crie incentivos para a quebra da *omertà*, o que só é possível com a colaboração premiada.

3 · A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INCENTIVO À QUEBRA DA *OMERTÀ*

O Direito Penal sempre trabalhou com prêmios ou sanções premiais, concedendo atenuantes, causas de diminuição de pena ou mesmo o perdão judicial em diversas hipóteses. No caso da colaboração premiada, apontam-se, como sua origem remota no Brasil, as Ordenações Filipinas,

---

de quatro ou mais pessoas, estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, 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".

141 DIAS, Camila Caldeira Nunes. *Da pulverização ao monopólio:* expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. 386f. Tese (doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciência Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 165-168.

com vigência entre 11 de janeiro de 1603 e a entrada em vigor do Código Criminal do Império, datado de 16 de dezembro de 1830.[142-143]

Na legislação moderna, vários diplomas normativos trataram da colaboração, não necessariamente com esse nome e todos sem regulamentação suficiente até a edição da Lei de Organizações Criminosas, podendo-se apontar as seguintes leis: 7.492/1986 (crimes contra o sistema

142 CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de. Colaboração premiada. Online. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/doutrinas/doutrinas_autores/COLABORA%C3%87%C3%83O%20PREMIADA.doc. Acesso em: 23 jan. 2021.

143 O Livro V, Título CXVI, dispunha, com a redação da época, sobre "como se perdoará aos malfeitores, que derem outros á prisão", prevendo:

"Qualquer pessôa, que der á prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artificio mingoar, ou corromper a verdadeira, ou em falsar nosso sinal, ou sello, ou da Rainha, ou do Principe meu filho, ou em falsar final de algum Vêdor de nossa fazenda, ou Dezembargador, ou de outro nosso Official Mór, ou de outros Officiaes de nossa Caza, em cousas, que toquem a seus Officios, ou em matar, ou ferir com bêsta, ou espingarda, matar com peçonha (2), ou em a dar, ainda que morte della se não siga, em matar atraiçoadamente, quebrantar prisões e Cadêas (3) de fóra per força, fazer furto, de qualquer sorte e maneira que seja, pôr fogo ácinte para queimar fazenda, ou pessôa, forçar mulher, fazer feitiços, testemunhar falso, em soltar presos por sua vontade, sendo Carcereiro, em entrar em Mosteiro de Freiras com proposito desonesto, em fazer falsidade em seu Officio, sendo Tabellião, ou Serivão; tanto que assi dér á prisão os ditos malfeitores, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que assi deu á prisão, participante em cada hum dos ditos malefícios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, posto que não tenha perdão da parte.

E se não fôr participante do mesmo malefício, queremos que haja perdão para si (tendo perdão das partes) de qualquer malefício, que tenha, posto que grave seja, e isto não sendo maior daquelle, em que he culpado o que assi deu á prisão.

E se não tiver perdão das partes, havemos por bem de lhe perdoar livremente o degredo, que tiver para África, até quatro annos, ou qualquer culpa, ou malefício, que tiver commettido, porque mereça degredo até os ditos quatro annos.

Porém, isto se entenderá, que o que dér á prisão o malfeitor, não hava perdão de mais pena, nem degredo, que de outro tanto, quanto o malfeitor merecer (1).

1. E além do sobredito perdão, que assi outorgamos, nos praz, que sendo o malfeitor, que assi foi dado á prisão, salteador de caminhos, que aquelle, que o descobrir, e dér á prisão, e lho provar, haja de Nós trinta cruzados de mercê".

Disponível em: http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1272.htm. Acesso em: 23 jan. 2021.

financeiro nacional);[144] 8.072/1990 (crimes hediondos e equiparados);[145] 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo);[146] 9.034/1995 (dispunha sobre a investigação de crime organizado, estando atualmente revogada);[147] 9.613/1998 (lavagem de dinheiro);[148] 9.807/1999 (Lei de Proteção a Testemunhas, Vítimas e Réus

144 "Art. 25 [...] § 2º. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços".

O dispositivo, contudo, foi incluído pela Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995.

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

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

A Lei n. 8.072/90 ainda inseriu no Código Penal o § 4º do art. 159 (extorsão mediante sequestro), prevendo: "§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços".

146 "Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços."

Parágrafo também incluído pela Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995.

147 "Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria."

148 Na redação original: "Art. 1º. [...] § 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime".

Na redação atual, conferida pela Lei n. 12.683/2012: "§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime".

Colaboradores);[149] 11.343/2006 (drogas);[150] e 12.850/2013 (organizações criminosas), que nos interessa mais proximamente por ser hoje o principal instrumento, regulamentando adequadamente a colaboração premiada.

Tendo ganhado impulso a partir da Lei n. 8.072/1990, quando buscava servir de incentivo para desbaratar quadrilhas voltadas para a prática de crimes violentos, tráfico de drogas e, principalmente, extorsão mediante sequestro, com o encontro da vítima com vida, a colaboração premiada assumiu destacada relevância décadas depois, com o advento da Lei n. 12.850/2013. Hoje esse instituto é um importante instrumento para a política pública de enfrentamento à macrocriminalidade.[151]

Reconhecida internacionalmente como técnica especial de investigação necessária ao enfrentamento da macrocriminalidade, a colaboração premiada contribui para a tentativa dos órgãos de persecução de inverter a baixa probabilidade de punição, autorizando que se trabalhe com a possibilidade de, em certos casos, concordar-se com uma sanção mais branda a alguns infratores para que um grupo maior seja alcançado pelo sistema de justiça.

A colaboração premiada vem encontrando, no Brasil, sérias resistências de alguns setores da comunidade jurídica, chegando curiosamente a ser chamada de meio antiético e imoral, que estimula a "deslealdade e a traição entre parceiros",[152] como se fosse possível falar em ética e moral da organização criminosa ou como se aquele que se aproxima da legalidade e colabora com os órgãos de persecução se distanciasse dos preceitos éticos e não o contrário.

---

149 "Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços."

150 "Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços."

151 BALLAN JUNIOR, Octahydes; VASCONCELOS, Sóya Lélia Lins de. Colaboração premiada: instrumento para a efetivação da política criminal brasileira. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 70, p. 33-53, fev./mar. 2016. p. 33-53.

152 BITENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada é favor legal, mas antiético. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Online, 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antietico. Acesso em: 24 jan. 2021.

Nada obstante, a literatura especializada há tempos já apontou que o sucesso no esclarecimento dos crimes de corrupção depende daqueles que possuem as informações internas a respeito da prática criminosa, exigindo das autoridades o compromisso de um abrandamento da sanção penal em relação àquele que colaborar com a persecução penal.[153]

Em frente a determinados casos concretos, o sistema de justiça, para uma melhor e mais ampla descoberta do esquema ilícito, precisa trabalhar com informações repassadas por integrantes do próprio grupo criminoso, que, como contrapartida e incentivo para colaborar com as autoridades estatais, deverá ser beneficiado com uma pena menor.

A colaboração normalmente ocorre quando um dos agentes envolvidos se vê diante de uma situação em que, para ele, já se mostrem elevadas a probabilidade de condenação e a imposição de uma pena alta, ou ao menos ele se sinta na iminência de sofrer uma persecução penal com medidas mais drásticas, principalmente prisão processual e bloqueio de ativos. "Isso cria um grande paradoxo nos esforços de aplicação da lei. As altas penas esperadas devem dissuadir a corrupção, mas uma alta probabilidade de detecção só pode ser alcançada se algumas penas baixas forem prometidas",[154] abrindo caminho para a colaboração dos envolvidos.

A Lei n. 12.850/2013 disciplinou a colaboração premiada na Seção I do Capítulo II, que trata "da investigação e dos meios de obtenção da prova", sofrendo significativa alteração com a Lei n. 13.964/2019, que inseriu e alterou vários artigos, tendencialmente dificultando a celebração do acordo.

Isso fica claro com a inclusão do inciso II ao § 7º do art. 4º, com previsão de que são nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Código Penal[155] e

153 ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos*: causas, consecuencias y reforma. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2001. p. 72: "[. . .] una detección con éxito de la corrupción depende de quienes tienen información interna para denunciar el delito. A menudo esto exige que los funcionarios prometan aplicar la ley con poca severidad a uno de los participantes".

154 ROSE-ACKERMAN, 2001, p. 72.

155 "Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

as regras de cada um dos regimes estabelecidos neste mesmo código e na Lei de Execução Penal e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º do mesmo artigo.[156]

Em outras palavras, a reforma de 2019 aparentemente pretendeu cercear a liberdade de negociação premial entre Ministério Público e investigado, acusado ou condenado, com forte desincentivo à celebração do acordo, porque o colaborador, ao se fazer uma interpretação gramatical do dispositivo, não poderá negociar a pena ou sequer o regime de cumprimento, ficando sujeito somente ao disposto no *caput* do art. 4º, que garante, sob análise do juiz no momento da dosimetria da pena, a concessão do perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou sua substituição pela restrição de direitos, ou, se a colaboração ocorrer após a sentença, uma redução até a metade ou progressão de regime mesmo se ausentes os requisitos objetivos (§ 5º).

Acontece que é preciso diferenciar dois sistemas que podem ser extraídos da legislação em vigor. De um lado, conforme compreendemos, o Direito Penal brasileiro trabalha com um sistema de *delação* premiada, em que o agente, independentemente de acordo com o Estado, noticia os fatos, apresenta as provas e delata os coautores, recebendo do juiz, ao final, um prêmio. Essa era a forma adotada até a entrada em vigor da Lei

---

b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais."

156 "§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos."

n. 12.850/2013, porque as demais leis, acima mencionadas, não tratavam do acordo propriamente dito, não cabendo ao Ministério Público, nessa situação, negociar penas e regimes, mas quando muito frações de diminuições que seriam pleiteadas em juízo.

De outro lado, a Lei de Organizações Criminosas implantou um sistema de *colaboração* premiada, um Direito Penal propriamente *negocial*, mas manteve a tradicional adversariedade entre as partes do processo, circunstância que diferencia o sistema brasileiro do americano.

De fato, o sistema processual americano permite a negociação da própria sentença criminal (a pena em si), autorizando a declaração de culpa (*guilty plea*) e dispensando a ação penal através do *plea bargaining,*[157] e foi isso o que a Lei n. 12.850/2013, com a redação dada pela Lei n. 13.964/2019, expressamente vedou.

O Brasil, frise-se, mantém um sistema processual acusatório e adversarial. Diferentemente do *plea bargaining*, aqui o colaborador continua sujeito a um processo penal,[158] podendo inclusive ser absolvido, quando então, por evidente, não lhe será imposta nenhuma pena, e o acordo de colaboração firmado com os órgãos de persecução sequer surtirá efeitos sobre sanção ou regime prisional. De certa forma, os benefícios fixados no acordo ficam submetidos a um evento futuro e incerto, qual seja, a sentença penal condenatória, essa sim a impor pena como ato privativo do Estado-Juiz.[159]

Como no Brasil a confissão é insuficiente para uma condenação, impondo-se a aferição de todo o conjunto probatório, o que se faz no acordo de colaboração premiada é, conforme Paulino, a fixação de "um limite sancionatório e, na hipótese de o colaborador vir a ser condenado a uma

157 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 65.

158 De forma diversa, no *plea bargaining* "afasta-se o *trial*, isto é, o processo de acusação formalizada e procedimento probatório, para ao final se produzir uma sentença, e passa-se diretamente à aplicação da pena (*sentencing*)". (SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal:* o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público. Brasília: Fundação Escola, 2019. p. 51)

159 "[…] se o *jus puniendi* é a manifestação do atributo de soberania do Estado, que toma para si o monopólio da forma legitimada, é forçoso concluir que a pena dá-se justamente por meio do brocardo latino *nulla poena sine judicio*. É dizer: o *jus puniendi* do Estado se materializa, quando presente o conflito penal, por meio do processo penal." (SUXBERGER, 2019, p. 81)

pena maior, cumprirá a sanção até o limite que foi fixado". Logicamente que, sendo condenado a uma pena menor, "cumprirá a pena fixada na sentença condenatória" e "[s]e não houver condenação, não haverá sanção a ser cumprida pelo colaborador". O negócio jurídico-processual funciona para o colaborador como "garantia de que não cumprirá a sanção em um patamar superior ao que foi estabelecido no acordo de colaboração premiada enquanto benefício premial".[160]

Dessa maneira o sistema se harmoniza, e a pena, como exercício do *jus puniendi* do Estado, será normalmente fixada pelo juiz, segundo os critérios do art. 4º, *caput,* da Lei n. 12.850/2013 e levando em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (§ 1º), disso podendo resultar até o perdão judicial ou sanção em patamar inferior ao benefício premial entabulado como limite sancionatório e de segurança jurídica do colaborador. É de se notar que, descumprido o acordo pelo colaborador, estará ele sujeito ao cumprimento integral da pena que lhe for imposta na sentença.

Cuidando-se de técnica especial de investigação e meio de obtenção de prova, a lei prevê, no art. 3º, § 4º, que a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicarão as provas e os elementos de corroboração.

Desse modo, a colaboração premiada é instrumento de investigação altamente relevante para que o Estado tenha conhecimento do funcionamento interno das organizações criminosas, de seus atos concretos, dos ilícitos praticados, das pessoas envolvidas, além de permitir não só a colheita das provas entregues diretamente pelo colaborador, como também outras que ele apontar e que serão alcançadas através das demais técnicas investigatórias.

A previsão e a regulamentação da colaboração premiada pela legislação brasileira estão de acordo com a política criminal internacional (traçada, basicamente, a partir das Convenções de Viena, Palermo e Mérida), sendo inviável a tentativa de dificultar a sua realização através de disposições normativas que, além de desconsiderar todo um sistema, afastam-se da pretensão global de enfrentar a macrocriminalidade.

160 PAULINO, Galtiênio da Cruz. A natureza jurídica da sanção estabelecida em acordo de colaboração premiada. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Online*, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-dez-03/paulino-natureza-juridica-sancao-colaboracao-premiada. Acesso em: 24 jan. 2021.

4 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, buscamos demonstrar que, em geral, os grupos criminosos organizados continuam estruturados e inspirados, quiçá fazendo-o de forma intuitiva, no modelo das máfias, que são uma representação da fórmula de sucesso das organizações criminosas.

As principais características das máfias são encontradas no próprio conceito de crime organizado previsto na Lei n. 12.850/2013, art. 1º, § 1º, que exige a associação de quatro ou mais pessoas, *estrutura ordenada* e caracterizada pela *divisão de tarefas*, *objetivo de obter*, direta ou indiretamente, *vantagem* de qualquer natureza, *mediante a prática de infrações penais* cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Grupos criminosos como o autointitulado *primeiro comando da capital* (PCC) exigem um ritual de ingresso, o respeito a um estatuto, buscam expansão e ocupação de espaço territorial e contam com um sentimento interno de gratidão de irmandade, um dever de fraternidade.

Por sua vez, nos grupos criminosos direcionados para a prática de crimes de colarinho branco, o dever de cooperação mútua e de irmandade decorre do fato de estarem os agentes ligados pelas esferas de poder, que exige deles uma imagem pública que não pode ser arranhada por escândalos, levando um a proteger o outro. Além disso, atos de corrupção e lavagem de dinheiro são normalmente feitos de modo a aparentar licitude, criando a necessidade de os envolvidos sustentarem essa aparência de legalidade. Não por outro motivo os verbos nucleares da lavagem de ativos são *ocultar* e *dissimular*, ou seja, dar aparência de regularidade ao que é ilícito.

Assim, é inerente ao crime organizado o pacto de silêncio, a *omertà*. A colaboração premiada surge, então, como técnica especial de investigação que busca quebrar esse dever de sigilo, criando incentivos para o agente colaborar com os órgãos de persecução penal.

A literatura especializada adverte que, para um enfrentamento adequado à *macrocriminalidade*, a colaboração premiada é um instrumento indispensável. É, na verdade, a única forma de conhecer com precisão os fatos internos do grupo criminoso e de alcançar diversas provas que demonstrem o cometimento dos crimes.

O Estado abre mão de uma parcela de seu poder punitivo em troca de alcançar algo maior, consistente na identificação e punição de mais

autores e coautores dos crimes, na recuperação de ativos e na comprovação da materialidade e autoria de outros delitos.

Os meios tradicionais de prova foram pensados e estruturados para que o sistema de justiça criminal desse resposta aos delitos de rua, *callejeros*, não servindo para o fim de enfrentar a corrupção, a lavagem de dinheiro e o crime organizado. Para isso, cumpre ao Estado bem conhecer e trabalhar com as técnicas especiais de investigação, internacionalmente reconhecidas e adotadas (Convenções de Viena, Palermo e Mérida), fazendo uso sobretudo da colaboração premiada, meio hábil a quebrar a *omertà*, ínsita aos membros de uma organização criminosa.

REFERÊNCIAS

BALLAN JUNIOR, Octahydes; VASCONCELOS, Sóya Lélia Lins de. Colaboração premiada: instrumento para a efetivação da política criminal brasileira. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 70, p. 33-53, fev./mar. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada é favor legal, mas antiético. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Online*, 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antietico. Acesso em: 24 jan. 2021.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de. Colaboração premiada. *Online*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/doutrinas/doutrinas_autores/COLABORA%C3%87%C3%83O%20PREMIADA.doc. Acesso em: 23 jan. 2021.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. *Da pulverização ao monopólio:* expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. 386f. Tese (doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciência Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. *La criminalidad organizada*: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales. Dykinson: Madrid, 2005.

GAYRAUD, Jean-François. *El G 9 de las mafias en el mundo:* geopolítica del crimen organizado. Urano: Barcelona, 2007.

LIMA, Paulo Augusto Moreira. A prova diabólica no processo penal. *In:* SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade.* 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. A natureza jurídica da sanção estabelecida em acordo de colaboração premiada. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Online*, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-dez-03/paulino-natureza-juridica-sancao-colaboracao-premiada. Acesso em: 24 jan. 2021.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos:* causas, consecuencias y reforma. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2001.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal:* o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público. Brasília: Fundação Escola, 2019.

VIANA, Luziram Costa. *A organização criminosa na Lei 12.850/2013.* 240f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

CAPÍTULO 6

COLABORAÇÃO PREMIADA: ASPECTOS PRÁTICOS E A VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Galtiênio da Cruz Paulino

1 · INTRODUÇÃO

Atualmente, a colaboração premiada se apresenta como um dos instrumentos de combate à criminalidade organizada mais eficiente. A Convenção de Palermo enquadra a colaboração premiada como uma técnica especial de investigação que impõe uma obrigação processual penal positiva[161] para os Estados de utilizar o instituto no aprimoramento das investigações.

No Brasil, a colaboração premiada passou a ter suas primeiras regulamentações normativas a partir da década de 1990, com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990), que trouxe a previsão de que o agente que auxiliar na persecução penal para desestruturar quadrilha ou bando terá sua pena reduzida.[162] Ocorre que a positivação de um

161 "Artigo 26

Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: [...]". BRASIL. *Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

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

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços." BRASIL. *Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.* Código Penal. Senado Federal.

"prêmio" em razão da colaboração de um acusado com a persecução penal foi inserida pela primeira vez no ordenamento jurídico nacional por meio das alíneas[163] *b* e *d* do art. 65, III, do Código Penal. Mesmo não se enquadrando como norma de acordo de colaboração premiada propriamente dita, o citado dispositivo demonstra a intenção do legislador de premiar o acusado que resolva colaborar com a solução de uma demanda criminal.

Atualmente, alguns diplomas normativos preveem o instituto da colaboração premiada, sendo o mais relevante de todos a Lei n. 12.850/2013, que, convivendo com a vigência das demais previsões legais, sistematizou a regulamentação do instituto, bem como inaugurou uma nova roupagem colaborativa, a do sistema do limite sancionatório, que será mais bem detalhada ao longo deste trabalho.

Outrossim, a Lei n. 12.850/2013, com as alterações advindas da Lei n. 13.964/2019, incorporou uma série de posicionamentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores firmados ao longo dos anos, que contribuíram para a consolidação do instituto da colaboração premiada.

Nesse cenário, será realizada neste estudo uma breve exposição sobre alguns dos principais entendimentos jurisprudenciais relativos ao acordo de colaboração premiada, as principais alterações e polêmicas advindas da Lei n. 13.964/2019, bem como serão discutidos alguns assuntos de cunho eminentemente prático que costumam surgir no cotidiano de atuação da Procuradoria-Geral da República junto aos Tribunais Superiores durante a aplicação da colaboração premiada.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

163 "Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

III – ter o agente:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

[...]

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; [...]". BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.* Código Penal. Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

Parte do texto desenvolvido neste trabalho já foi publicado em sua totalidade ou parcialmente em outros meios. Neste momento, amplia-se a análise do tema, com foco em uma visão prática do instituto da colaboração premiada no cotidiano jurídico dos Tribunais Superiores.

2 · O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E OS SISTEMAS COLABORATIVOS

A ideia de colaboração do acusado em troca de um prêmio, no ordenamento jurídico brasileiro, conforme mencionado, remonta à previsão normativa das alíneas *b* e *d* do art. 65, III, do Código Penal, com a redação advinda da Lei n. 7.209/1984, e aos institutos do arrependimento eficaz (art. 15, CP) e do arrependimento posterior (art. 16, CP). Com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990), o instituto da colaboração premiada foi incluído expressamente no ordenamento nacional.

Outras leis surgiram no mesmo sentido, com destaque para a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/1998), que, no art. 1º, § 5º, com redação estabelecida pela Lei n. 12.683/2012, passou a prever que aquele que colabore com o Estado na persecução penal para apuração das infrações penais, na identificação dos demais agentes envolvidos ou na localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime poderá receber um prêmio quando do seu julgamento.[164]

Posteriormente, veio a Lei de Proteção às Testemunhas e Vítimas de Crimes (Lei n. 9.807/1999), estipulando a previsão da colaboração premiada, pela primeira vez, para qualquer infração penal.[165]

Com a Lei n. 12.850/2013,[166] a colaboração premiada adquiriu maior sistematicidade, deixando de ser um instituto direcionado para crimes específicos em troca de um prêmio a ser concedido em uma persecução penal específica em que o colaborador efetivamente tenha colaborado.

---

164 BRASIL. *Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998*. Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

165 BRASIL. *Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999*. Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

166 BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

Vigora nas leis que antecedem a Lei n. 12.850/2013 o sistema do favor estatal,[167] por meio do qual se atribui um prêmio em favor do colaborador, na maioria das vezes no momento da condenação, com uma redução de pena ou mesmo perdão judicial.

A Lei n. 12.850/2013 manteve a sistemática colaborativa do favor estatal prevista nas leis que a antecederam, porém inaugurou o sistema de colaboração baseado no limite sancionatório, com protagonismo para o órgão de acusação.

A sistemática do favor estatal configura-se quando o colaborador resolve cooperar com a persecução penal do evento específico de que ele está sendo acusado. Para que sejam estabelecidos benefícios nesse caso, prescinde-se de um prévio acordo, necessitando-se apenas de que o Ministério Público se posicione favoravelmente à colaboração, em razão de entender que as informações prestadas e as provas apresentadas foram importantes para a persecução penal. Em seguida, caberá ao juiz, no momento da sentença, após a manifestação do Ministério Público, aferir se a colaboração do acusado foi efetiva e será cabível, desse modo, a concessão de um benefício, aplicando uma causa de diminuição de pena prevista na lei, o perdão judicial ou admitindo a incidência de um regime de pena mais brando.

Na sistemática do favor pena, repita-se, não se necessita da formalização de um acordo. Este, porém, poderá ser celebrado com o Ministério Público, sem a vinculação do juízo, ou com a polícia, sem a fixação dos benefícios (hipótese em que se enquadram os acordos de colaboração celebrados com a polícia).

Já na nova sistemática inaugurada pela Lei n. 12850/2013 (limite sancionatório), o Ministério Público (atribuição exclusiva) celebra um acordo com o colaborador que entregou diversos eventos delitivos de que tem conhecimento e estabelece um limite sancionatório. Ou seja, caso o colaborador venha a ser condenado em razão dos eventos delitivos de que tenha participado e estes estejam englobados pelo acordo de colaboração premiada, só cumprirá a sanção imposta em consonância com os limites sancionatórios acordados e homologados pelo juízo. Exemplo: Ministério Público e colaborador acordam uma sanção máxima de vinte anos. O colaborador, salvo na hipótese de perdão ou da fixação do benefício de não ajuizamento da demanda penal, será processado e condenado normalmente, e caso a pena total atinja, por exemplo, o patamar de

[167] CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada***:** caracteres, limites e controles. São Paulo: Forense, 2019.

duzentos anos, só cumprirá vinte. O inverso também pode acontecer, ou seja, caso não seja condenado ou receba uma pena inferior a vinte anos, só cumprirá o que lhe foi imposto.

Atualmente, vigora no Brasil um microssistema jurídico-processual penal que cuida dessa técnica especial de investigação, possuindo como base fundamental a Lei de Organizações Criminosas, que deve ser interpretada sistematicamente com os dispositivos processuais penais já existentes que dispunham sobre o tema, muitos dos quais ainda estão vigentes.

A Lei n. 12.850/2013 exerce papel central nesse microssistema. Além de ter mantido a sistemática colaborativa do favor estatal, prevista nas leis que a antecederam, inaugurou, conforme exposto, o sistema de colaboração baseado no limite sancionatório, com protagonismo para o órgão de acusação.

Vale destacar que não se fixa em um acordo de colaboração penal, por meio da nova sistemática criada pela Lei n. 12.850/2013, uma pena (quem fixa a pena é o juízo). Estabelece-se apenas um limite sancionatório enquanto benefício pactuado.

Na sistemática do favor estatal, o colaborador é processado normalmente e, no momento da dosimetria da pena, o juiz aplica ou não o prêmio que entender cabível na possível condenação. Na nova sistemática, o colaborador poderá vir a ser processado e condenado normalmente, porém, no momento do cumprimento da pena imposta, deverão ser observados os limites sancionatórios acordados com o Ministério Público e homologados pelo juízo.

3 · PRINCIPAIS INOVAÇÕES E POLÊMICAS DA LEI N. 12.850/2013 APÓS AS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA LEI N. 13.964/2019

A Lei n. 13.964/2019, além de dar maior sistematicidade ao instituto da colaboração premiada, incorporou à Lei n. 12.850/2013 uma série de posicionamentos consagrados na jurisprudência ao longo dos anos.

A primeira inovação é a previsão expressa no art. 3º-A, da natureza jurídica do instituto enquanto negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.[168]

168 Nesse sentido, v.: "AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. VOLUNTARIEDADE.

Outro acréscimo importante realizado pela Lei n. 13.964/2019 é a previsão normativa do parágrafo 10-A no art. 4. da Lei n. 12.850/2013, ao estabelecer que "[e]m todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou".[169] Essa regra foi consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 157.627 AgR/PR.[170]

Contudo, a principal incorporação jurisprudencial realizada pela Lei n. 13.964/2019 é a presente no § 16 do art. 4.º da Lei n. 12.850/2013,[171] que

---

INDISPENSABILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO JUDICIALMENTE EXIGÍVEL. RECURSO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que o acordo de colaboração premiada consubstancia negócio jurídico processual, de modo que seu aperfeiçoamento pressupõe voluntariedade de ambas as partes celebrantes. Precedentes. [...]". BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *MS 35693 AgR/DF*. Relator: Min. Edson Fachin, 28 de maio de 2019. Publ. 24 jul. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428739/false. Acesso em: 5 jun. 2020.

169 BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*.

170 "AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. APRESENTAÇÃO DE MEMORIAIS ESCRITOS POR RÉUS COLABORADORES E DELATADOS. PRAZO COMUM. INADMISSIBILIDADE. OFENSA ÀS REGRAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. EXEGESE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDEPENDENTEMENTE DA NORMA INFRACONSTITUCIONAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988, E 603, DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. I – Possibilidade de impetração de habeas corpus nos casos em que, configurada flagrante ilegalidade do provimento jurisdicional, descortina-se premente o risco atual ou iminente à liberdade de locomoção, apta, pois, a gerar constrangimento ilegal. Precedentes desta Suprema Corte (*HC* 87.926/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; *HC* 136.331, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). II - Decisão de primeiro grau de jurisdição que indefere pedido para apresentação de memoriais escritos após o prazo dos réus colaboradores. Prejuízo demonstrado. III – Memoriais escritos de réus colaboradores, com nítida carga acusatória, deverão preceder aos dos réus delatados, sob pena de nulidade do julgamento. Exegese imediata dos preceitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88) que prescindem da previsão expressa de regras infraconstitucionais. IV – Agravo regimental provido, para conhecer e conceder a ordem." BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 157.627 AgR/PR*. Relator: Min. Edson Fachin. Julg. 27.5.2019. Publ. 30 maio 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/HC157627AGR.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

171 "Art. 4. [...]

§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador:

passou a vedar expressamente a possibilidade de medidas cautelares ou pessoais, bem como o recebimento de denúncia ou queixa[172] baseada exclusivamente nas declarações do colaborador. Antes essa vedação expressa era exclusiva da sentença condenatória.[173]

I – medidas cautelares reais ou pessoais;

II – recebimento de denúncia ou queixa-crime;

III – sentença condenatória." BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Brasília: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

172 "PENAL. PROCESSO PENAL. DENÚNCIA CONTRA SENADOR DA REPÚBLICA E DEMAIS INVESTIGADOS. CORRUPÇÃO PASSIVA MAJORADA. ART. 317, § 1º, CP. LAVAGEM DE DINHEIRO MAJORADA. ART. 1º, § 4º, DA LEI Nº 9.613/98. COLABORAÇÃO PREMIADA. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO DAS DECLARAÇÕES POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. FALTA DE INDÍCIOS MÍNIMOS QUE JUSTIFIQUEM O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EM RELAÇÃO À AUTORIDADE COM PRERROGATIVA DE FORO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ART. 6º DA LEI Nº 8.038/90. ART. 395, III, DO CPP. SUBSISTÊNCIA DE DÚVIDA SOBRE A SUFICIÊNCIA DE PROVA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS DENUNCIADOS. CISÃO DO JULGAMENTO E DECLÍNIO DA CAUSA, COM REMESSA ÀS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. 1. Os colaboradores são interessados no reconhecimento da responsabilidade penal dos delatados, por ser o fundamento da sanção premial que receberão – art. 4º da Lei 12.850/13. Exatamente por isso, a lei confere escasso valor probatório ao depoimento dos colaboradores premiados – art. 4º, § 16, da Lei 12.850/13. Suas declarações devem ser reforçadas por outros elementos de prova que as confirmem. 2. No caso, além da palavra dos colaboradores, não há indícios suficientes contra o Senador denunciado. A falta de indícios mínimos que justifiquem o recebimento da denúncia deve ensejar a sua rejeição, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.038/90 e art. 395 do CPP. 3. Em relação aos demais denunciados que não possuem foro por prerrogativa de função, paira dúvida quanto à suficiência da prova do liame entre os recursos supostamente desviados das construtoras e o alegado esquema de corrupção, razão pela qual o julgamento deve ser cindido, com o declínio dos autos às instâncias ordinárias. 4. Rejeição da denúncia em relação à autoridade com prerrogativa de foro e remessa dos autos às instâncias ordinárias para decisão sobre os demais denunciados." BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Inq. 4005*. Relator: Min. Edson Fachin. Julg. 11.12.2018. Publ. 21 maio 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur404250/false. Acesso em: 5 jun. 2020.

173 "EMENTA DEPUTADO FEDERAL. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA. QUADRILHA E CRIMES LICITATÓRIOS. PRESCRIÇÃO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ATIPICIDADE. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. COLABORAÇÃO PREMIADA. CORROBORAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO. 1. O artigo 41 do CPP, a regular a aptidão formal da denúncia/queixa, exige a narrativa dos fatos conhecidos e sua conexão, por via de atividade subsuntiva, aos elementos constitutivos do tipo legal classificado na peça acusatória. Inépcia não configurada na espécie, enquanto descreve, a denúncia, os delitos imputados, a forma de execução, o resultado alcançado,

os resultados pretendidos e os vínculos subjetivos entre os participantes, em tempo e espaço delimitados. 2. Prescrição. Os delitos dos arts. 288 do CP e 90 da Lei 8.666/90 têm previstas penas máximas, respectivamente, de 3 (três) e 4 (quatro) anos, a atrair prazo prescricional de 8 (oito) anos (CP, art. 109, IV). Lapso temporal de 8 (oito) anos ultrapassado entre o recebimento da denúncia no primeiro grau de jurisdição e a data deste julgamento. Extinção da punibilidade declarada. 3. Corrupção passiva. Desimportante seja a vantagem indevida contraparte à prática de ato funcional lícito ou ilícito. O ato de ofício não é elementar do tipo (artigo 317 do CP), apenas causa de aumento da pena (§ 1º do mesmo dispositivo legal). Necessário o nexo causal entre a oferta (ou promessa) de vantagem indevida e a função pública do agente. Corrupção passiva evidenciada diante do recebimento direto e indireto de vantagens financeiras sem explicação causal razoável. Inferência de liame entre o recebimento e o exercício do mandato parlamentar, e, ainda, por meio da prática de atos funcionais dirigidos ao responsável pelo pagamento da propina. 4. Lavagem de capitais e organização criminosa. A previsão do artigo 1º, VII, da Lei n 9.613/98, em sua redação original, tinha como pressuposto a aprovação de Lei que definisse a expressão organização criminosa, à compreensão de que insuficiente, para fins de tipicidade no direito interno, o conceito previsto na Convenção de Palermo, o que veio a ocorrer com as Leis 12.694/2012 e 12.850/2013, posteriores aos fatos em julgamento. Atipicidade de conduta reconhecida. 5. Lavagem de capitais e crimes contra a administração pública. Corrupção passiva e autolavagem: quando a ocultação configura etapa consumativa do delito antecedente – caso da corrupção passiva recebida por pessoa interposta – de autolavagem se cogita apenas se comprovados atos subsequentes, autônomos, tendentes a converter o produto do crime em ativos lícitos, e capazes de ligar o agente lavador à pretendida higienização do produto do crime antecedente. Sob uma linguagem de ação típica, as subsequentes e autônomas condutas devem possuir aptidão material para 'Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal' antecedente, ao feitio do artigo 1º da Lei 9.613/98. Lavagem de capitais e crimes licitatórios: reconhecido vínculo direto entre o pagamento da propina e o dinheiro contaminado proveniente de fraudes às licitações anteriores, das quais o acusado participou ou, no mínimo, delas teve ciência inequívoca. No caso, o acusado (i) teve ciência das fraudes às licitações que subsidiaram o dinheiro contaminado da corrupção e (ii) a propina foi paga mediante expedientes de ocultação e dissimulação da origem criminosa dos recursos. Após, (iii) parte dessa propina foi reintroduzida no mercado formal via novos mecanismos de dissimulação que visaram à formação de patrimônio com aparência de licitude (higienização do produto do crime). 6. A colaboração premiada é meio de obtenção de prova (artigo 3º da Lei 12.850/2013). Não se placita – antes ou depois da Lei 12.850/2013 –, condenação fundada exclusivamente nas declarações do agente colaborador. Na espécie, as provas documentais, testemunhais e perícias produzidas, além corroborarem as declarações dos colaboradores, comprovaram a autoria e o dolo para além de dúvida razoável (beyond a reasonable doubt), inexistentes causas de exclusão de ilicitude e culpabilidade. Condenação, em concurso material, da corrupção passiva com a lavagem de capitais. 7. Perda do mandato parlamentar: É da competência das Casas Legislativas decidir sobre a perda do mandato do Congressista condenado criminalmente (artigo 55, VI e § 2º, da CF). Regra

Ocorre que as inovações trazidas pela Lei n. 13.964/2019 não apenas deram sistematicidade ao instituto da colaboração premiada e incorporaram alguns posicionamentos da jurisprudência, mas também geraram alguns problemas de aplicação do instituto. O principal deles diz respeito à questão do regime de cumprimento da sanção acordada, prevista no art. 4.º, §7, inciso II. Esse dispositivo deve ser interpretado em consonância com os objetivos da colaboração premiada.

De acordo com o art. 4, § 7º, inciso II, da lei n. 12.850/2013, introduzido pela lei n. 13.964/2019, são nulas as cláusulas do acordo de colaboração premiada, relacionadas à sanção pactuada, que

> [...] violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo.[174]

Uma interpretação literal do referido dispositivo, em tese, resultaria na obrigação de fixação de regime de cumprimento das sanções pactuadas no acordo de colaboração premiada em consonância com o Código Penal e a Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210/1984.

Ocorre que a previsão legal constante no art. 33 do Código Penal e na Lei de Execução Penal, relativa ao regime de cumprimento de pena, possui natureza jurídica mista, ou seja, de norma de direito material (penal) e processual.

Desse modo, admite-se que os citados dispositivos sejam interpretados de maneira restritiva sempre que favorecerem o acusado (condenado ou colaborador, na hipótese de acordo de colaboração premiada). O alcance

---

excepcionada – adoção, no ponto, da tese proposta pelo eminente revisor, Ministro Luís Roberto Barroso -, quando a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado, e não viável o trabalho externo diante da impossibilidade de cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena para a obtenção do benefício durante o mandato e antes de consumada a ausência do Congressista a 1/3 das sessões ordinárias da Casa Legislativa da qual faça parte. Hipótese de perda automática do mandato, cumprindo à Mesa da Câmara dos Deputados declará-la, em conformidade com o artigo 55, III, § 3º, da CF. Precedente: MC no MS 32.326/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 02.9.2013. 8. Suspensão dos direitos políticos do condenado quando do trânsito em julgado da condenação (art. 15, III, da CF)." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 694**.** Relatora: Min. Rosa Weber. Julg. 2.5.2017. Publ. 31 ago. 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur372379/false. Acesso em: 5 jun. 2020.

174 BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013.*

de uma norma penal pura ou mista pode ser restringido desde que seja para favorecer aquele que, em tese, está infringindo uma norma criminal.

Nesse cenário, é totalmente admissível se fixar um regime de cumprimento de pena que seja mais favorável ao acusado ou ao colaborador, no caso dos acordos de colaboração premiada.

A previsão legal do art. 4, § 7, inciso II, da Lei n. 12.850/2013 é, em verdade, uma limitação ao outro polo do acordo de colaboração, o Ministério Público. Este não poderá pactuar com o colaborador um regime de cumprimento da sanção penal em condições mais gravosas do que as legalmente previstas.

Esse entendimento decorre da necessidade de se fazer uma interpretação lógico-sistemática da lei. A interpretação de todos os dispositivos da Lei do Crime Organizado, inerentes ao acordo de colaboração premiada, deverá ocorrer em consonância com o objetivo do instituto, que é proporcionar ao colaborador uma condição jurídica mais favorável em relação à que iria se submeter ordinariamente ao violar a ordem jurídica criminal, em razão de ter colaborado com a persecução penal.

A colaboração premiada é um instituto de direito premial e, como tal, destina-se a premiar todos que venham a contribuir com a persecução penal. A não fixação de um regime sancionatório mais favorável do que o ordinário impossibilita a celebração de qualquer acordo premial, pois há a extinção do fator de incentivo ao colaborador (prêmio), inerente ao referido instituto.

Mesmo que o art. 4, § 7, inciso II, da Lei n. 12.850/2013 enquadre-se como um dispositivo de natureza processual, não há vedação legal de se transigir sobre o teor do regime de cumprimento da sanção.

O Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo penal, estabelece, em seu art. 190, que,

> versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.[175]

Consagra-se, nesse artigo, o denominado negócio jurídico processual.

175 BRASIL. *Lei n. 13.106, de 16 de março de 2015*. Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

A colaboração premiada, legalmente enquadrada como negócio jurídico processual no art. 3º da Lei n. 12.850/2013, também se submete à previsão legal do art. 190 do Código de Processo Civil. Por conseguinte, é plenamente possível se transigir sobre as previsões legais de natureza processual previstas para o instituto, como é o caso do art. 4º, § 7, inciso II, desde que seja de uma maneira mais favorável para as partes pactuantes.

Essa interpretação, no âmbito processual penal, deve-se reger pelos princípios atinentes a essa esfera do direito, entre os quais está o princípio do *favor rei* ou favor réu. A interpretação processual penal cabível é sempre a que mais favorecer o autor do fato ilícito.

Não se pode olvidar que, diferentemente do que ocorre em uma decisão condenatória no bojo de um processo penal, a sanção prevista em um acordo de colaboração premiada não possui a natureza jurídica de pena. Prevê-se apenas um limite sancionatório que será imposto ao colaborador em razão de ele ter contribuído com a persecução penal.

Pode ocorrer que o colaborador não venha a ser condenado por nenhum delito, ou seja, condenado em um patamar inferior ao previsto. Sendo condenado em um patamar igual ou superior, cumprirá nos termos fixados no acordo de colaboração premiada.

A previsão sancionatória do acordo de colaboração premiada incidirá no momento do cumprimento (execução da pena), como limite sancionatório previamente pactuado.

A pena, nos processos penais que o colaborador venha a ser condenado, será fixada normalmente, de acordo com as regras de dosimetria das penas previstas em lei. A diferenciação do colaborador é apenas, repita-se, com relação ao limite de cumprimento, previamente pactuado.

Desse modo, a fixação de um regime de cumprimento igual ao legalmente previsto é impossível, pois se atua no acordo de colaboração premiada com um juízo de prognose, que poderá ou não se confirmar.

Conclui-se, portanto, que as balizas legais de regime de cumprimento das sanções estipuladas no acordo de colaboração premiada, fixadas pelo art. 4, § 7, inciso II, com base no Código Penal e na Lei de Execução Penal, são um limite imposto exclusivamente ao Ministério Público, que não poderá estipular no pacto um regime mais gravoso do que o legalmente previsto. Nada impede, porém, que seja fixado um regime de cumprimento mais favorável ao colaborador.

4 · PRINCIPAIS DISCUSSÕES PRÁTICAS RELACIONADAS AOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

No presente tópico, serão desenvolvidos alguns temas relacionados a discussões vivenciadas no cotidiano de utilização do instituto da colaboração premiada no âmbito dos Tribunais Superiores. Objetiva-se expor algumas soluções para problemas que surgem rotineiramente sobre a temática.

4.1 · O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E A DESISTÊNCIA DO ACORDO

O acordo de colaboração premiada, desde as fases de tratativas, rege-se por uma série de princípios, entre os quais estão os princípios da boa-fé e da lealdade processual.[176-177-178] Esses princípios impõem às partes negociante e possivelmente pactuantes o dever de agirem de maneira leal durante todo o procedimento, mesmo após a celebração do acordo. Eventual descumprimento desses princípios poderá resultar em diversas consequências jurídicas.

Ao receber um requerimento de acordo de colaboração premiada, o Ministério Público poderá indeferir a proposta sumariamente, com a devida justificativa. Superada essa fase inicial de admissibilidade, será firmado o Termo de Confidencialidade e iniciadas as tratativas.

No curso das negociações, o Ministério Público poderá encerrar as tratativas, indeferindo o acordo, em razão de ter constatado que os elementos apresentados não serão úteis à persecução penal, ter verificado que o colaborador está omitindo alguma informação de que tem conhecimento ou mesmo não ter chegado a um denominador comum com o pretenso colaborador quanto aos direitos e obrigações a serem fixados no acordo. Nesta hipótese de indeferimento, o material apresentado pelo pretenso colaborador será devolvido e nada poderá ser usado contra ele nem contra terceiros, em razão dos princípios da lealdade e da boa-fé processual.[179]

176 FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

177 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada:* negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

178 CACHO, Manoela Andrade. *Colaboração premiada e o princípio da obrigatoriedade*. 2015. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

179 "Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade,

Avançando as tratativas e ocorrendo a celebração do acordo, mesmo assim ainda poderá haver a retratação.[180] Essa possibilidade, apesar da redação prevista na lei, é exclusiva do colaborador e poderá ocorrer entre a celebração do acordo e a respectiva homologação.

Ao colaborador assegura-se o direito de retratação em razão de temporariamente estar abrindo mão de um direito fundamental, o direito ao silêncio, e de uma garantia fundamental, a garantia da não autoincriminação, que poderão ser reavivados a qualquer momento. Neste caso, com a celebração do acordo, os elementos e narrativas apresentados pelo colaborador não poderão ser utilizados contra ele, mas serão válidos

---

configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O recebimento de proposta de colaboração para análise ou o Termo de Confidencialidade não implica, por si só, a suspensão da investigação, ressalvado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º O acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Os termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)." BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

180 "Art. 4 [. . .]

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. [...]

§ 17. O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração. [...]". BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*.

em face de terceiros, em decorrência dos princípios da lealdade e da boa-fé, desrespeitados pelo colaborador e plenamente atendidos pelo Ministério Público. Respeitam-se os direitos e garantias fundamentais do colaborador, porém incide na ocasião também o interesse público, violado diante da conduta desleal do colaborador que, mesmo tendo negociado durante todo o período e celebrado um acordo, desiste.

Ao Ministério Público, após a celebração do acordo de colaboração premiada, não lhe é assegurado o direito à retratação,[181] pois, diferentemente do colaborador (interesses individuais), defende o interesse público de resguardo à persecução penal (interesse da sociedade), que não poderá ser violado após um atuar focado na lealdade e na boa-fé processual do colaborador e da sociedade.

Após a homologação do acordo de colaboração premiada, o pacto firmado entre as partes, já devidamente constituído, passa a produzir efeitos em face de terceiros. Nesse momento, qualquer atitude das partes voltada ao fim do acordo não se enquadra mais como desistência, mas como rescisão do pacto.

Em suma, as consequências jurídicas e o enquadramento normativo do rompimento de um acordo de colaboração dependerão do momento da ocorrência. Antes da assinatura do pacto, haverá desistência, sem repercussão jurídica com relação às partes e aos terceiros. Após a assinatura e antes da homologação, o colaborador poderá se retratar, porém o material apresentado poderá ser utilizado em face de terceiros. Com a homologação, o fim do acordo só ocorrerá por rescisão, incidindo, por conseguinte, seus respectivos efeitos.

4.2 · SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Conforme anteriormente ressaltado, o acordo de colaboração premiada se apresenta como um negócio jurídico processual, por meio do qual o colaborador abre mão do seu direito fundamental ao silêncio e da garantia da não autoincriminação em troca de um prêmio ofertado pelo Estado, em razão de ter decidido colaborar de maneira efetiva com a persecução penal, contribuindo, por conseguinte, para a elucidação de crimes de que tenha participado ou tenha conhecimento.

181 PEZZOTTI, Olavo Evangelista. *Colaboração premiada:* uma perspectiva de direito comparado. São Paulo: Almedina, 2020.

A colaboração se apresenta como um instrumento de justiça negocial, em sentido lato, voltado à solução de controvérsias jurídicas de natureza penal entre o Estado, enquanto órgão de persecução penal, e o investigado.

Essa "solução" é atingida por meio de um negócio entre as partes envolvidas, no qual o Estado abre mão de parte do seu atuar persecutório em face do colaborador, que, em contrapartida, ao colaborar com a persecução penal, é favorecido por um prêmio acordado entre as partes.

Assim como todo negócio jurídico, os acordos de colaboração estão submetidos aos planos de existência, eficácia e validade,[182] especificados no Código Civil e sedimentados de acordo com as peculiaridades do acordo de colaboração premiada previstas na Lei n. 12.850/2013.

Um negócio jurídico existirá, ou seja, estará constituído, quando estiverem presentes os seguintes elementos: manifestação de vontade das partes; presença de agentes emissores da vontade; objeto; forma. Em um acordo de colaboração, esses elementos se perfazem presentes no momento em que as partes (colaborador e Ministério Público ou Polícia) manifestam a concordância quanto ao objeto pactuado em consonância com os requisitos (forma) previstos em lei.

Por outro lado, para um negócio jurídico ser válido, a manifestação da vontade deve ser livre e de boa-fé, e os agentes devem ser capazes e legitimados para celebrarem o pacto, que deve abarcar um objeto lícito, possível e determinado (ou determinável), bem como observar a forma adequada livremente adotada pelas partes ou prescrita em lei. Superada essa etapa, por meio da observância dos requisitos expostos, o acordo de colaboração, já devidamente constituído, passa a ser válido.

Um negócio jurídico devidamente constituído (plano da existência) e válido (plano da validade), muitas vezes, só produzirá efeitos se observado, em determinados casos, um elemento acidental. Os mais comuns, no caso do direito civil, são o termo, a condição e o modo ou encargo.

Nos acordos de colaboração premiada, a lei condiciona a produção de efeitos (plano da eficácia) do pacto celebrado à homologação pelo

182 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais:* teoria geral dos negócios jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2020.

juízo, que não participa das negociações e não adentra no mérito do acordo (plano da existência),[183] realizando apenas uma análise de legalidade e constitucionalidade da colaboração.

Por conseguinte, a decisão de homologação de um acordo de colaboração premiada também possui natureza declaratória, pois se apresenta como uma condição imposta pela lei que deverá ser observada para que o acordo, constituído no momento da convergência de vontades entre o Estado persecutor e o colaborador, possa vir a produzir efeitos (plano da eficácia).

Entendimento em sentido diverso, ou seja, natureza constitutiva da decisão de homologação, vai de encontro à natureza jurídica de negócio jurídico processual do acordo de colaboração, que deve observar os três planos expostos, bem como afastaria o enquadramento do instituto como de Justiça Negocial, que se apresenta como uma perspectiva de

183 "Art. 4.

[...] § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I – regularidade e legalidade; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II – adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no *caput* e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III – adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do *caput* deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV – voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 8º O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) [...]". BRASIL. *Lei n 12.850, de 2 de agosto de 2013.* Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

solução de conflito, por meio de um acordo entre as partes envolvidas, cabendo ao julgador apenas aferir se a ordem jurídica foi respeitada.

Desse modo, a rescisão de um acordo de colaboração é resultante de ato das partes, cabendo ao juízo apenas homologar, por meio de uma decisão declaratória, oportunidade em que deverá aferir se os aspectos legais foram observados. Em suma, um terceiro (juízo) não pode impor um acordo a ninguém, pois o ato necessita de convergência de vontades, que só ocorre (constitui-se) pelo atuar das partes.

4.3 · A CLÁUSULA DE DESEMPENHO E O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

O acordo de colaboração premiada, enquanto negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, possui como sustentáculo a utilidade e o interesse públicos. Essas bases finalísticas, consistentes na utilidade dos relatos e dos respectivos elementos de corroboração apresentados pelo candidato a colaborador, são essenciais para o Ministério Público no momento da negociação de um acordo de colaboração premiada, bem como para o juízo homologador do pacto.

Nesse cenário, segundo entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, a incidência dos benefícios resultantes do instituto da colaboração premiada depende da análise da relevância da contribuição do colaborador para o desbarato das situações delitivas de que ele tem conhecimento.[184]

Com o acordo de colaboração, o Ministério Público transaciona parte do seu poder persecutório penal, em face da obtenção de elementos fáticos e (ou) probatórios que possam contribuir para o desfecho de uma conjuntura delitiva mais ampla. Já o colaborador transaciona parte dos seus direitos fundamentais defensivos (direito à liberdade; direito ao silêncio; direito à não autoincriminação; direito ao contraditório e à ampla defesa etc.) em busca da obtenção de uma conjuntura jurídica que lhe proporcione melhoria das possíveis consequências normativas advindas das condutas ilícitas que praticou. Ambos, Ministério Público e colaborador,

184 Nesse sentido, *vide*: STF HC 99736; STJ - REsp 1829744 / SP, AgRg no HC 539544 / SP, AgRg no AREsp 1520576 / SP, AgRg no REsp 1758459 / PR, AgRg no REsp 1728847 / SP, APn 843 / DF, AgRg no REsp 1639763 / TO, REsp 1477982 / DF, HC 198665 / DF, AgRg no Ag 1317120 / SP, HC 145794 / RJ, HC 191490 / RJ, HC 215315 / SP, HC 174286 / DF, HC 114648 / RJ, HC 156349 / SP, HC 151748 / SP, HC 97509 / MG, HC 120454 / RJ, HC 118030 / SP.

agindo de maneira racional, valorarão os possíveis custos e benefícios envolvidos no momento da celebração do acordo.[185]

Com a celebração do acordo de colaboração, surgem para o colaborador as obrigações permanentes de colaboração e boa-fé.[186] Ou seja, o colaborador assume o custo de colaborar e agir sempre de boa-fé com relação aos fatos delitivos que houver delatado, que serão todos que tenha conhecimento ou tenha participado. Ao Ministério Público é gerado o benefício do auxílio apuratório do colaborador em face dos eventos criminosos narrados.

Tomando conhecimento de novos eventos delitivos (os anteriores ao acordo são obrigação do pacto), poderá o colaborador ser beneficiado por uma melhoria de sua situação jurídica, por meio da denominada cláusula de desempenho.[187]

Essa cláusula se apresenta como um novo incentivo, a resultar em um benefício, concedido ao colaborador, no intuito de que ele possa contribuir com novos elementos fáticos e probatórios em favor das persecuções penais iniciadas com a colaboração premiada celebrada.

Os fatos e elementos probatórios abarcados pela cláusula de desempenho são diferentes dos inerentes aos deveres de colaboração e boa-fé assumidos pelo colaborador no momento da celebração do acordo de colaboração premiada. Esses deveres dizem respeito aos eventos narrados pelo colaborador no acordo. Já a cláusula de desempenho engloba os fatos e elementos probatórios que surjam após a celebração do acordo e possam ou não contribuir com a apuração dos eventos relatados, ou seja, não são fatos e elementos probatórios que já existiam quando houve a celebração do pacto e por algum motivo o colaborador não apresentou.

Vale destacar que essa cláusula não é um incentivo para o colaborador praticar novos crimes e depois os relatar. Essa situação é, inclusive, causa

185 Análise racional adotada pela análise econômica do direito.

186 Permanente não se confunde com eterna. A permanência pressupõe uma duração longa, mas não eterna.

187 "Art. 4 [...]

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)." BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*.

de rescisão de acordo. A cláusula de desempenho é, em verdade, um mecanismo de incentivo ao colaborador para apresentar novos eventos fáticos ou probatórios que possam auxiliar as apurações em curso e decorrentes do pacto anteriormente celebrado. Um exemplo legal é a atuação do colaborador por meio de uma ação controlada.

A cláusula de desempenho possui uma grande efetividade quando os eventos que o colaborador narrou no pacto possuem uma certa unicidade ou interrelação. Em caso contrário, possibilita-se o risco de ocorrer um direcionamento de má-fé por parte do colaborador com relação a alguns dos eventos que narrou, gerando a falsa sensação de colaboração e uma possível mácula ao dever de colaboração inerente aos fatos englobados anteriormente pelo acordo de colaboração.

Não se pode olvidar que os deveres de colaboração e de boa-fé do colaborador, que não se confundem com a situação abarcada pela cláusula de desempenho, são, repita-se, permanentes e necessários para se aferir se o colaborador faz jus aos benefícios acordados, nos termos da jurisprudência citada, e se o acordo de colaboração atingiu os objetivos de utilidade e de interesse públicos.

4.4 · A COLABORAÇÃO PREMIADA E O MOMENTO DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO ESTABELECIDA

Em um acordo de colaboração, as partes pactuam uma série de direitos e obrigações, entre os quais está o limite sancionatório, a ser observado em caso de condenação do colaborador. A princípio, não há dúvida sobre a impossibilidade de cumprimento antecipado da sanção pactuada, pois não ocorre a fixação de uma sanção propriamente dita fixada em desfavor do colaborador.

Na colaboração premiada, é estabelecido entre o colaborador e o Ministério Público, enquanto prêmio decorrente da contribuição à persecução penal, um limite sancionatório para a situação delitiva do colaborador. Não há a fixação de uma pena a ser cumprida por quem colabora, mas um limite máximo de sanção que ele cumprirá, na hipótese de vir a ser condenado por alguns dos delitos que cometeu.

Não se pode olvidar que a pena em concreto, no sistema inquisitorial adotado no Brasil, é um ato exclusivo de jurisdição, sendo necessário, portanto, um regular processo penal, com a observância do contraditório e da ampla defesa, e, por conseguinte, uma sentença ou acórdão condenatório.

Nesse cenário, é possível o cumprimento antecipado de uma "pena" fixada em um acordo de colaboração premiada?

O ministro Teori Zavascki, ao analisar a cláusula de cumprimento imediato, prevista no acordo de colaboração premiada de José Sérgio de Oliveira Machado, entendeu que "o cumprimento antecipado do acordo, conquanto possa se mostrar mais conveniente ao colaborador, evidentemente não vincula o juiz sentenciante, nem obstará o exame judicial no devido tempo" (PET. n. 6138). No mesmo sentido decidiu a ministra Cármen Lúcia na PET. n. 6.122.

Diante do entendimento exposto, a princípio seria possível o cumprimento antecipado, porém o juízo sentenciante poderá decidir de maneira diversa, não impedindo, portanto, o exame judicial no momento da condenação do colaborador. Esse posicionamento ocasiona uma situação de insegurança jurídica em desfavor do colaborador, caso decida cumprir antecipadamente a sanção acordada.

Ocorre que, repita-se, em um acordo de colaboração não se fixa pena propriamente dita, que só existirá em caso de condenação do colaborador. Este, inclusive, pode não vir a ser condenado ou, caso sofra alguma condenação, pode receber uma pena menor do que a fixada no acordo de colaboração.

Por conseguinte, como cumprir uma pena que não se sabe se irá existir, bem como o patamar que atingirá?

Sob a perspectiva da natureza jurídica da sanção estabelecida em um acordo de colaboração premiada (limite sancionatória), a princípio não seria possível o cumprimento antecipado da sanção pactuada, sendo, portanto, nula qualquer cláusula nesse sentido.

Ocorre que, em determinados casos, o colaborador espontaneamente requer o cumprimento antecipado da sanção, por entender que é muito mais vantajoso "resolver sua situação" antecipadamente do que aguardar todo o trâmite regular de um processo condenatório, que o impossibilita de superar imediatamente essa "fase da vida".

A discussão nesse caso surge sobre a possibilidade de o colaborador renunciar imediatamente seu direito à liberdade, sem um prévio processo regular, em face de seu direito à dignidade, materializado por uma vida marcada pelo cumprimento de todas as suas obrigações perante a sociedade.

O direito fundamental à liberdade só é pleno em um contexto de dignidade. Uma vida marcada pela ameaça constante de uma sanção penal

não pode ser considerada digna, o que gera uma mácula ao direito momentâneo à liberdade. Nesse cenário, mostra-se cabível, por meio de um juízo de ponderação entre o direito à liberdade e o direito à dignidade, que o colaborador possa espontaneamente requerer o cumprimento antecipado de uma sanção acordada, como forma de tornar pleno seu direito à liberdade por meio da incidência do direito à dignidade.

Imagine a hipótese de um colaborador que se encontra preso preventivamente há um ano, acorda que cumprirá dois anos, detraído o ano de prisão preventiva (ou seja, mais um ano de cumprimento). Celebrado o acordo, não lhe é permitido o cumprimento imediato da sanção (mais um ano). Depois de cinco anos, quando já poderia ter "resolvido a vida", é condenado e tem que retornar à cadeia. O que seria melhor, ter cumprido imediatamente mais um ano de sanção ou aguardar cinco para cumpri-la?

Sob o aspecto da sociedade, o cumprimento antecipado da sanção também se mostra cabível. Ao celebrar um acordo de colaboração premiada, o colaborador obriga-se a contribuir com a persecução penal em troca de um prêmio, consistente, em regra, em uma sanção mais branda. A colaboração com a persecução e a sanção acordada (mais branda em razão da colaboração) são os mecanismos de contribuição social do colaborador em razão dos ilícitos que cometeu.

Celebrado o acordo, com a apresentação da narrativa fática e dos respectivos elementos de colaboração, o colaborador cumprirá com um dos seus deveres sociais inerentes aos atos delitivos que praticou. O outro dever consiste na sanção estabelecida, que só incidirá, em regra, após a condenação.

Cumprindo antecipadamente a sanção acordada, o colaborador estará, além de solucionando imediatamente sua situação criminal, retribuindo a sociedade pelo dano delitivo que ocasionou, sendo um comportamento compatível com o espírito colaborativo inerente ao acordo de colaboração premiada.

Conclui-se que a princípio não é cabível o cumprimento antecipado de uma sanção inerente à liberdade fixada em um acordo de colaboração premiada, salvo na hipótese de pedido espontâneo do colaborador. O cumprimento antecipado, porém, não deve ser fixado nos termos do acordo.

Não se pode restringir o direito de uma pessoa optar imediatamente por uma vida plenamente digna em face de um falso e provisório direito à liberdade.

4.5 · A NATUREZA JURÍDICA DA SANÇÃO ESTABELECIDA EM UM ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

A Lei n. 12.850/2013, em consonância com a legislação anterior e vigente sobre os acordos de colaboração premiada, manteve o sistema colaborativo do favor estatal, porém inaugurou a sistemática colaborativa do limite sancionatório. Em razão dessa nova sistemática, o colaborador relata diversos eventos delitivos de que tenha participado ou tenha conhecimento, em troca de um prêmio acordado entre as partes.

Em regra, nos acordos firmados com o Ministério Público são estabelecidas "penas" para cumprimento em regime fechado, semiaberto e aberto, bem como outros direitos e obrigações entre as partes. Essa sanção pactuada entre as partes possui natureza jurídica de pena?

A pena possui duas perspectivas de incidência, em abstrato e em concreto. A pena em abstrato, ou seja, prevista na lei, é de atribuição exclusiva do legislador, em razão do princípio da legalidade. Já a pena em concreto é uma das consequências jurídicas advindas de uma sentença condenatória.

Nos sistemas processuais inquisitoriais (diferentemente do adversarial, adotado nos Estados Unidos), a sentença (ou acórdão no caso dos tribunais) é ato de reserva de jurisdição, ou seja, apenas um juiz pode proferir. Por conseguinte, a pena, que é consequência de uma sentença condenatória, é de exclusiva atribuição do juiz.

Nos acordos de colaboração, que não se confundem com a sistemática adotada no *plea bargaining* (nesta, pode-se acordar uma pena),[188-189] o Ministério Público pactua com o colaborador, enquanto prêmio decorrente da contribuição à persecução penal, um limite sancionatório para a situação delitiva do colaborador. Não há, portanto, a fixação de uma pena a ser cumprida pelo colaborador, mas um limite máximo de sanção que ele cumprirá, na hipótese de vir a ser condenado por alguns dos delitos que cometeu.

Esse limite sancionatório de cumprimento de uma possível pena pode ser estabelecido de maneira escalonada, separada por meio da adoção dos regimes legais (fechado, semiaberto e aberto).

---

188 ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diaulas Costa; AGUIAR, Julio Cesar de. *Plea bargaining:* aproximação conceitual e breve histórico. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, p. 429-449, jan. 2017.

189 LIPPKE, Richard L. Plea bargaining in the shadow of the constitution. *Duquesne law review*, Pittsburgh, v. 51, p. 709-734, 2013.

A pena é um ato exclusivo, no sistema inquisitorial adotado no Brasil, de jurisdição, necessitando de um regular processo penal, com a observância do contraditório e da ampla defesa, e, por conseguinte, de uma sentença ou acórdão condenatório.

Não há como enquadrar a sanção fixada em um acordo de colaboração premiada como pena, pois há a possibilidade de o colaborador não vir a ser nem ao menos condenado ou, caso sofra alguma condenação, receber uma pena menor do que a que foi fixada no acordo de colaboração.

No acordo de colaboração, não há *guilty plea,* ou declaração de culpa do acusado, adotada na sistemática do *plea bargaining*, quando a confissão do acusado é suficiente para a condenação, possibilitando que seja acordada a sanção com o Ministério Público. No sistema romano-germânico, nem mesmo a confissão de culpa em juízo (natureza de meio de prova), que difere da "confissão" em um acordo de colaboração premiada (natureza de meio de obtenção de prova), é suficiente para uma condenação, devendo ser analisada em conjunto com as demais provas produzidas.

Desse modo, por meio de um acordo de colaboração premiada, estabelece-se um limite sancionatório e, na hipótese de o colaborador vir a ser condenado a uma pena maior, cumprirá a sanção até o limite que foi fixado. Caso a condenação seja menor, cumprirá a pena fixada na sentença condenatória. Se não houver condenação, não haverá sanção a ser cumprida pelo colaborador.

Conclui-se, portanto, que a pena é consequência de uma sentença condenatória, proferida exclusivamente por um juiz, após um prévio processo de caráter contraditório, cabendo ao colaborador a garantia de que não cumprirá a sanção em um patamar superior ao que foi estabelecido no acordo de colaboração premiada, enquanto benefício premial.

4.6 · COLABORAÇÃO PREMIADA, SIGILO E COMPARTILHAMENTO DE DADOS

A colaboração premiada é um instrumento investigativo de caráter processual-penal, destinado ao levantamento de dados probatórios a serem direcionados a investigações e (ou) processos criminais.

Ocorre que os eventos relatados por meio de um acordo de colaboração premiada poderão ter repercussão de natureza cível, tributária, administrativa etc. Nesses casos, esses relatos, junto com os

respectivos elementos de corroboração, poderão ser utilizados em apurações de natureza não penal?

Um acordo de colaboração pode envolver diversos eventos criminais a serem apurados na esfera pactuante ou em esferas diversas. Na segunda hipótese, quando envolve órgãos investigativos de mesmo patamar, o acordo deve ser celebrado em conjunto e homologado perante as respectivas esferas jurisdicionais de atuação ou celebrado por um dos órgãos de investigação, necessitando que o outro adira ao acordo e o submeta ao juízo de atuação para poder se utilizar dos dados obtidos no acordo.

No caso de o acordo ter sido celebrado por órgão investigativo de patamar superior, como é o caso dos acordos celebrados pela Procuradoria-Geral da República junto aos Tribunais Superiores, os órgãos investigativos de base que receberem os anexos que não digam respeito ao foro não precisam aderir ao acordo, devendo apenas receber os dados e, caso se verifique alguma omissão ou que a narrativa apresentada é de alguma forma falha, comunicar ao órgão investigativo celebrante para adoção das providências cabíveis, como, por exemplo, buscar a rescisão do acordo.

A desnecessidade de adesão ao acordo de colaboração premiada celebrado por um órgão de investigação de grau superior, no âmbito criminal, não ocorre quando as investigações são de outra natureza, pois a hierarquia de atuação, estabelecida pelo juízo atrativo de homologação (casos de acordo de colaboração premiada envolvendo autoridade com foro), não se reflete nas outras searas investigativas, principalmente quando a investigação não é realizada pelo Ministério Público (ex.: apuração fiscal realizada pela Receita Federal).

No encaminhamento de anexos para investigações criminais por outros órgãos ministeriais, há a transferência do dever de sigilo dos dados recebidos. O órgão investigador que recebe um anexo resultante de um acordo de colaboração premiada recebe apenas os dados específicos do caso, não o acordo como um todo, em razão do referido dever de sigilo do pacto.

E, no caso das apurações de outra natureza, como fica o dever de sigilo inerente ao acordo de colaboração premiada?

Formalizada a proposta de acordo de colaboração premiada e, por conseguinte, iniciadas as negociações, surge para as partes o dever de sigilo, que só poderá ser levantado por meio de decisão judicial. Em regra, o sigilo do acordo de colaboração premiada só será afastado, de acordo com o § 3º do art. 7º da Lei n. 12.850/2013, com o recebimento da denúncia.

Ocorre que o acordo de colaboração pode englobar diversos relatos (anexos). Cada relato (anexo) pode gerar uma investigação autônoma. O sigilo do relato, que resulta em uma investigação, só será afastado de maneira geral, não com relação ao delatado, que desde o início da investigação poderá acessá-la, com o recebimento da denúncia. Mesma sistemática será adotada com relação aos demais anexos.

Apenas com o recebimento da denúncia em todas as investigações resultantes dos relatos (anexos) do acordo é que os termos do pacto poderão ser publicizados para toda a sociedade de maneira indiscriminada.

Contudo, diversas outras providências de cunho investigativo podem estar em curso com relação aos eventos relatados, como é o caso das apurações inerentes à improbidade administrativa. Essas apurações não poderão ficar aguardando o findar (recebimento da denúncia) das investigações criminais decorrentes de um acordo de colaboração premiada.

Nesse caso, o interesse público envolvido deve ser conciliado com o sigilo inerente aos acordos de colaboração premiada, podendo, por conseguinte, serem compartilhadas as informações (narrativa e elementos de corroborações) que estejam diretamente relacionadas à investigação em curso na esfera apuratória de outra natureza, mesmo que ainda não tenha ocorrido o recebimento da denúncia, desde que o órgão requisitante tenha aderido ao acordo firmado, exista de fato uma investigação em curso e seja delimitado o objeto apuratório.

A existência de uma prévia investigação e a delimitação do objeto apurado apresentam-se como requisitos para o resguardo do sigilo do acordo de colaboração, pois o órgão investigativo requisitante só poderá ter acesso aos elementos que digam respeito aos eventos que está investigando, assumindo, mesmo assim, o dever de sigilo das informações recebidas. Evita-se, nesse caso, o *fishing expedition*.[190]

---

190 Conceitua como Philipe Benoni Melo e Silva: "Trata-se a *fishing expedition* de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que 'lança' suas redes com a esperança de 'pescar' qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional". MELO E SILVA. Philipe Benoni. Fishing expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. *JOTA*, São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017. Acesso em: 17 jun. 2021.

4.7 · COLABORAÇÃO PREMIADA, PRERROGATIVA DE FORO E COMPETÊNCIA

A definição da competência para a homologação dos acordos de colaboração premiada segue as regras processuais penais de fixação da competência. Havendo relatos delitivos envolvendo autoridades dotadas de foro por prerrogativa de função, o juízo competente para a análise e a eventual homologação do acordo será o dotado de competência para a investigação.[191]

Desse modo, a princípio, apenas quando houver relatos criminosos envolvendo autoridade dotada de prerrogativa de foro, o juízo competente para a homologação do acordo de colaboração será um tribunal.

Contudo, é possível que um tribunal seja competente para homologar um acordo de colaboração quando não houver, como delatado, autoridade dotada de prerrogativa de foro?

---

191 Nesse sentido: "*Habeas Corpus*. 2. Inquérito originário do Superior Tribunal de Justiça. Delitos de corrupção passiva (art. 317 do CP), lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98) e falsidade ideológica eleitoral (art. 350 do Código Eleitoral). 3. Conforme art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13, o acordo de *colaboração* premiada 'será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade'. Muito embora a lei fale apenas em juiz, é possível que a homologação de delações seja da *competência* de Tribunal. O colaborador admite seus próprios delitos e delata outros crimes. Assim, quanto à prerrogativa de função, será competente o Juízo mais graduado, observadas as prerrogativas de função do delator e dos delatados. Precedentes. 4. Acordos de *colaboração* premiada celebrados pelo Ministério Público Estadual e homologados por Juiz de Direito, delatando Governador de Estado. Ilegitimidade e incompetência. 5. Legitimidade da autoridade com prerrogativa de *foro* para discutir a eficácia das provas colhidas mediante acordo de *colaboração* realizado sem a supervisão do *foro* competente. A impugnação quanto à *competência* para homologação do acordo diz respeito às disposições constitucionais quanto à prerrogativa de *foro*. Assim, ainda que, ordinariamente, seja negada ao delatado a possibilidade de impugnar o acordo, esse entendimento não se aplica em caso de homologação sem respeito à prerrogativa de *foro*. Inaplicabilidade da jurisprudência firmada a partir do HC 127.483, rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, julgado em 27.8.2017. 6. Ineficácia, em relação ao Governador do Estado, dos atos de *colaboração* premiada, decorrentes de acordo de *colaboração* homologado em usurpação de *competência* do Superior Tribunal de Justiça. 7. Tendo em vista que o inquérito foi instaurado tendo por base material exclusiva os atos de *colaboração*, deve ser trancado. 8. Concedida a ordem, para reconhecer a ineficácia, em relação ao paciente, das provas produzidas mediante atos de *colaboração* premiada e, em consequência, determinar o trancamento do Inquérito 1.093, do Superior Tribunal de Justiça." BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 151605*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julg. 29.11.2019. Publ. 10 dez. 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=compet%C3%AAncia%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20foro&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 5 jun. 2020.

Em um contexto delitivo, principalmente nos casos envolvendo organização criminosa, um mesmo evento pode contar com a participação de diversos autores. Muitos desses autores não se inter-relacionam, em razão, em alguns casos, do grau de complexidade e expansão do grupo criminoso.

Em uma estrutura criminosa hierarquizada, muitas vezes criminosos de posição subalterna não possuem contato ou não têm o devido conhecimento sobre a atuação dos "chefes" da organização criminosa, mesmo tendo sido responsáveis (subalternos e superiores) pela mesma prática delitiva.

Supondo que um dos envolvidos em uma prática delitiva seja detentor de prerrogativa de foro e o outro, que não possui informações sobre o primeiro e não possui prerrogativa de foro, resolva colaborar e relate todos os eventos criminosos que o agente detentor de prerrogativa de foro praticou, sem o conhecer e sem mencionar o nome dele, qual o juízo competente para a análise do acordo de colaboração?

Uma resposta imediatista resultaria na conclusão de que o acordo de colaboração deve ser submetido ao juízo de primeiro grau, em razão de não ocorrer o relato de atividade delitiva de autoridade dotada de prerrogativa de foro.

Ocorre que uma investigação foca, primeiramente, a apuração dos fatos, que em tese são unos. De maneira reflexa, os fatos incidem sobre pessoas (investigados), capazes, em determinados casos, de fixar uma esfera de competência/atribuição diversa (foro por prerrogativa de função) da ordinariamente prevista para a investigação.

Desse modo, um único fato delitivo, praticado, em alguns casos, por diversos agentes, com a participação de autoridades dotadas de prerrogativa de foro, deve ser apurado e seguir vinculado às esferas inerentes à prerrogativa de foro da autoridade investigada, em decorrência da unicidade da atividade investigativa.

No mesmo sentido, eventuais acordos de colaboração, que tenham menção ao evento, deverão ser homologados pelo juízo correspondente à prerrogativa de foro. A competência para homologação dos acordos de colaboração, portanto, segue a vinculação de competência inerente à colaboração.

Nesse cenário, todos os possíveis acordos, que resultarão em uma nova investigação ou robustecerão uma investigação em curso, devem ser

vinculados e homologados pela autoridade responsável pela investigação. A investigação, ou a possível investigação sobre os fatos, é o elo de fixação da competência para o acordo de colaboração.

Por conseguinte, os fatos relatados por colaboradores, mesmo sem referência a autoridade com foro, desde que a autoridade tenha participação no evento, deverão ser homologados pelo juízo responsável pela investigação.

O fato, elemento central da investigação, deve ser investigado de forma una em uma mesma esfera investigativa, mesmo que alguns dos investigados não tenham ciência do todo e não saibam do envolvimento de uma autoridade dotada de prerrogativa de foro que esteja sendo investigada em razão do mesmo fato. No mesmo sentido, os relatos resultantes de um acordo de colaboração.

Vale ressaltar, novamente, que, em um evento criminoso com a participação de diversas pessoas, muitas vezes alguns dos autores não conhecem a totalidade da engrenagem delitiva e quem são todos os envolvidos. É o que ocorre, normalmente, em fatos criminosos resultantes da atuação de uma organização criminosa, que é regida por uma estrutura hierárquica.

Mesmo nesses casos, não é admitida a cisão da investigação, em razão da unicidade fática da apuração que, caso não respeitada, poderá inviabilizar a investigação ou mesmo gerar um contexto de retrabalho, por meio de uma atuação simultânea de mais de uma investigação. No mesmo sentido a colaboração premiada, que segue as regras de fixação da competência/atribuição da investigação para definir o juízo de homologação. Caso se tenha conhecimento de um evento, delatado por um colaborador, que não menciona a atuação de uma autoridade dotada de prerrogativa de foro, mas está vinculado a um foro especial, este também será o juízo competente para a homologação desse acordo de colaboração (acordo sem menção à autoridade com foro).

5 · PRINCIPAIS DISCUSSÕES JURISPRUDENCIAIS

As discussões jurídicas ao longo dos anos no âmbito dos Tribunais Superiores contribuíram para moldar o instituto da colaboração premiada. Alguns dos posicionamentos adotados nos tribunais foram incorporados à legislação, conforme exposto no tópico 3 e analisado em alguns itens do tópico 4.

Alguns julgados importantes, não abarcados pelos tópicos anteriores, serão analisados neste momento.

5.1 · A COLABORAÇÃO PREMIADA E A IMPUGNAÇÃO DO ACORDO POR TERCEIROS

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, firmou o entendimento de que o delatado não possui legitimidade para impugnar o acordo de colaboração premiada.[192] O interesse do delatado se restringe aos elementos de prova obtidos em razão dos acordos de colaboração premiada, e não em relação ao acordo propriamente dito, devendo eventual questionamento ocorrer na investigação ou ação penal específica que tenha resultado em razão dos elementos apresentados no acordo de colaboração e que digam respeito ao delatado.

O principal fundamento para a impossibilidade de o delatado impugnar um acordo de colaboração premiada é o fato de o pacto ser um negócio jurídico personalíssimo.[193]

Ocorre que esse posicionamento, então pacífico na Corte Suprema, não foi o adotado no julgamento do HC n. 142205/PR.[194] Na ocasião, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal admitiu a impugnação de acordo de colaboração premiada por delatado, consignando, em suma, o potencial impacto à esfera de direitos dos delatados, especialmente as declarações do colaborador e as provas produzidas, bem como a necessidade de controle de eventuais cláusulas e benefícios abusivos.

---

192 *Vide* HC 127.483 e PET 7074-AgR.

193 "Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas [...]. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados – no exercício do contraditório – poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 127.483*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julg. 27.8.2015. Publ. 4 fev. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur337159/false. Acesso em: 5 jun. 2020.

194 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC n. 142.205/PR*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julg. 25.8.2020. Publ. 1º out. 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344568392&ext=.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

Conforme exposto acima, a colaboração é um instrumento de Justiça negocial destinado à solução de controvérsias jurídicas de natureza penal entre o Estado e o investigado. A pacificação dessa controvérsia é atingida por meio da celebração de um negócio jurídico entre as partes envolvidas.

Assim como todo negócio jurídico, os acordos de colaboração estão submetidos aos planos de existência, validade e eficácia, especificados no Código Civil e consolidados em consonância com as peculiaridades do acordo de colaboração premiada na Lei n. 12.850/2013.

Um acordo de colaboração existirá no momento em que as partes (colaborador e Ministério Público ou polícia) manifestarem a concordância quanto ao objeto pactuado, em consonância com os requisitos (forma) previstos em lei. Por outro lado, a colaboração existente será válida quando a manifestação da vontade das partes for livre e de boa-fé, e ambas as partes devem ser capazes e legitimadas para celebrarem o pacto, que deve abarcar um objeto lícito, possível e determinado (ou determinável), bem como observar a forma adequada livremente adotada pelas partes ou prescrita em lei.

Cumpridas essas etapas (planos da existência e da validade), a lei condiciona a produção de efeitos (plano da eficácia) do acordo de colaboração premiada à homologação pelo juízo, que não participa das negociações e não adentra no mérito do acordo (plano da existência), realizando uma análise de legalidade e constitucionalidade da colaboração.

No momento da homologação do acordo, caberá ao juízo homologador aferir se a celebração do acordo ocorreu de maneira legal, analisando ainda a existência de eventuais cláusulas e benefícios abusivos pactuados.

Observa-se, portanto, que a análise de eventuais ilegalidades e (ou) abusos em um acordo de colaboração premiada compete às partes a ao juízo homologador. O delatado não possui legitimidade, visto que não lhe compete adentrar no mérito e na análise de legalidade de um acordo celebrado entre terceiros e submetido a um criterioso controle do Poder Judiciário.

Entendimento em sentido diverso resultaria, inclusive, na violação do sigilo do acordo, que só poderá ser afastado, segundo dispõe o art. 7, § 3º, da Lei n. 12.850/2013, após o recebimento da denúncia. Ora, como um delatado poderá realizar uma análise de mérito e legalidade de um acordo de colaboração premiada sem poder ter acesso ao inteiro teor do pacto e de todos os relatos realizados pelo colaborador?

Outrossim, o fundamento para o acordo de colaboração premiada ter o potencial de impactar a esfera de direitos dos delatados, especialmente as declarações do colaborador e as provas produzidas, também não justifica o direito do delatado de impugnar o acordo de colaboração premiada.

Desde a homologação do acordo de colaboração premiada, o delatado poderá ter acesso aos relatos e elementos de corroboração que lhe sejam desfavoráveis. Esse entendimento é uma forma de compatibilizar o sigilo do acordo de colaboração previsto no citado dispositivo com a previsão normativa da Súmula Vinculante n. 14. Disponibiliza-se ao delatado o acesso apenas aos fatos e elementos de corroboração apresentados pelo colaborador que o digam respeito. O delatado não tem direito ao acesso de todo o teor do acordo de colaboração, sob pena de violação do sigilo.

Os relatos e elementos de corroboração vinculados ao delatado são os responsáveis pelo surgimento do seu interesse de impugnação, vinculado ao seu direito à ampla defesa. Outrossim, vale destacar que o acordo de colaboração premiada não é prova, mas meio de obtenção de prova. Nesse sentido, o relato do colaborador em um acordo não possui caráter probatório, podendo ser questionado pelo delatado a qualquer momento, especialmente na investigação que tenha sido utilizada. A Lei n. 12.850/2013, inclusive, tipifica como crime, no art. 19, o fato de alguém "imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas".[195]

Observa-se, portanto, a ausência de interesse jurídico e direto do delatado à impugnação de um acordo de colaboração premiada, atribuição exclusiva das partes e do juízo homologador, sem olvidar os inúmeros mecanismos legais de inibição e punição de eventuais condutas abusivas dos pactuantes, inclusive sob o aspecto penal.

5.2 · ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Um importante aspecto prático relacionado ao acordo de colaboração premiada é o papel do Poder Judiciário. De acordo com o art. 4º da Lei n. 12.850/2013, o juiz não poderá participar das negociações

195 BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*.

realizadas entre as partes de um acordo de colaboração premiada. Sua atuação ocorrerá no momento da homologação do acordo firmado, ocasião em que, recebido o respectivo termo, as declarações do colaborador e os elementos de corroboração, verificará a regularidade e a legalidade do pacto. Nesse momento, sem adentrar no mérito do acordo, também serão aferidas a regularidade e a legalidade dos benefícios fixados, bem como se o colaborador celebrou o acordo de maneira voluntária.

Diante da participação restrita do juízo homologador à fase posterior à celebração do acordo de colaboração premiada entre as partes, não poderá o Poder Judiciário impor ao Ministério Público, e principalmente ao colaborador, a obrigação de celebrar um acordo de colaboração. Esse juízo valorativo é feito exclusivamente pelas partes, em razão da natureza de negócio jurídico personalíssimo entre as partes, bem como pelo fato de o Poder Judiciário não participar das negociações de um acordo de colaboração. A liberdade das partes para celebração do acordo é decorrência da "negociação de direitos" envolvida, por meio da qual o Ministério Público abre mão de parte de sua atuação criminal persecutória e o colaborador de seu direito ao silêncio e da garantia da ampla defesa.[196]

---

196 "AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. VOLUNTARIEDADE. INDISPENSABILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO JUDICIALMENTE EXIGÍVEL. RECURSO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que o acordo de colaboração premiada consubstancia negócio jurídico processual, de modo que seu aperfeiçoamento pressupõe voluntariedade de ambas as partes celebrantes. Precedentes. 2. *Não cabe ao Poder Judiciário, que não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória, impor ao Ministério Público a celebração de acordo de colaboração premiada, notadamente, como ocorre na hipótese, em que há motivada indicação das razões que, na visão do titular da ação penal, não recomendariam a formalização do discricionário negócio jurídico processual. 3. A realização de tratativas dirigidas a avaliar a conveniência do Ministério Público quanto à celebração do acordo de colaboração premiada não resulta na necessária obrigatoriedade de efetiva formação de ajuste processual. 4. A negativa de celebração de acordo de colaboração premiada, quando explicitada pelo Procurador-Geral da República em feito de competência originária desta Suprema Corte, não se subordina a escrutínio no âmbito das respectivas Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público. 5. Nada obstante a ausência de demonstração de direito líquido e certo à imposição de celebração de acordo de colaboração premiada, assegura-se ao impetrante, por óbvio, insurgência na seara processual própria, inclusive quanto à eventual possibilidade de concessão de sanção premial em sede sentenciante, independentemente de anuência do Ministério Público. Isso porque a colaboração premiada configura realidade jurídica, em si, mais ampla do que o acordo de colaboração premiada*. 6. Agravo regimental desprovido."

5.3 · COMPETÊNCIA PARA DECIDIR QUESTÕES INERENTES AO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

O acompanhamento do cumprimento de um acordo de colaboração premiada pode ser delegado a um juízo de primeiro grau, normalmente o que concentra a maior parte das situações delitivas delatadas. Contudo, eventuais discussões meritórias inerentes ao acordo de colaboração premiada devem passar pelo crivo do juízo homologador.

Uma situação muito comum de mérito a ser analisada pelo juízo homologador é a análise do pedido de compartilhamento das narrativas e elementos de corroboração apresentados em um acordo de colaboração

---

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *MS n. 35693 AgR/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Julg. 28.5.2019. Publ. 24 jul. 2020 (grifos nossos). Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428739/false. Acesso em: 5 jun. 2020.

"QUESTÃO DE ORDEM EM PETIÇÃO. COLABORAÇÃO PREMIADA. I. DECISÃO INICIAL DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL: LIMITES E ATRIBUIÇÃO. REGULARIDADE, LEGALIDADE E VOLUNTARIEDADE DO ACORDO. MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA. PODERES INSTRUTÓRIOS DO RELATOR. RISTF. PRECEDENTES. II. DECISÃO FINAL DE MÉRITO. AFERIÇÃO DOS TERMOS E DA EFICÁCIA DA COLABORAÇÃO. CONTROLE JURISDICIONAL DIFERIDO. COMPETÊNCIA COLEGIADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. *Nos moldes do decidido no HC 127.483, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 3.2.2016, reafirma-se a atribuição ao Relator, como corolário dos poderes instrutórios que lhe são conferidos pelo Regimento Interno do STF, para ordenar a realização de meios de obtenção de prova (art. 21, I e II do RISTF), a fim de, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada, oportunidade na qual se restringe ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença, nos limites do art. 4ª, § 7º, da Lei n. 12.850/2013*. 2. *O juízo sobre os termos do acordo de colaboração, seu cumprimento e sua eficácia, conforme preceitua o art. 4º, § 11, da Lei n. 12.850/2013, dá-se por ocasião da prolação da sentença (e no Supremo Tribunal Federal, em decisão colegiada), não se impondo na fase homologatória tal exame previsto pela lei como controle jurisdicional diferido*, sob pena de malferir a norma prevista no § 6º do art. 4º da referida Lei n. 12.850/2013, que veda a participação do juiz nas negociações, conferindo, assim, concretude ao princípio acusatório que rege o processo penal no Estado Democrático de Direito. 3. Questão de ordem que se desdobra em três pontos para: (i) resguardar a competência do Tribunal Pleno para o julgamento de mérito sobre os termos e a eficácia da colaboração, (ii) reafirmar, dentre os poderes instrutórios do Relator (art. 21 do RISTF), a atribuição para homologar acordo de colaboração premiada; (iii) salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico, acordo homologado como regular, voluntário e legal, em regra, deve ser observado mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, sendo, nos termos do art. 966, § 4º, do Código de Processo Civil, possível ao Plenário analisar sua legalidade." BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Pet 7074/DF QO*. Relator: Min. Edson Fachin. Julg. 29.6.2017. Publ. 3 maio 2018 (grifos nossos). Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur384343/false. Acesso em: 5 jun. 2020.

premiada.[197] Outra situação muito corriqueira é o pedido de acesso ao acordo de colaboração premiada. Salvo com relação a um anexo específico que tenha sido enviado a outro juízo e resultado em uma investigação, caberá ao Juízo Homologador analisar o pedido, oportunidade em que incidirá o direito ao sigilo do acordo em um contexto de equilíbrio com a Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal.

6 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, buscou-se demonstrar a importância que a colaboração premiada atualmente possui para a persecução penal, apresentando-se como um instrumento essencial no combate à criminalidade organizada.

Pontuaram-se alguns problemas práticos atualmente existentes na aplicação do instituto, bem como foram expostas algumas das principais discussões referentes à matéria, tendo como foco a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Apesar da grande evolução ao longo dos anos, o instituto da colaboração premiada ainda se encontra em fase de consolidação, adquirindo uma roupagem mais sólida e completa ao longo dos anos, por meio da utilização do instituto pelo Ministério Público e a Polícia, bem como por meio das inúmeras discussões jurídicas que estão ocorrendo constantemente sobre a matéria nos Tribunais Superiores, posteriormente incorporadas à legislação.

---

197 "AGRAVO REGIMENTAL. PETIÇÃO. COLABORAÇÃO PREMIADA. PEDIDO DE COMPARTILHAMENTO DE TERMOS DE DEPOIMENTO. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO JURISDICIONAL HOMOLOGADOR. INSTRUÇÃO DE PROCEDIMENTO DEFLAGRADO PARA APURAÇÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. *Ainda que remetidos a outros órgãos do Poder Judiciário para as apurações dos fatos declarados, remanesce competência ao juízo homologador do acordo de colaboração premiada a deliberação acerca de pretensões que envolvem o compartilhamento de termos de depoimento prestados pelo colaborador.* 2. É assente na jurisprudência desta Corte a admissibilidade, em procedimentos administrativos, de prova emprestada do processo penal (RE 810.906, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 25.5.2015, DJe de 28.5.2015), assim como já se decidiu pela admissibilidade para o fim de subsidiar apurações de cunho disciplinar (INQ-QO 2.725, Rel. Min. CARLOS BRITTO, julgado em 25.6.2008, publicado em 26.9.2008, Tribunal Pleno). 3. *Havendo delimitação dos fatos, não se verifica causa impeditiva ao compartilhamento de termos de depoimento requerido pelo Ministério Público estadual com a finalidade de investigar a prática de eventual ato de improbidade administrativa por parte de agente público.* 4. Agravo regimental desprovido." BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). PET 7065/DF. Relator: Min. Edson Fachin. Julgamento em 30.10.2018, grifo nosso.

REFERÊNCIAS

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada:* negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. *Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990*. Código Penal. Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. *Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998*. Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. *Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999*. Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.106, de 16 de março de 2015*. Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 127.483*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julg. 27.8.2015. Publ. 4 fev. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur337159/false. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC n. 142.205/PR*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julg. 25.8.2020. Publ. 1º out. 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344568392&ext=.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 157.627 AgR/PR*. Relator: Min. Edson Fachin. Julg. 27.5.2019. Publ. 30 maio 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/HC157627AGR.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal n. 694*. Relatora: Min. Rosa Weber. Julg. 2.5.2017. Publ. 31 ago. 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur372379/false. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 151605*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julg. 29.11.2019. Publ. 10 dez. 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=competência%20colaboração%20foro&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Inq. 4005*. Relator: Min. Edson Fachin. Julg. 11.12. 2018. Publ. 21 maio 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur404250/false. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *MS 35693 AgR/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Julg. 28.5.2019. Publ. 24 jul. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428739/false. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Pet 7074/DF QO*. Relator: Min. Edson Fachin. Julg. 29.6.2017. Publ. 3 maio 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur384343/false. Acesso em: 5 jun. 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais:* teoria geral dos negócios jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2020.

CACHO, Manoela Andrade. *Colaboração premiada e o princípio da obrigatoriedade*. 2015. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

CORDEIRO, Néfi. *Colaboração premiada***:** caracteres, limites e controles. São Paulo: Forense, 2019.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diaulas Costa; AGUIAR, Julio Cesar de. *Plea bargaining:* aproximação conceitual e breve histórico. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, p. 429-449, jan. 2017.

LIPPKE, Richard L. Plea bargaining in the shadow of the constitution. *Duquesne law review*, Pittsburgh, v. 51, p. 709- 734, 2013.

MELO E SILVA, Philipe Benoni. Fishing Expedition - A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. *JOTA*. 2017. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017. Acesso em: 17 jun. 2021.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. *Colaboração premiada:* uma perspectiva de direito comparado. São Paulo: Almedina, 2020.

CAPÍTULO 7

COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL NA VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: MECANISMO DE MAXIMIZAÇÃO DA EFICÁCIA INVESTIGATIVA

Lucas de Morais Gualtieri

1 · INTRODUÇÃO

O enfrentamento ao crime, em seus diversos matizes, tem-se tornado tarefa cada dia mais árdua, dado o crescente incremento da sofisticação e organização dos mecanismos utilizados por agentes criminosos para a prática dos delitos.

Sob a ótica do combate à corrupção e à prática de crimes contra a Administração Pública em geral, as tipologias criminosas rudimentares são cada vez menos frequentes, mesmo em estruturas estatais de entes de pequeno porte, onde ordinariamente os desvios e fraudes costumavam saltar aos olhos, o que revela o aprimoramento na prática de delitos.

Também sob a perspectiva do enfrentamento ao crime organizado, inclusive de natureza violenta, os métodos criminosos se revelam cada vez mais coordenados, no sentido da organização logística, propriamente, como também aprimorados, valendo-se os delinquentes, por exemplo, de mecanismos tecnológicos de acentuada modernidade, a fim de se furtarem às ações dos órgãos do sistema de justiça. Também o poderio bélico dos grupos criminosos tem aumentado, denotando maior organização e capacidade de ação.

Fato é que o fenômeno criminoso, cujo enfrentamento nunca se revelou facilitado, cada vez mais vem recrudescendo, a exigir dos órgãos e instituições incumbidos da respectiva investigação e punição a adoção de mecanismos e sistemáticas inovadoras, com o objetivo de potencializar as capacidades cognitivas, táticas e operacionais de seus agentes.

É nesse contexto que se apresenta a cooperação interinstitucional, como mecanismo de grande importância para que o Estado maximize sua capacidade de enfrentamento ao crime, fazendo frente à evolução da própria ameaça que visa a combater.

Esse desafio é apontado pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, ao aduzir que

> os avanços tecnológicos e sua futura exploração por membros de gangues criarão novos desafios para a aplicação da lei. No entanto, a colaboração e o compartilhamento de informações propiciarão que as agências em todo o país estejam um passo à frente das organizações e de suas atividades criminosas.[198]

Deveras, os benefícios da atuação no enfrentamento ao crime em regime de cooperação interinstitucional são variados, sendo de se destacar (I) o fator multiplicador de recursos, na medida em que se permite que cada ente cooperante enfrente o problema sob a perspectiva da sua agência, maximizando os ganhos investigativos e assegurando uma visão multifacetada do fenômeno; (II) a maximização dos esforços, evitando situações de duplicação de trabalhos ou de investigações paralelas em um mesmo caso concreto, a permitir que os esforços sejam somados em prol do objetivo comum; (III) a criação de um ambiente propício e seguro para o intercâmbio de informações sensíveis, o que acaba por estimular uma ação proativa, no sentido de que as investigações sejam pautadas em inteligência (*intelligence-driven investigations*); e (IV) a ampliação das fontes de financiamento da investigação.[199]

No presente artigo, busca-se apresentar a atual base normativa da cooperação interinstitucional, no Brasil e no exterior, bem como conceituar o instituto, mediante a síntese de suas principais características.

---

198 *"Advances in technology and their future exploitation by gang members will create new challenges for law enforcement. However, collaboration and the sharing of intelligence will enable agencies across the country to stay one step ahead of gangs and their criminal activity"*. (Tradução livre). BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. National Alliance of Gang Investigators Associations. 2005 *National Gang Threat Assessment*, [*s. l.*], *p. 5*. Disponível em: *https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/Publications/2005_threat_assesment.pdf*. Acesso em: 19 jan. 2021.

199 BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. U. S. Department of Justice. *Guidelines for Establishing and Operating Gang Intelligence Units and Task Forces*, [*s. l.*], out. 2008. Disponível em: https://it.ojp.gov/documents/d/guidelines%20for%20establishing%20Gang%20Intelligence%20units.pdf. Acesso em: 19 jan. 2021.

Na sequência, propor-se-á uma classificação das diversas espécies de cooperação entre instituições para, a partir daí, atribuir enfoque à atual jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros sobre o assunto, em tópicos que ganharam relevância nos últimos anos.

2 · CONCEITO E BASE NORMATIVA

O termo cooperação tem origem etimológica do latim, *cum operare*, ou seja, operar junto a terceiros,[200] podendo ser mais precisamente definido como o "ato de colaborar na realização de um projeto comum".[201]

Na perspectiva deste trabalho, a cooperação interinstitucional pode ser definida como meio de obtenção de prova decorrente da atuação conjunta de um ou mais órgãos ou instituições, em caráter pontual ou permanente, em âmbito doméstico ou internacional, visando ao atingimento de um objetivo comum, consentâneo com o interesse público, mediante o compartilhamento de informações, recursos materiais ou humanos, no interesse da investigação ou da instrução criminal.

A definição da natureza jurídica da cooperação interinstitucional enquanto "meio de obtenção de prova" decorre da própria previsão legal constante do art. 3º, VIII, da Lei n. 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas), que prevê expressamente, entre o rol dos meios de obtenção de prova, a "cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal".

Parcela da doutrina discorda da natureza jurídica atribuída pela lei à cooperação interinstitucional, afirmando que

> a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais não deve ser tecnicamente considerada um meio probatório,

200 A própria origem etimológica traça uma importante distinção entre cooperação e coordenação – do latim, *cum ordinare*, ou seja, colocar em ordem, organizar junto a terceiros –, evidenciando uma perspectiva mais estratégica/tática que operacional da coordenação em relação à cooperação. (CASTAÑER, Xavier; OLIVEIRA, Nuno. Collaboration, coordination, and cooperation among organizations: establishing the distinctive meanings of these terms through a systematic literature review. *Journal of Management*, [*s. l.*], v. 46, p. 965-1001, fev. 2020).

201 COOPERAÇÃO. *In*: Dicionário Porto da Língua Portuguesa. Porto: Porto Ed., 2013. *E-book*, versão Kindle.

> sendo, antes disso, "uma estratégia que pode possibilitar a obtenção de provas constantes nos arquivos dos entes referidos".[202-203]

A previsão legal fazendo referência expressa à cooperação, embora inove na definição da natureza jurídica do instituto, não constitui prescrição inédita no ordenamento jurídico brasileiro.

A rigor, a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (UNTOC), internalizada por meio do Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, já previa, no artigo 7.1 (b), exortação aos Estados Partes para que garantissem,

> sem prejuízo da aplicação dos Artigos 18 e 27 da presente Convenção, que as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro (incluindo, quando tal esteja previsto no seu direito interno, as autoridades judiciais), tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno, e, para esse fim, considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro.

No mesmo sentido, prevê o art. 14 (b), da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006), aduzindo que cada Estado Parte:

---

202 MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 339.

203 Embora se trate de contraposição sem grandes repercussões práticas, a crítica nos parece adequada apenas sob algumas das perspectivas da atuação em regime de cooperação. Segundo Carnelutti, chama-se "meio de prova a atividade do juiz [ou do aplicador do direito, em sentido amplo] mediante a qual busca a verdade do fato a provar, e fonte de prova ao fato do qual se serve para deduzir a própria verdade" (CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Sary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 99). Para Didier, enquanto os "meios [de prova] são as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte) [...], são fontes de prova as coisas, as pessoas e os fenômenos" (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil:* teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2. p. 39). Assim, a atividade das instituições, atuando em conjunto em prol do êxito da investigação (perspectiva operacional, *vide* classificação a ser proposta adiante), afigura-se, de fato, como meio de prova; por outro lado, as informações constantes das bases de dados das instituições, a serem compartilhadas, por exemplo, são fontes probatórias.

> b) Garantirá, sem prejuízo à aplicação do Artigo 46 da presente Convenção, que as autoridades de administração, regulamentação e cumprimento da lei e demais autoridades encarregadas de combater a lavagem de dinheiro (incluídas, quando seja pertinente de acordo com a legislação interna, as autoridades judiciais) sejam capazes de cooperar e intercambiar informações nos âmbitos nacional e internacional, de conformidade com as condições prescritas na legislação interna e, a tal fim, considerará a possibilidade de estabelecer um departamento de inteligência financeira que sirva de centro nacional de recompilação, análise e difusão de informação sobre possíveis atividades de lavagem de dinheiro.

Sem dúvidas, os textos da UNTOC e da UNCAC (Convenção da ONU contra a Corrupção) se referem a típicos mecanismos de cooperação interinstitucional, sob o aspecto informacional, sendo certo que no Brasil a função em comento é exercida, precipuamente, pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), a quem cabe, na forma do art. 14, § 2º, da Lei n. 9.613/1998, "coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores."[204]

No mesmo sentido, o art. 1º, § 3º, inciso IV, da Lei Complementar n. 105/2001 afirma não constituir violação do dever de sigilo bancário e, portanto, cooperação informacional lícita,

> a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa.

Diversos outros dispositivos legais preveem a troca de informações entre instituições, a exemplo do art. 83 da Lei n. 9.430/1996 (Representação Fiscal para Fins Penais relativa aos crimes tributários); art. 16, § 3º, da Lei n. 8.443/1992 (envio de documentação pelo TCU, ao MPU, em caso de julgamento de contas irregulares); art. 51, § 4º, da Lei n. 13.844/2019 (envio de documentos pela Controladoria-Geral da União, aos órgãos competentes, em casos em que constatada a prática de improbidade administrativa ou crime).

Digno de destaque é que, no que concerne à atuação do Ministério Público, o ordenamento jurídico pátrio prevê importante mecanismo que viabiliza a cooperação interinstitucional de variadas maneiras, na

204 A Lei n. 13.974/2020 também "dispõe sobre o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), de que trata o art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998". Citada norma passou a vincular a UIF brasileira ao Banco Central do Brasil (Bacen).

medida em que o Órgão de Execução ministerial tem permissão legal para "requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta" e "requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas", conforme art. 8º, II e III, da Lei Complementar n. 75/1993. Previsão bastante semelhante é contida na Lei n. 8.625/1993.[205]

Por certo, a cooperação deve sempre se pautar na atuação voluntária das instituições envolvidas e disso não se deve olvidar, sob pena de se colocar em xeque a própria utilidade da atuação em conjunto. Não se deve desconsiderar, entretanto, que referidas previsões legais constituem, em verdade, importante autorização legislativa que objetiva viabilizar a cooperação das mais variadas instituições e órgãos com o Ministério Público, ainda que ausente autorização legislativa específica.

3 · ESPÉCIES DE COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL

Quanto à classificação da cooperação interinstitucional em espécies, é possível agrupar as modalidades de cooperação sob as mais variadas perspectivas.

Sob a ótica do (1) objeto de cooperação, propriamente dito, a cooperação pode ser (1.1) *informacional*, quando se basear no intercâmbio estrito de informações entre os órgãos cooperantes; ou (1.2) *operacional*, quando a cooperação envolver o emprego compartilhado de recursos materiais ou humanos.

Quanto ao (2) âmbito de cooperação, a cooperação interinstitucional pode ser (2.1) de âmbito nacional, quando os órgãos ou entidades cooperantes forem de um mesmo país. Nessa classificação se incluem cooperações entre órgãos integrantes de uma mesma esfera governamental (*v.g.*, órgãos federais cooperando entre si) e entre órgãos de esferas diversas (*v.g.*, órgão federal cooperando com órgão estadual); ou (2.2) de âmbito internacional, cujo exemplo mais evidente são as equipes conjuntas de investigação (*joint investigation teams – JITs*), que possuem previsão também na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (artigo

205 Art. 26, I, *b*: "requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

49)[206] e na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (art. 19),[207] além de outros tratados, como o artigo 13 da 2000 *EU MLA Convention* (*Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union*)[208-209] e o art. 24 da NAPLES II (*Customs Cooperation Convention*).

---

206 "Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou tratados bilaterais ou multilaterais em virtude dos quais, em relação com questões que são objeto de investigações, processos ou ações penais em um ou mais Estados, as autoridades competentes possam estabelecer órgãos mistos de investigação. Na falta de tais acordos ou tratados, as investigações conjuntas poderão levar-se a cabo mediante acordos acertados caso a caso. Os Estados Partes interessados velarão para que a soberania do Estado Parte em cujo território se efetua a investigação seja plenamente respeitada."

207 A redação é deveras semelhante à do art. 49 da UNCAC.

208 *"Article 13*

Joint investigation teams

1. By mutual agreement, the competent authorities of two or more Member States may set up a joint investigation team for a specific purpose and a limited period, which may be extended by mutual consent, to carry out criminal investigations in one or more of the Member States setting up the team. The composition of the team shall be set out in the agreement.

A joint investigation team may, in particular, be set up where:

(a) a Member State's investigations into criminal offences require difficult and demanding investigations having links with other Member States;

(b) a number of Member States are conducting investigations into criminal offences in which the circumstances of the case necessitate coordinated, concerted action in the Member States involved.

A request for the setting up of a joint investigation team may be made by any of the Member States concerned. The team shall be set up in one of the Member States in which the investigations are expected to be carried out.

2. In addition to the information referred to in the relevant provisions of Article 14 of the European Mutual Assistance Convention and Article 37 of the Benelux Treaty, requests for the setting up of a joint investigation team shall include proposals for the composition of the team.

3. A joint investigation team shall operate in the territory of the Member States setting up the team under the following general conditions:

(a) the leader of the team shall be a representative of the competent authority participating in criminal investigations from the Member State in which the team operates. The leader of the team shall act within the limits of his or her competence under national law;

(b) the team shall carry out its operations in accordance with the law of the Member State in which it operates. The members of the team shall carry out their tasks under the leadership of the person referred to in subparagraph (a), taking into account the conditions set by their own authorities in the agreement on setting up the team;

(c) the Member State in which the team operates shall make the necessary organisational arrangements for it to do so.

4. In this Article, members of the joint investigation team from Member States other than the Member State in which the team operates are referred to as being 'seconded' to the team.

5. Seconded members of the joint investigation team shall be entitled to be present when investigative measures are taken in the Member State of operation. However, the leader of the team may, for particular reasons, in accordance with the law of the Member State where the team operates, decide otherwise.

6. Seconded members of the joint investigation team may, in accordance with the law of the Member State where the team operates, be entrusted by the leader of the team with the task of taking certain investigative measures where this has been approved by the competent authorities of the Member State of operation and the seconding Member State.

7. Where the joint investigation team needs investigative measures to be taken in one of the Member States setting up the team, members seconded to the team by that Member State may request their own competent authorities to take those measures. Those measures shall be considered in that Member State under the conditions which would apply if they were requested in a national investigation.

8. Where the joint investigation team needs assistance from a Member State other than those which have set up the team, or from a third State, the request for assistance may be made by the competent authorities of the State of operations to the competent authorities of the other State concerned in accordance with the relevant instruments or arrangements.

9. A member of the joint investigation team may, in accordance with his or her national law and within the limits of his or her competence, provide the team with information available in the Member State which has seconded him or her for the purpose of the criminal investigations conducted by the team.

10. Information lawfully obtained by a member or seconded member while part of a joint investigation team which is not otherwise available to the competent authorities of the Member States concerned may be used for the following purposes:

(a) for the purposes for which the team has been set up;

(b) subject to the prior consent of the Member State where the information became available, for detecting, investigation and prosecuting other criminal offences. Such consent may be withheld only in cases where such use would endanger criminal investigations in the Member State concerned or in respect of which that Member State could refuse mutual assistance;

(c) for preventing an immediate and serious threat to public security, and without prejudice to subparagraph;

(b) if subsequently a criminal investigation is opened;

(d) for other purposes to the extent that this is agreed between Member States setting up the team.

11. This Article shall be without prejudice to any other existing provisions or arrangements on the setting up or operation of joint investigation teams.

12. To the extent that the laws of the Member States concerned or the provisions of any legal instrument applicable between them permit, arrangements may be agreed for persons other

Por fim, (3) quanto à duração ou abrangência da cooperação, esta pode ser (3.1) *restrita a casos concretos específicos*, de modo que, encerrada a investigação ou instrução respectiva, cessa a cooperação; (3.2) baseada em atuação em *regime de força tarefa*, geralmente dedicada ao ataque de ofensas ou situações específicas e delimitadas, mas não necessariamente restritas a um caso concreto; ou (3.3) em *caráter permanente*.

Quanto a esta última classificação, reputamos relevante aprofundar as distinções entre a atuação em regime de força tarefa e em caráter permanente.

Tradicionalmente, a atuação em conjunto em regime de forças-tarefas é dedicada ao ataque a ameaças específicas e pontuais, sendo fundamental para o atingimento dos objetivos da cooperação que a força-tarefa tenha uma missão claramente delimitada, sob pena de desvio de foco e consequente perda de sustentabilidade (*mission drift*).[210-211]

Por outro lado, o enfrentamento de ameaças permanentes, que exigem atuação constante e perene – cujo exemplo mais evidente é o crime organizado – vem sendo realizado há alguns anos por grupos permanentes

---

than representatives of the competent authorities of the Member States setting up the joint investigation team to take part in the activities of the team. Such persons may, for example, include officials of bodies set up pursuant to the Treaty on European Union. The rights conferred upon the members or seconded members of the team by virtue of this Article shall not apply to these persons unless the agreement expressly states otherwise."

209 Uma importante diretiva sobre JITs em âmbito europeu é representada pela *2002 EU Framework Decision on joint investigation teams. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32002F0465. Acesso em: 19 jan. 2021.*

210 BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. U. S. Department of Justice. *Guidelines for Establishing and Operating Gang Intelligence Units and Task Forces*, [*s. l.*], out. 2008. Disponível em: https://it.ojp.gov/documents/d/guidelines%20for%20establishing%20Gang%20Intelligence%20units.pdf. Acesso em: 28 jan.2021.

211 A distinção na aplicabilidade dos modelos de forças-tarefas e grupos permanentes é trazida também pela publicação "Forças-tarefas: direito comparado e legislação aplicável" (PALUDO, Januário – coord.; LIMA, Carlos Fernando dos Santos; ARAS, Vladimir. *Forças-tarefas:* direito comparado e legislação aplicável – MPF. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 49. Manuais de Atuação ESMPU, v. 8), nos seguintes termos: "A complexidade da delinquência tem crescido. Poderosas organizações criminosas têm implantado 'cabeças-de-ponte' na Administração Pública. Por isso, cremos que, *mais do que soluções paliativas, como mutirões ou, mais do que bem planejadas, como forças-tarefas, o ideal é que o Ministério Público Federal se organize formalmente, mediante uma lei de ofícios, em unidades especializadas, com atribuição específica e estrutura de apoio adequada para atuação em uma ou mais subseções judiciárias, como uma Procuradoria Nacional, sem vinculação ao modelo de organização e divisão judiciárias.* (Grifo nosso).

e especializados. Na Itália, por exemplo, o fenômeno mafioso e o crime organizado são enfrentados, sob a perspectiva ministerial, a partir dos esforços da *Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo* (DNAA), em coordenação com as *Direzioni Distrettuali Antimáfia (DDA),* situadas em cada um dos 26 distritos da Corte de Apelação.

No Brasil, o modelo mais difundido é de Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco), já adotado nos Ministérios Públicos de todos os estados brasileiros e mais recentemente com a implantação iniciada também no âmbito do Ministério Público Federal.[212] O modelo adotado nos Gaecos estaduais constitui um típico exemplo de cooperação permanente, inclusive em caráter operacional, visto que não raro a estrutura desses grupos é composta não apenas por membros e servidores do Ministério Público, como por integrantes de forças policiais ou outros órgãos públicos.

Traçada a classificação acima, portanto, cumpre-nos avançar sobre a análise de tópicos específicos, relacionados à cooperação interinstitucional, os quais foram objeto de importantes decisões dos Tribunais Superiores nos últimos anos.

4 · A COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A fim de analisar o estado da arte atual da jurisprudência brasileira no tocante à cooperação interinstitucional, cuidemos de analisar dois tópicos específicos: as balizas e limitações à cooperação, em sede de atividade de inteligência; e a cooperação informacional e o compartilhamento de dados sujeitos a sigilo bancário e fiscal.

4.1 · COOPERAÇÃO OPERACIONAL E ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA – BALIZAS E LIMITAÇÕES

Tema de grande importância para o êxito da cooperação interinstitucional diz respeito às balizas e limitações atualmente impostas pela jurisprudência pátria à atuação de agências de inteligência, especialmente quando em regime de cooperação no âmbito de investigações criminais.

212 Até a finalização deste trabalho, haviam sido criados, no âmbito do MPF, Gaecos nos seguintes Estados: Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Amazonas, Pará e Rio de Janeiro.

De partida, é relevante se conceituar a atividade de inteligência, inclusive para adequada delimitação do escopo deste trabalho.

É sabido que o termo "inteligência" (ou "atividade de inteligência") comporta inúmeras acepções. Grosso modo, entretanto,

> a palavra "inteligência" geralmente se refere a assuntos relacionados à segurança nacional – isto é, defesa e política internacional, bem como alguns aspectos da segurança doméstica e interna, os quais cresceram de modo importante desde os ataques terroristas de 2001. Na legislação dos Estados Unidos (*Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act, 2004*) toda a inteligência é agora definida como *national intelligence*, a qual possui três subconjuntos: estrangeira, doméstica e segurança interna.[213]

A inteligência, em sentido amplo, pode ser considerada:

> a atividade permanente e especializada de obtenção de dados, produção e difusão metódica de conhecimentos, a fim de assessorar um decisor na tomada de uma decisão, com o resguardo do sigilo, quando necessário para a preservação da própria utilidade da decisão, da incolumidade da instituição ou do grupo de pessoas a que serve. Tal atividade, em sentido amplo, abrange, ainda, a prevenção, detecção, obstrução e neutralização de ameaças (internas e externas) às informações, áreas, instalações, meios, pessoas e interesses a que a organização serve (contrainteligência).[214]

Quanto à classificação da atividade de inteligência, a primeira subdivisão se refere à inteligência pública ou privada, conforme as ações sejam desempenhadas por agentes do Estado ou por particulares.

A inteligência pública, objeto específico deste trabalho, subdivide-se, por sua vez, em (I) inteligência clássica ou inteligência de Estado, "destinada a assessorar o chefe de Estado/governo nas decisões relativas às questões de Estado, tais como política externa, defesa nacional, formulação de políticas públicas, dentre outras"; e em (II) inteligência de segurança pública, "destinada a assessorar, em níveis estratégicos e táticos, as autoridades responsáveis pela segurança pública e pela obtenção de provas na persecução penal".[215]

---

213 LOWENTHAL, Mark M. *Intelligence:* from secrets to policy. 8. ed. Thousand Oaks, California: CQ Press, 2020. Edição Kindle.

214 ALMEIDA NETO, Wilson Rocha de. *Inteligência e contrainteligência no Ministério Público.* Aspectos práticos e teóricos da atividade como instrumento de eficiência no combate ao crime organizado e na defesa de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 28.

215 ALMEIDA NETO, 2009, p. 62.

Sob o enfoque da "inteligência de segurança pública", portanto, vislumbra-se um amplo e fértil campo de atuação dos órgãos e entidades integrantes do aparato investigativo/repressivo estatal, em regime de cooperação, nas mais variadas acepções, mas especialmente sob a ótica das cooperações informacional e operacional.

Sob o aspecto informacional, a troca de informações entre agências de inteligência e os órgãos incumbidos da investigação constitui instrumento muito importante para nortear as diligências a serem realizadas, filtrar aqueles alvos que sejam mais relevantes ou mesmo permitir que a equipe de apuração se antecipe a ações dos investigados.

No viés operacional, tem sido cada vez mais comum a utilização de agentes de inteligência em apoio ao Ministério Público, em atividades de investigação propriamente, tanto na realização de diligências quanto na análise de dados e evidências.

Esse espectro ampliado, aliado à ausência de normatização legal detalhada e específica, levou os Tribunais Superiores a se debruçarem sobre esta forma de ação, inclusive com desdobramentos indesejáveis, sob o ponto de vista da efetividade de investigações levadas a efeito.

No bojo do *Habeas Corpus* n. 149.250/SP,[216] o Superior Tribunal de Justiça analisou alegações de nulidade decorrentes da atuação de agentes da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) e de investigador particular, em investigação criminal levada a efeito pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal no âmbito da assim denominada "Operação Satiagraha".

Argumentava a tese defensiva a ausência de autorização legal para a atuação dos citados servidores em cooperação com a investigação, assim como a nulidade decorrente do acesso, por eles, a dados sigilosos dos investigados, obtidos em procedimentos cautelares sujeitos a reserva de jurisdição (monitoramento telefônico e telemático).

A impetração submetida a análise do Superior Tribunal de Justiça atacava acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que havia negado a ordem de *habeas corpus*, sob o fundamento de que não havia provas do efetivo envolvimento de agentes da ABIN na investigação, não havia demonstração de prejuízo decorrente dessa eventual participação, e no sentido de que "tanto a Polícia Federal como a ABIN,

216 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Adilson Vieira Macabu – Des. Convocado do TJ/RJ. Quinta Turma; maioria. Julg. 7.6.2011. Publ. *DJe* 5 set. 2011.

integram o Sistema Brasileiro de Inteligência, como se infere dos incisos III e IV do artigo 4º do Decreto nº 4.376/02, que regulamenta a Lei 9.883/99", e "o compartilhamento de dados e informações sigilosos entre os órgãos encarregados da persecução penal e outros órgãos integrantes do Estado não é novidade".

As teses defensivas foram assim sintetizadas no acórdão do STJ sob análise:

> a) a Operação Satiagraha é resultado de uma investigação criminal oficiosa, realizada à margem de inquérito policial, que foi, indevidamente, substituído pela atuação clandestina da Agência Brasileira de Inteligência - ABIN e de investigador particular, contratado pelo Delegado Protógenes Queiroz - responsável pela operação;
>
> a.1) aponta-se violação aos arts. 144, § 1º, IV, da Constituição Federal e 4º, do Código de Processo Penal, aduzindo que, embora a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN tenha levado a efeito, por pessoas a seu serviço, monitoramentos telefônico e telemático em desfavor do ora paciente, no período compreendido entre fevereiro de 2007 e o início de 2008, o Departamento de Polícia Federal só instaurou o inquérito em 25.06.08;
>
> b) clandestinidade e ilegalidade da investigação comprovadas mediante:
>
> b.1) a "informalidade" tanto na solicitação quanto na execução das atividades realizadas pela ABIN;
>
> b.2) o custeio clandestino da operação realizado pela ABIN, mediante a utilização, inclusive, das chamadas VS - "verbas secretas";
>
> b.3) a manipulação, pela ABIN, de arquivos de áudio e de e-mail acobertados pelo sigilo;
>
> b.4) a interceptação e análise de e-mails trocados entre a área jurídica do Banco Opportunity, indicando monitoramento, pela ABIN, das ações de seus advogados;
>
> b.5) o acesso ilegal, pela ABIN, aos dados dos HDs do Banco Opportunity, acobertados por sigilo;
>
> b.6) o acesso ilegal, pela ABIN, ao Sistema Guardião, mediante senhas disponibilizadas por policiais federais;
>
> b.7) a prática, pela ABIN, de atos de vigilância típicos de Polícia Judiciária;
>
> b.8) a realização de diligências (fotografias e filmagens) camufladas em torno da vida privada dos investigados, inclusive mediante a utilização de veículo técnico da ABIN.

> c) a intromissão estatal abusiva e ilegal na esfera da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem, proscrita submissão do paciente à condição de "objeto" das investigações, violando, assim, o Princípio da Dignidade Humana, bem como a obtenção de prova ilícita, em virtude de tal prova ter sido obtida em contrariedade à previsão legal.
>
> Sustentam os impetrantes violação aos arts. 1º, III, e 5º, X, XII, LVI, ambos da Magna Carta e 157, do Código de Processo Penal.
>
> Asseveram, também, que existe vedação ao compartilhamento de informações, entre a ABIN e a Polícia Federal, salvo se os dados forem endereçados, diretamente, à sua Diretoria de Inteligência Policial, nos termos do art. 6º, da Lei nº 9.883/99 e do art. 4º, III e IV, do Decreto nº 4376/02, o que não teria ocorrido, *in casu*; [...].

Ao analisar o *case*, o ministro relator aduziu que, nos termos do art. 144, CR/1988, as atribuições da Polícia Judiciária, no âmbito da União, cabem exclusivamente à Polícia Federal e, na esfera dos Estados, devem ser exercidas pela Polícia Civil, ressalvada a competência da Polícia Militar, sendo que

> apenas em casos excepcionalíssimos e desde que preenchidos os requisitos legais do art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, permitir-se-á que essa atividade seja exercida por órgão diverso da Polícia Judiciária.

Aduziu, outrossim, que as competências da ABIN, instituídas pelo art. 4º da Lei n. 9.883/1999,[217] têm como finalidade precípua "fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional", o que impediria "a possibilidade de se caracterizar a participação da ABIN e de ex-servidor do SNI com o intuito de 'mero compartilhamento de informações'".

---

217 "Art. 4º. À ABIN, além do que lhe prescreve o artigo anterior, compete:

I – planejar e executar ações, inclusive sigilosas, relativas à obtenção e análise de dados para a produção de conhecimentos destinados a assessorar o Presidente da República;

II – planejar e executar a proteção de conhecimentos sensíveis, relativos aos interesses e à segurança do Estado e da sociedade;

III – avaliar as ameaças, internas e externas, à ordem constitucional;

IV – promover o desenvolvimento de recursos humanos e da doutrina de inteligência, e realizar estudos e pesquisas para o exercício e aprimoramento da atividade de inteligência.

Parágrafo único. Os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência fornecerão à ABIN, nos termos e condições a serem aprovados mediante ato presidencial, para fins de integração, dados e conhecimentos específicos relacionados com a defesa das instituições e dos interesses nacionais."

O acórdão avança em argumentos que, *data venia*, minimizam a importância do combate à corrupção e ao crime pelo sistema de justiça, ao aduzir que

> não há qualquer possibilidade de se caracterizar a participação da ABIN e de ex-servidor do SNI com o intuito de "mero compartilhamento de informações", como consignado no acórdão vergastado, especialmente, porque o próprio acórdão é categórico ao afirmar que esse compartilhamento de informações de dados é admitido em casos excepcionais "a situações nas quais haja interesse do estado brasileiro", conforme simples leitura da ementa no item nº 5.

Na sequência, questiona:

> Sendo público e notório que o presente *writ* teve origem em processos investigatórios de possíveis delitos de desvio de verbas públicas, corrupção e branqueamento de capitais, como dizem os portugueses, indaga-se: onde reside o interesse nacional na apuração de tais crimes?

Em conclusão, consignou o ministro relator:

> Por todas essas considerações, parece-me que está claramente demonstrado que: (i) não é função da ABIN investigar possíveis crimes que não tenham qualquer conexão com assuntos de interesse nacional, como no caso concreto e (ii) é inadmissível a participação de um investigador particular contratado diretamente pelo Delegado encarregado de chefiar a operação e pago com dinheiro público, o que nos leva a uma única e possível conclusão: a ABIN extrapolou suas funções ao participar das investigações da Operação Satiagraha.

A anulação dos atos praticados no bojo da investigação, pelo Superior Tribunal de Justiça, veio a ser confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que o recurso extraordinário interposto contra o acórdão do STJ não foi conhecido pelo STF.[218]

---

218 "PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. QUESTÃO PRELIMINAR: TEMPESTIVIDADE. TERMO INICIAL DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO: PRIMEIRA DATA EM QUE SE TENHA CERTEZA DA CIÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO: NÃO PREENCHIMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. MERA INCONFORMIDADE COM OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. PRETENSÃO À ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA EM FACE DE OUTROS FUNDAMENTOS QUE OBSTAM O SEGUIMENTO DO APELO EXTREMO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

1. A ciência anterior e inequívoca da decisão contrária, consubstanciada na aposição do 'ciente', inaugura o termo *a quo* do prazo para a interposição recursal (precedentes), máxime à luz da cláusula da duração razoável dos processos.

2. O juízo de admissibilidade do recurso extraordinário pela Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça não vincula o Supremo Tribunal Federal, pois a este compete 'emitir juízo definitivo acerca da admissibilidade de recurso extraordinário, não tendo qualquer efeito vinculante a manifestação positiva ou negativa, integral ou parcial, feita pelo Tribunal de origem' (RE 593.156-AgR/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 25/10/2010).

3. O termo inicial do prazo para interposição de recursos, na visão jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, é a primeira data em que se tenha certeza da ciência da publicação do acórdão pela parte interessada: HC 83.915/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ 13/05/2005.

4. A intimação pessoal do Ministério Público pode ocorrer mediante colheita da assinatura do membro do Parquet quanto à ciência da publicação, iniciando-se a contagem do prazo recursal (Precedente: AI 707.988-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, unânime, DJe de 19/09/2008).

5. A arguição de suspeição não revela ofensa direta ao princípio do devido processo, porquanto regida pelas normas da legislação processual ordinária e, no caso vertente, também por força da preclusão, em razão da não interposição de recurso contra a decisão monocrática.

6. A nulidade das investigações por força da atuação de agentes da ABIN, sem autorização judicial, remete à interpretação das normas de diplomas legais específicos que disciplinam as atividades do mencionado órgão (Lei 9.883/99, Decreto Federal 3.695/2000), matéria que se vincula à competência do Superior Tribunal de Justiça e que acarreta que as referidas violações aos artigos 5º, LVI, e art. 144, da Constituição Federal, se ocorrentes, seriam-no de forma reflexa, insindicáveis pela via extraordinária.

7. A ausência de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CRFB), que autoriza a interposição do recurso extraordinário, não se equipara com a irresignação contra os fundamentos constantes do acórdão recorrido, posto *contraditio in terminis*, tanto mais que interpretar não é violar o referido dever constitucional.

8. A previsão constitucional da competência do Tribunal Regional Federal para processar habeas corpus impetrado contra juiz federal, estabelecida no art. 108 da Lei Maior, não afasta a vigência das leis ordinárias que autorizam a concessão de *habeas corpus* de ofício.

9. *In casu*, o Tribunal Regional Federal foi apontado como autoridade coatora perante o Superior Tribunal de Justiça, e o *writ* analisado sob o enfoque da competência à luz do Código de Processo Penal, matéria infraconstitucional que conjura a violação à Constituição Federal.

10. Os princípios constitucionais da razoabilidade e da vedação da proteção deficiente não autorizam a inobservância, pelos órgãos de investigação, das normas legais de regência da atividade persecutória. No caso, o acórdão recorrido assentou a violação destas normas na condução das investigações, ao afirmar que é 'inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalescem, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arrepio da lei'.

O revés advindo da decisão em análise maximizou a percepção dos órgãos de persecução criminal quanto à necessidade de se assegurar mecanismos de proteção do resultado das investigações, estimulando a adoção de cautelas adicionais para atos de cooperação interinstitucional, inclusive com a participação de órgãos de inteligência.

Assim, a prática demonstra que a principal cautela que vem sendo adotada em casos tais diz respeito à formulação de pedido expresso, previamente ao início da cooperação, ao juiz responsável pelo sigilo do

---

11. Os princípios materiais constitucionais utilizados como fundamentação *a latere* encerram, quando muito, ofensa reflexa, afastando a aferição do acórdão recorrido sob o prisma constitucional.

12. A surpresa dos atores jurídicos envolvidos nas investigações, em decorrência da declaração de nulidade pelo Superior Tribunal de Justiça e do fato de as instâncias inferiores não as terem invalidado, configura mera irresignação do recorrente, ausente ofensa direta ao princípio constitucional da segurança jurídica.

13. A Súmula 279/STF dispõe: 'Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário'; por isso que a aferição da participação dos agentes da ABIN, considerada ostensiva pelo acórdão recorrido, demandaria análise de fatos e provas, vedada em recurso extraordinário (ARE 676.280-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, unânime, j. 14/04/2015).

Deveras, no inquérito policial federal que apurou desvios funcionais da referida operação constou: 'Nesta diretriz, verificou-se que servidores da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN e um ex-servidor, por iniciativa do Delegado PROTÓGENES QUEIROZ, sem autorização judicial e sem qualquer formalização, foram introduzidas ocultamente nos trabalhos da operação Satiagraha, tomaram conhecimento de dados que estavam sob sigilo e, seguindo comando daquela autoridade e de outros servidores a ele subordinados, realizaram trabalhos de vigilância, acompanhamento de alvos, registros fotográficos, filmagens, gravações ambientais, análise de documentos igualmente sigilosos, geraram relatórios e produziram transcrições a partir da audição de gravações de conversações telefônicas interceptadas pelo sistema guardião, em situação que ultrapassa qualquer limite de entendimento de que fosse mera atuação pontual com troca de dados de inteligência entre órgãos [...]'.

14. A repercussão geral deve ser analisada após a aferição dos demais requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, na forma do art. 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e da remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Precedentes: RE 597.165-AgR, Rel. Min. Celso de Mello; ARE 716.775-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; RE 728.753-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; AI 689.742-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli. Em sede monocrática: RE 723.284, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 665.438, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 646.055, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ARE 769.311, Rel. Min. Roberto Barroso; ARE 867.078, Rel. Min. Rosa Weber; ARE 736.677, Rel. Min. Teori Zavascki).

15. Recurso extraordinário não conhecido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 680967/DF*; Relator Min. Luiz Fux; julg. 24.6.2015; publ. *DJe* 29 jun. 2015).

procedimento, notadamente em cautelares sujeitas a reserva de jurisdição, para que seja autorizado o compartilhamento das provas com o órgão ou instituição cooperante.

A prática passou a ser amplamente admitida pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, reconhecendo a licitude da participação de agências de inteligência ou de órgão de controle na realização de diligências investigativas, inclusive no que concerne ao acesso, análise e manejo de evidências obtidas a partir de medidas sujeitas a reserva de jurisdição.

Nesse sentido, por exemplo, no bojo do *Habeas Corpus* n. 96.986/MG,[219] o Supremo Tribunal Federal reconheceu a validade da execução de interceptação telefônica por policiais do setor de inteligência da Polícia Militar, em auxílio ao Ministério Público e mediante pedido deste, após autorização do juiz do caso.

Do precedente, destaca-se o seguinte trecho:

> Daí o Juízo da Segunda Vara da Comarca do Prata ter autorizado, em 6-8-2006, que o Comando da Polícia Militar procedesse à interceptação telefônica do terminal móvel mencionado — frise-se, a teor do que pleiteado pelo Ministério Público.
>
> Diante dessa conjuntura, reputo não haver se falar em qualquer nulidade da medida, porquanto o procedimento foi executado de forma legítima, a teor do quanto disposto na Lei 9.296/96 — requerimento do Ministério Público e consequente deferimento pelo Juízo competente.
>
> *In casu*, a defesa sustenta a nulidade da prova porquanto a interceptação foi levada à efeito pela Polícia Militar. Apega-se, para tanto, à literalidade do termo "autoridade policial" no art. 6º da Lei 9.296/96: "deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização" (grifei).
>
> A previsão de a diligência, uma vez deferida, ser executada pela autoridade policial, constante no artigo 6º da Lei 9.296/96, harmoniza-se com a previsão constitucional do art. 144, § 4º, no sentido de que cabe à polícia civil, ressalvada a competência da União e militar, exercer a função de "polícia judiciária e a apuração de infrações penais". Ou seja, os procedimentos de interceptação, ordinariamente, serão conduzidos pela autoridade policial. Todavia, tenho para mim que, em situações excepcionais,

219 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 96.986/MG*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma, unânime. Julg. 15.5.2012. Publ. 14 set. 2012.

nada impede que essa execução possa ser efetuada por outros órgãos, por exemplo a Polícia Militar, como no caso dos autos.

Por outro lado, colho do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que "há informações prestadas pelo Juízo de Primeiro Grau esclarecendo que a razão de os procedimentos operacionais de escuta terem ficado a cargo da Polícia Militar se deu pelo fato de que havia suspeita de envolvimento de autoridades policiais da delegacia local" (Apenso 3, fl. 622).

Dessarte, em virtude da suspeita de envolvimento de autoridades policiais da delegacia local, mais do que razoável a execução das interceptações telefônicas pelo Comando da Polícia Militar. Proceder-se, na espécie, da forma ordinária – ou seja, condução do procedimento pela polícia judiciária – poderia, indubitavelmente, restar na frustração da medida.

Não bastasse todos esses elementos, sobreleva destacar que a lei autorizou o uso dos serviços e técnicos das concessionárias (art. 7º).

Intuitivo, portanto, que a execução da medida (frise-se, a execução) não é exclusividade da autoridade policial. E por que não é exclusividade?

Porque a par de sujeitar-se ao controle judicial durante a execução, trata-se apenas de meio de obtenção da prova (instrumento), com ela (prova) não se confundindo.

Ora, partindo-se da premissa de que a autoridade judiciária – diante de requerimento formulado pelo membro do *Parquet* – determinou, de forma devidamente fundamentada, a interceptação da comunicação telefônica, tendo em vista a necessidade de sua realização para a apuração da infração penal, indago: o só fato de a execução da medida ter sido conduzida pelo Comando da Polícia Militar, por si só, tem o condão de macular esse meio de prova?

Entendo que não. Explico.

Perceba-se que a garantia constitucional quanto à impossibilidade de utilização, nos processos, de prova ilícita, visa precipuamente à tutela de outros direitos e garantias também constitucionais, os quais, à guisa de ilustração, cito aqui o direito à intimidade e à privacidade (CF, art. 5º, X), o direito à inviolabilidade de domicílio (CF, art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV).

No caso das interceptações telefônicas, o próprio texto constitucional a autoriza para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma da lei (CF, art. 5º, XII).

> Por isso entendo que, a considerar a decisão proferida pelo Juízo da Segunda Vara da Comarca do Prata revestida da devida motivação, o tão só fato de a sua execução ter sido procedida pelo Comando da Polícia Militar, não tem o condão de torná-la ilícita.

A *ratio* dessa decisão é reiterada em diversos outros precedentes, tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: STF, RHC 122839 AgR, relator min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 7.10.2014, *DJe* 24 out. 2014; STJ, HC 450.800/RS, relator min. Néfi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12.2.2019, *DJe* 7 mar. 2019; STJ, AgRg nos EDcl no RHC 91.508/SP, relator min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 6.12.2018, *DJe* 19 dez. 2018; STJ, RHC 78.743/RJ, relator min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13.11.2018, *DJe* 22 nov. 2018; STJ, RHC 67.384/ES, relator min. Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 27.2.2018, *DJe* 5 mar. 2018.

O entendimento prevalecente, pela possibilidade de compartilhamentos de informações entre órgãos incumbidos da investigação/persecução, mediante prévio controle e autorização do Poder Judiciário, veio a ser reafirmado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 6529/MC.

Naquele caso, buscava-se a declaração da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 4º da Lei n. 9.883/1999[220] e de outros dispositivos da referida norma, que regulamentam a troca de informações entre a ABIN, os demais órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Inteligência e outras autoridades públicas.[221]

---

220 "Art. 4º. À ABIN, além do que lhe prescreve o artigo anterior, compete:

I – planejar e executar ações, inclusive sigilosas, relativas à obtenção e análise de dados para a produção de conhecimentos destinados a assessorar o Presidente da República;

II – planejar e executar a proteção de conhecimentos sensíveis, relativos aos interesses e à segurança do Estado e da sociedade;

III – avaliar as ameaças, internas e externas, à ordem constitucional;

IV – promover o desenvolvimento de recursos humanos e da doutrina de inteligência, e realizar estudos e pesquisas para o exercício e aprimoramento da atividade de inteligência.

Parágrafo único. Os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência fornecerão à ABIN, nos termos e condições a serem aprovados mediante ato presidencial, para fins de integração, dados e conhecimentos específicos relacionados com a defesa das instituições e dos interesses nacionais."

221 Outros dispositivos citados pelos autores da ação – Partido Rede Sustentabilidade e Partido Socialista Brasileiro – são o art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.883/1999 ("Art. 2º [...] §

Ao analisar a medida cautelar da ADI, o Supremo Tribunal Federal, pelo voto condutor da ministra Cármen Lúcia, relatora, afirmou, quanto aos dispositivos questionados, que,

> para se ter por válido o texto legal e dar-se integral e válido cumprimento ao comando normativo infralegal pelo Poder Executivo há de adotar-se como única interpretação e aplicação juridicamente legítima – como é óbvio – aquela que conforma a norma à Constituição da República. Quer-se dizer, é imprescindível que os dados a serem fornecidos estejam vinculados ao interesse público objetivamente comprovado e com motivação específica.
>
> [...]
>
> O fornecimento de dados pelos órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência à ABIN, nos termos e condições a serem aprovados mediante ato presidencial, tem, nos termos da norma legal expressa, a finalidade de integrá-los e tornar eficiente "a defesa das instituições e dos interesses nacionais". Somente dados e conhecimentos específicos relacionados a estas finalidades são legalmente admitidos e compatibilizam-se com a Constituição da República. Qualquer outra interpretação é inválida.
>
> O fornecimento de elementos informativos, denominado compartilhamento de dados, tem como único motivo legalmente admissível a defesa das instituições e dos interesses nacionais, reitere-se, nos expressos termos do sistema jurídico vigente.
>
> Compartilhamento de dados e conhecimentos específicos que vise o interesse privado do órgão ou de agente público não é juridicamente admitido, caracterizando-se desvio de finalidade e abuso de direito.

1º O Sistema Brasileiro de Inteligência é responsável pelo processo de obtenção, análise e disseminação da informação necessária ao processo decisório do Poder Executivo, bem como pela salvaguarda da informação contra o acesso de pessoas ou órgãos não autorizados."); o art. 9º-A da Lei n. 9.883/1999 ("Art. 9º-A. Quaisquer informações ou documentos sobre as atividades e assuntos de inteligência produzidos, em curso ou sob a custódia da ABIN somente poderão ser fornecidos, às autoridades que tenham competência legal para solicitá-los, pelo Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, observado o respectivo grau de sigilo conferido com base na legislação em vigor, excluídos aqueles cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".) e o art. 1º, § 3º, do Decreto n. 10.445/2020 ("Art. 1º [...] § 3º. Os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência fornecerão à Abin, sempre que solicitados, nos termos do disposto no Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002, e na legislação correlata, para fins de integração, dados e conhecimentos específicos relacionados à defesa das instituições e dos interesses nacionais").

O fornecimento de informações entre órgãos públicos para a defesa das instituições e dos interesses nacionais é ato legítimo. O que é proibido é que se torne subterfúgio para atendimento ou benefício de interesses particulares ou pessoais, especialmente daqueles que têm acesso aos dados, desvirtuando-se competências constitucionalmente definidas e que não podem ser objeto de escolha pessoal, menos ainda de atendimento a finalidade particular de quem quer que seja. De resto, estas finalidades são, em geral, criminosas e têm o sentido de agressão a outrem atentando-se contra os direitos fundamentais [...]

O parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.883/99, nos seus expressos termos e, como antes acentuado, em seus mais de vinte anos de vigência, compatibiliza-se com a Constituição da República de 1988 com a interpretação que lhe vem dos próprios termos e que deixam resguardadas competências dos demais órgãos dos Poderes da República e, principalmente, dos direitos individuais intocáveis dos indivíduos.

O seu descumprimento parece nem decorrer propriamente de má interpretação, mas de negativa a sua aplicação, pois em seus termos se dispõe que o fornecimento de dados e conhecimentos específicos dos órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência com a ABIN somente é possível quando comprovado o interesse público, vedada, portanto, qualquer destinação que atenda a interesse particular ou privado.

Ademais, a decisão de compartilhamento deve ser devidamente motivada, para fins de eventual controle jurisdicional de legalidade. [...]

Mesmo presente o interesse público e a motivação, o ordenamento jurídico nacional prevê hipóteses em que se impõe a cláusula de reserva de jurisdição, ou seja, a necessidade de análise e autorização prévia do Poder Judiciário. Isso se dá nos casos de ingresso na casa de alguém (art. 5º, inc. XI, da Constituição da República) ou de interceptações em dispositivos telefônicos (art. 5º, inc. XII, da Constituição da República): [...]

Nessas hipóteses, tem-se na Constituição da República ser essencial a intervenção prévia do Estado-juiz, sem o que qualquer ação de autoridade estatal será ilegítima, ressalva feita a situação de flagrante delito.

Por isso é que, ainda em casos em que se motive segundo determinado inteiro (*sic*) público a solicitação de informação, não é possível que os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência forneçam à ABIN dados que importem em quebra do sigilo telefônico ou de dados, por ser essa competência conferida ao Poder Judiciário, nos termos constitucionalmente previstos.

Ao final do julgamento, o Tribunal decidiu por deferir parcialmente a medida cautelar requerida a fim de

> dar interpretação conforme ao parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.883/99 para estabelecer que: a) os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência somente podem fornecer dados e conhecimentos específicos à ABIN quando comprovado o interesse público da medida, afastada qualquer possibilidade desses dados atenderem interesses pessoais ou privados; b) toda e qualquer decisão que solicitar os dados deverá ser devidamente motivada para eventual controle de legalidade pelo Poder Judiciário; c) mesmo quando presente o interesse público, os dados referentes às comunicações telefônicas ou dados sujeitos à reserva de jurisdição não podem ser compartilhados na forma do dispositivo em razão daquela limitação, decorrente do respeito aos direitos fundamentais; d) nas hipóteses cabíveis de fornecimento de informações e dados à ABIN, é imprescindível procedimento formalmente instaurado e a existência de sistemas eletrônicos de segurança e registro de acesso, inclusive para efeito de responsabilização, em caso de eventuais omissões, desvios ou abusos, nos termos do voto da Relatora, vencido o Ministro Marco Aurélio, que indeferia o pedido.

Assim, considerado o atual estado da arte da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros[222] no tocante à cooperação interinstitucional entre agências de inteligência e órgãos de investigação propriamente ditos, afirma-se o reconhecimento da legalidade da cooperação, sob os aspectos informacional e operacional, desde que no interesse da investigação e, nos casos em que a atuação conjunta envolver compartilhamento de informações sujeitas a reserva de jurisdição, mediante prévia e

222 Embora não afeta exatamente à cooperação interinstitucional, é relevante citar a ADPF n. 722/MC, na medida em que se trata de feito com impacto na atividade de inteligência, propriamente dita. Trata-se de ADPF que questiona a produção de relatório de inteligência pela Secretaria de Operações Integradas (Seopi), do Ministério da Justiça, relativo à atuação de "grupos Antifa" e "policiais antifascismo". Ao analisar a medida cautelar, o Tribunal, "por maioria, conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencido o Ministro Marco Aurélio, que entendia a via inadequada. No mérito, por maioria, deferiu a medida cautelar para suspender todo e qualquer ato do Ministério da Justiça e Segurança Pública de produção ou compartilhamento de informações sobre a vida pessoal, as escolhas pessoais e políticas, as práticas cívicas de cidadãos, servidores públicos federais, estaduais e municipais identificados como integrantes de movimento político antifascista, professores universitários e quaisquer outros que, atuando nos limites da legalidade, exerçam seus direitos de livremente expressar-se, reunir-se e associar-se, nos termos do voto da Relatora, vencido o Ministro Marco Aurélio, que indeferia a cautelar."

fundamentada decisão judicial, a ser proferida pelo juiz responsável pelo sigilo do expediente.

Observadas as balizas traçadas pelas decisões referidas, portanto, tem-se um relevantíssimo mecanismo de cooperação, que tende a maximizar a eficácia investigativa dos órgãos e instituições incumbidas do combate ao crime.

4.2 · COOPERAÇÃO INFORMACIONAL E COMPARTILHAMENTO DE DADOS SUJEITOS A SIGILO BANCÁRIO E FISCAL

Ainda sobre a casuística dos Tribunais Superiores e a cooperação interinstitucional, é relevante analisarmos as balizas atualmente prevalecentes para que haja o intercâmbio de informações (cooperação sob o aspecto informacional) entre órgãos e instituições estatais, relativamente a dados acobertados pelo sigilo bancário e (ou) fiscal.

Como já aduzido neste trabalho, o art. 1º, § 3º, inciso IV, da Lei Complementar n. 105/2001 afirma não constituir violação do dever de sigilo bancário e, portanto, cooperação informacional lícita,

> a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa.

Não obstante a clareza da previsão legal, durante muito tempo se verificou na jurisprudência brasileira fundada dúvida acerca da aceitação desse procedimento, tendo havido recorrentes decisões judiciais que reconheciam a nulidade de atos investigatórios praticados a partir do acesso a dados bancários ou fiscais mediante compartilhamento da Receita Federal, sem autorização judicial.

Ocorre que mais recentemente o assunto veio a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, com resultado que privilegia a cooperação e maximiza as possibilidades de atuação conjunta dos órgãos da Administração Tributária, da Unidade de Inteligência Financeira brasileira e do Ministério Público.

Rememore-se que, em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 2.859 (em conjunto com as ADIs 2.390, 2.386 e 2.397), que tinha como objeto o § 4º do art. 1º da Lei Complementar n. 105/2001, bem como os arts.

5º e 6º da mesma norma e seus decretos regulamentadores. Na ocasião, as ações foram julgadas improcedentes, em acórdão assim ementado:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto nº 4.545/2002. Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta nº 2.859. Expressão "do inquérito ou", constante no § 4º do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/2001. Acesso ao sigilo bancário nos autos do inquérito policial. Possibilidade. Precedentes. Art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias. Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco. Constitucionalidade dos preceitos impugnados. ADI nº 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI nº 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes.
>
> 1. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, que têm como núcleo comum de impugnação normas relativas ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à administração tributária.
>
> 2. Encontra-se exaurida a eficácia jurídico-normativa do Decreto nº 4.545/2002, visto que a Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, de que trata este decreto e que instituiu a CPMF, não está mais em vigência desde janeiro de 2008, conforme se depreende do art. 90, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias -ADCT. Por essa razão, houve parcial perda de objeto da ADI nº 2.859/DF, restando o pedido desta ação parcialmente prejudicado. Precedentes.
>
> 3. A expressão "do inquérito ou", constante do § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, refere-se à investigação criminal levada a efeito no inquérito policial, em cujo âmbito esta Suprema Corte admite o acesso ao sigilo bancário do investigado, quando presentes indícios de prática criminosa. Precedentes: AC 3.872/DF-AgR, Relator o Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 13/11/15; HC 125.585/PE-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 19/12/14; Inq 897-AgR, Relator o Ministro Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ de 24/3/95.
>
> 4. *Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de*

novembro de 2009) consagram, de modo expresso, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espeque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

5. A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição *sine qua non* para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/ 2001 de extrema significância nessa tarefa.

6. O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (*Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*), a cumprir os padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, estabelecidos com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias, assim como combater práticas criminosas. Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena de descumprimento de seus compromissos internacionais.

7. O art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, não determina quebra de sigilo, mas transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Outrossim, a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos.

8. À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão da Advocacia-Geral da União, caberá a defesa da atuação do Fisco em âmbito judicial, sendo, para tanto, necessário o conhecimento dos dados e informações embasadores do ato por ela defendido. Resulta, portanto, legítima a previsão constante do art. 3º, § 3º, da LC 105/2001.

> 9. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.859/DF conhecida parcialmente e, na parte conhecida, julgada improcedente. Ações diretas de inconstitucionalidade nº 2390, 2397, e 2386 conhecidas e julgadas improcedentes. Ressalva em relação aos Estados e Municípios, que somente poderão obter as informações de que trata o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de maneira análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, de modo a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos seus dados bancários. (ADI 2859, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24.2.2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG. 20.10.2016 PUBLIC. 21 out. 2016, grifo nosso).

Já no bojo do Recurso Extraordinário 1055941/SP, o Supremo Tribunal Federal, em abril de 2018, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional discutida, a qual dizia respeito ao compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pelo fisco no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem a intermediação do Poder Judiciário, nos seguintes termos (Tema 990):

> CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA FINS PENAIS, DOS DADOS BANCÁRIOS E FISCAIS DO CONTRIBUINTE, OBTIDOS PELO FISCO NO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE SEU DEVER DE FISCALIZAR, SEM A INTERMEDIAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES EM FACE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DO SIGILO DE DADOS. ART. 5º, INCISOS X E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.

O mérito do recurso só viria a ser julgado em dezembro de 2019. Entretanto, em 16 de julho de 2019, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, determinou, nos termos do art. 1.035, § 5º, CPC, "a suspensão do processamento de todos os processos judiciais em andamento, que tramitem no território nacional e versem sobre o Tema 990 da Gestão por Temas da Repercussão Geral", bem como determinou,

> com base no poder geral de cautela, a suspensão do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal (PIC's), atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais, em trâmite no território nacional, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF e BACEN), que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais.

A inusitada liminar perdurou por quase cinco meses, com efeitos deletérios para a persecução penal no período de suspensão. Em 4.12.2019, quando finalmente o Plenário do Supremo Tribunal Federal veio a julgar o mérito do recurso extraordinário, decidiu por unanimidade pela revogação da tutela provisória deferida e, por maioria, fixou as seguintes teses:

> Repercussão geral. Tema 990. Constitucional. Processual Penal. Compartilhamento dos Relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal para fins criminais. Desnecessidade de prévia autorização judicial. Constitucionalidade reconhecida. Recurso ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença condenatória de 1º grau. Revogada a liminar de suspensão nacional (art. 1.035, § 5º, do CPC). Fixação das seguintes teses:
>
> 1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional;
>
> 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

Atualmente, portanto, não há dúvidas da licitude da cooperação informacional entre Receita Federal, COAF e Ministério Público acerca de informações acobertadas pelos sigilos bancário e fiscal, desde que observadas as balizas postas no Tema 990 de Repercussão Geral, as quais dizem respeito, basicamente, a mecanismos de formalização da cooperação e de viabilidade do controle sobre o acesso e a utilização dos dados.

Sem dúvidas, os termos em que vazado o acórdão do RE 1055941/SP privilegiam a cooperação interinstitucional e consolidam uma importante e indispensável ferramenta de investigação, sem a qual haveria inequívoco prejuízo ao enfrentamento do crime no Brasil.

5 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, tem-se que a cooperação interinstitucional pode ser definida como meio de obtenção de prova decorrente da atuação conjunta de um ou mais órgãos ou instituições, em caráter pontual ou permanente,

em âmbito doméstico ou internacional, visando ao atingimento de um objetivo comum, consentâneo com o interesse público, mediante o compartilhamento de informações, recursos materiais ou humanos, no interesse da investigação ou da instrução criminal.

Trata-se de mecanismo que agrega às investigações diversos benefícios, notadamente (I) o fator multiplicador de recursos, na medida em que se permite que cada ente cooperante enfrente o problema sob a perspectiva da sua agência, maximizando os ganhos investigativos e assegurando uma visão multifacetada do fenômeno; (II) a maximização dos esforços, evitando situações de duplicação de trabalhos ou de investigações paralelas em um mesmo caso concreto, permitindo que os esforços sejam somados em prol do objetivo comum; (III) a criação de um ambiente propício e seguro para o intercâmbio de informações sensíveis, o que acaba por estimular uma ação proativa, no sentido de que as investigações sejam pautadas em inteligência (*intelligence-driven investigations*); e (IV) a ampliação das fontes de financiamento da investigação.

A análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da cooperação interinstitucional indica que, não obstante alguns reveses pontuais, os precedentes têm privilegiado os mecanismos de cooperação, tanto sob o aspecto informacional quanto operacional, mediante o estabelecimento de requisitos próprios, necessários à formalização e controle da cooperação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Wilson Rocha de. *Inteligência e contrainteligência no Ministério Público.* Aspectos práticos e teóricos da atividade como instrumento de eficiência no combate ao crime organizado e na defesa de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. National Alliance of Gang Investigators Associations. 2005 *National Gang Threat Assessment,* [*s. l.*], *p. 5*. Disponível em: *https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/Publications/2005_threat_assesment.pdf*.

BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. U. S. Department of Justice. *Guidelines for Establishing and Operating Gang Intelligence Units and Task Forces*, [*s. l.*], out. 2008. Disponível em: https://it.ojp.gov/documents/d/guidelines%20for%20establishing%20Gang%20Intelligence%20units.pdf.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil.* Trad. Lisa Sary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CASTAÑER, Xavier; OLIVEIRA, Nuno. Collaboration, coordination, and cooperation among organizations: establishing the distinctive meanings of these terms through a systematic literature review. *Journal of Management*, [*s. l.*], v. 46, p. 965-1001, fev. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil:* teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

LOWENTHAL, Mark M. *Intelligence:* from secrets to policy. 8. ed. Thousand Oaks, California: CQ Press, 2020. Edição Kindle.

MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

PALUDO, Januário (coord.); LIMA, Carlos Fernando dos Santos; ARAS, Vladimir. *Forças-tarefas:* direito comparado e legislação aplicável – MPF. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 49. (Manuais de Atuação ESMPU, v. 8).

CAPÍTULO 8

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

Wanessa Rezende Silva

1 · INTRODUÇÃO

A cooperação jurídica internacional mostrou-se como grande saída para as dificuldades encontradas para combater a prática de crimes transnacionais. Com vistas a garantir o enfrentamento eficaz e célere, os Estados precisaram buscar soluções que não violassem os direitos humanos nem atingissem sua soberania, mas que garantissem o fim almejado. Este capítulo trará algumas considerações sobre os instrumentos já incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, idealizados para auxiliar nessas demandas globais.

Para Luís de Lemos Triunfante, o estudo da cooperação jurídica internacional deve, *ab initio*, partir do conceito/significado de cooperação, segundo o qual

> o termo cooperar, ou *ato ou efeito de cooperar ETIM lat. Cooperatio, onis, auxilio, colaboração* significa *"trabalhar com outros para atingir o mesmo fim"*. Assim o verbo "cooperar", deriva do latim "*cooperari*" e é o oposto do verbo "disputar", pois enquanto na disputa os objetivos visam um resultado particular com uma possível eliminação da parte que se opôs, na cooperação os resultados beneficiam (ou devem beneficiar) todos, pois numa relação humana o coletivo é mais importante do que o individual. De acordo com a definição dada pelo dicionário da Academia Real de Espanha, sobressaem duas características. Em primeiro lugar, trata-se de um processo de interação entre dois ou mais sujeitos e em segundo, um esforço comum que se dirige à prossecução do mesmo fim. Nesse sentido, cooperação pressupõe trabalho conjunto, colaboração, e, no caso em presença, qualquer forma de contribuição entre

> Estados, para a prossecução de um objetivo comum, que tenha reflexos jurídicos.[223] (Grifos no original).

Da mesma forma, o Ministério da Justiça e Segurança Pública define a Cooperação Jurídica Internacional como "[...] um modo formal de solicitar a outro país alguma medida judicial, investigativa ou administrativa necessária para um caso concreto em andamento".[224] Justifica que

> a efetividade da justiça, dentro de um cenário de intensificação das relações entre as nações e seus povos, seja no âmbito comercial, migratório ou informacional, demanda cada vez mais um Estado proativo e colaborativo. As relações jurídicas não se processam mais unicamente dentro de um só Estado Soberano, pelo contrário, é necessário cooperar e pedir a cooperação de outros Estados para que se satisfaçam as pretensões por justiça do indivíduo e da sociedade.

Com efeito, a cooperação jurídica internacional resulta na ideia de que a efetividade da jurisdição, nacional ou estrangeira, pode depender do intercâmbio não apenas entre instâncias judiciais, mas também entre instâncias administrativas, ou ainda, entre entidades judiciais e administrativas, de Estados distintos.

As relações entre as nações foram impulsionadas a partir da segunda metade do século XX, com o final das duas guerras mundiais, o advento de novos meios de comunicação, transporte e a chamada revolução tecnológica. As relações sociais se intensificaram com extrema velocidade, ultrapassando fronteiras, gerando o intercâmbio instantâneo de informações. O comércio internacional foi incrementado e houve a transferência de grandes corporações empresariais entre os países, o que gerou uma nova realidade mundial. Os processos de adaptação social atingiram a religião, a arte, a economia, a ciência e, como não poderia deixar de ser, o Direito, que também passou por esse processo de transposição, exigindo coerência e consistência em sua metodologia de regras.

Horácio Eduardo Gomes Vale, interpretando Pontes de Miranda, assevera que

> a aplicação única e exclusiva do ordenamento jurídico nacional é insuficiente para o atendimento do bem comum, como quer o

223 TRIUNFANTE, Luís de Lemos. *Manual de cooperação judiciária internacional em matéria penal*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 19.

224 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Cooperação jurídica internacional*. Disponível em: https://legado.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional. Acesso em: 6 jan. 2021.

> pórtico constitucional e certamente seriam frustrados alguns dos objetivos da República Federativa do Brasil. Mostra-se necessária, também, a aplicação de normas internacionais – instrumentos bi ou multilaterais –, pois as relações que as nações travam entre si ultrapassam os limites geográficos e são de importância social indiscutível. A proteção a bens culturais ou ao patrimônio ambiental – afetando diversos países – é um minúsculo exemplo da importância das normas internacionais e de sua aplicação.[225]

Esse contexto, que trouxe diversas mudanças positivas, facilitando o intercâmbio de culturas, também acarretou novos desafios. A diminuição quase total dos limites fronteiriços para a prática criminosa ocasionou a crescente ampliação da delinquência transnacional. Isso fez com que as autoridades estatais responsáveis pela condução de investigações criminais, pela persecução e pelo julgamento de processos penais percebessem o consequente aumento da necessidade de obtenção de diligências e elementos probatórios no exterior, a fim de colaborar com a elucidação da autoria e materialidade de determinada conduta criminosa e com a apuração da verdade dos fatos.[226]

Com vistas a enfrentar esses desafios, a Assembleia Geral da ONU, em 15 de novembro de 2000, data em que foi colocada à disposição dos Estados Membros para assinatura, aprovou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Conhecida como Convenção de Palermo, trata-se do principal instrumento global de combate ao crime organizado transnacional. Sua vigência iniciou em 29 de setembro de 2003. O Brasil aderiu ao tratado em 15 de março de 2004.

Os Estados Membros que ratificaram esse instrumento se comprometeram a adotar uma série de medidas contra o crime organizado transnacional, incluindo a tipificação criminal na legislação nacional de atos como a participação em grupos criminosos organizados, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça. A convenção também previu que os governos adotem medidas para facilitar processos de extradição, assistência legal mútua e cooperação policial.

---

225 VALE, Horácio Eduardo Gomes. Princípio da cooperação internacional. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3864, 29 jan. 2014. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/26542. Acesso em: 6 jan. 2021.

226 GIACOMET JUNIOR, Isalino Antonio. Elaboração de pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal. *In:* BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. *Temas de cooperação internacional*. 2. ed. rev. e atual. Brasília: MPF, 2016. p. 71.

Segundo a Convenção de Palermo (Decreto n. 5015/2004), a infração será de caráter transnacional se for cometida em mais de um Estado; se for cometida em um só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado; se for cometida em um só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou se for cometida em um só Estado, mas produza efeitos substanciais em outro Estado.

No decorrer dos anos, surgiram no âmbito da cooperação jurídica penal vigente no Brasil, enquanto conjunto de mecanismos que propiciam a interação de Estados na efetivação da justiça penal, com enfoque em procedimentos ou processos específicos, as seguintes modalidades de cooperação jurídica:[227] extradição, entrega ao Tribunal Penal Internacional, transferência de pessoas condenadas, homologação de sentença penal estrangeira, carta rogatória e auxílio direto.

Os instrumentos tradicionais de cooperação internacional, assim entendidos como a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira, não se mostraram eficazes tanto para a produção de provas quanto para a efetivação de medidas de indisponibilidade e repatriação de bens, com a agilidade que se exige no combate de crimes dessa espécie. Por esse motivo, tornou-se inevitável a adoção de medidas que tornassem a cooperação entre os Estados mais eficaz, com rápida comunicação e conhecimento das autoridades competentes, garantindo o sucesso de uma investigação ou de um processo penal.

Como bem delineado por Camila Colares Bezerra e Ricardo Andrade Saadi:

> o alargamento e aprimoramento da cooperação jurídica internacional surgem como reflexo da preocupação dos Estados em mitigar os efeitos negativos da globalização no que se refere à concretização da Justiça nas relações internacionais. Institutos tradicionais como a

227 Patrícia Maria Nuñez Weber esclarece que são equivalentes os termos jurisdicional, judiciária ou jurídica, empregados para qualificar a cooperação penal internacional, distinguindo-a da cooperação administrativa (é aquela não vinculada a demanda ou feito criminal, mas destinada ao aprimoramento tecnológico, à troca de informações, à criação e manutenção de banco de dados, à criação de estratégias de atuação entre os órgãos envolvidos. O termo também é empregado, no entanto, para designar cooperação entre autoridades administrativas, que independa de pronunciamento judicial). (Cooperação penal internacional: conceitos básicos. *In:* BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. *Temas de cooperação internacional*. 2. ed. rev. e atual. Brasília: MPF, 2016. p. 27).

> Extradição e a Carta Rogatória foram aperfeiçoados ao mesmo tempo em que novos mecanismos foram criados para melhor adaptar a cooperação jurídica às necessidades atuais.[228]

A inevitabilidade da criação de outros meios que auxiliassem no combate da prática dos crimes transnacionais é patente quando se vê a finalidade dos instrumentos existentes no ordenamento jurídico atual. Posto isso, a finalidade de cada mecanismo será examinada nas próximas páginas.

2 · PRINCÍPIOS QUE REGEM A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Luís de Lemos Triunfante relata que a cooperação surgiu como parte do Direito Internacional que era concebido como direito primitivo. Daí que o seu fundamento originário tinha por base os princípios da *la comitas gentium ob reciprocam utilitaten* (cortesia internacional como causa de utilidade recíproca) e o *pacta sunt servanda* (os pactos têm de ser cumpridos). Em última instância, continua o autor, a cooperação judiciária era considerada como um fim em si mesma, perseguida pelos Estados soberanos para alcançarem um interesse próprio.[229]

A partir da evolução das normas de cooperação, além da necessidade de um aperfeiçoamento com vistas a garantir a efetividade de tais medidas, chegou-se ao consenso de que a cooperação judiciária em matéria penal entre Estados deve ser a mais ampla possível, dentro dos limites excepcionais que devem ser observados. Ainda com uma visão clássica sobre a utilização dos instrumentos de cooperação entre Estados, registra-se o princípio da reciprocidade, com a ideia de que o Estado requerido apenas está obrigado a cumprir o pedido do Estado requerente se houver reciprocidade.

Patrícia Maria Núñez Weber[230] destaca, a partir dos diplomas legais que regem a cooperação penal internacional em medidas processuais, os seguintes princípios:

---

228 SAADI, Ricardo Andrade; BEZERRA, Camila Soares. A autoridade central no exercício da cooperação jurídica internacional. *In*: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Justiça. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos:* cooperação em matéria penal. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 21.

229 TRIUNFANTE, 2008.

230 WEBER, 2016.

a) a aplicação da norma mais favorável à cooperação (*favor comissionis* ou *pro solicitudine*) é um princípio decorrente da busca de harmonia das próprias relações internacionais, cujo atendimento ao ato solicitado, considerado dever internacional, é a regra. A interpretação de tal princípio garante que a impossibilidade de seu atendimento deve ser fundamentada, seja em face de algum impedimento legal, seja em face de ofensa a outros princípios aplicáveis, como o respeito a direitos fundamentais porventura afetados. Por esta razão, o dever de prestação de cooperação penal em medidas processuais tem sido positivado, cada vez mais, em acordos internacionais, sejam de cunho predominantemente material ou processual, sejam multilaterais, regionais ou bilaterais.

b) a paridade, na maior medida possível, de igualdade de tratamento entre demanda nacional e estrangeira quanto à otimização no atendimento ao pleito é outro princípio destacado por Weber, que prima pela ausência de obstáculos desproporcionais ao cumprimento de medidas solicitadas pelo Estado estrangeiro quando tais entraves não existam em relação a medidas nacionais.

c) a aplicação à cooperação internacional das garantias e direitos fundamentais, princípio que há de acompanhar o ato de cooperação, inclusive em medidas processuais penais.

Por sua vez, Raul Cervini, citado por Luís de Lemos Triunfante, destaca os seguintes fundamentos como norteadores da cooperação judiciária internacional em matéria penal:

> i) celeridade, ii) cumprimento com prioridade dos casos urgentes, iii) facilidade de comunicação, iv) limitação da admissibilidade da prova obtida, v) reserva das autoridades de investigação para efeitos de não frustrar a efetividade da medida, vi) a entrega de documentos oficiais, vii) princípio do reconhecimento da diversidade dos sistemas jurídicos, viii) princípio do respeito pela ordem pública interna e internacional do Estado requerido, ix) princípio da responsabilidade pela Lei interna substantiva e processual, formas e garantias, x) princípio da reserva política, xi) princípio da responsabilidade e xii) princípio da proteção dos sujeitos de processo.[231]

No ordenamento jurídico pátrio, o Código de Processo Civil,[232] em seu art. 26, enuncia que a cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:

231 TRIUNFANTE, 2008.

232 BRASIL. *Código de Processo Civil.* Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 fev. 2021.

I – o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;

II – a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados;

III – a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente;

IV – a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação;

V – a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

Observa-se, pois, que a tarefa de elencar todos os princípios desenvolvidos pela doutrina é complexa, não havendo um consenso quanto aos princípios aplicados nos casos concretos. Por esta razão, devem ser observadas as informações constantes em cada um dos acordos firmados entre os Estados.

3 · MODALIDADES TRADICIONAIS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PENAL

As modalidades tradicionais de cooperação internacional penal incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro serão vistas a seguir. Destaca-se que não se aprofundará no exame de cada instituto. A abordagem busca tão somente apresentar suas características mais marcantes e sua aplicação prática.

3.1 · EXTRADIÇÃO

A extradição consiste numa medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou se solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso.[233] Pressupõe-se que o crime teria sido cometido no território do Estado requerente ou que sejam aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e que o extraditando esteja respondendo a processo investigatório, a processo penal ou que tenha sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade.

233 Art. 81 da *Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm#art124. Acesso em: 16 fev. 2021.

O instituto encontra-se regulado nos arts. 81 a 99 da Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017,[234] e tem como objetivo a submissão do estrangeiro à aplicação da lei penal do seu país de origem.

A extradição pode ocorrer nas modalidades passiva, ativa e executória. A extradição passiva ocorre quando o Estado estrangeiro solicita ao Estado brasileiro a entrega de pessoa que se encontre no território nacional sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso.[235] Essa espécie de extradição não será concedida quando:

> a) o indivíduo cuja extradição seja solicitada ao País for brasileiro nato;
>
> b) o fato que motivar o pedido não for considerado crime no País ou no Estado requerente;
>
> c) o País for competente, segundo as suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;
>
> d) a lei brasileira impuser ao crime pena de prisão inferior a dois anos;
>
> e) o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no País pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;
>
> f) a punibilidade estiver extinta pela prescrição, segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;
>
> g) o fato constituir crime político ou de opinião;
>
> h) o extraditando tiver de responder, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção;
>
> i) ou o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos da Lei nº 9.474, de 1997, ou de asilo territorial.[236]

A extradição ativa ocorre quando o Estado brasileiro requer a Estado estrangeiro a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso.[237]

---

234 BRASIL, *Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017.*

235 Art. 266. *Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017.* Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

236 Art. 267. *Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017.*

237 Art. 278. *Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017.*

O pedido que possa originar processo de extradição perante Estado estrangeiro deverá ser encaminhado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública diretamente pelo órgão do Poder Judiciário responsável pela decisão ou pelo processo penal que a fundamenta.

Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, o Ministério da Justiça e Segurança Pública exercerá a função de autoridade central e realizará o exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos na legislação brasileira ou em tratado de que o País faça parte, a fim de que o pedido de transferência de execução da pena possa ser processado perante as autoridades brasileiras competentes, desde que observado o princípio do *non bis in idem*.

O art. 282 do Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017, que regulamenta a Lei de Imigração, elenca os requisitos para a transferência de execução de pena, quais sejam:

> I – o condenado em território estrangeiro ser nacional ou ter residência habitual ou vínculo pessoal no País;
>
> II – a sentença ter transitado em julgado;
>
> III – a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir ser de, no mínimo, um ano na data da apresentação do pedido ao Estado da condenação;
>
> IV – o fato que originou a condenação constituir infração penal perante a lei de ambas as partes; e
>
> V – a transferência ser baseada em tratado ou promessa de reciprocidade de tratamento.[238]

Cumpre observar que a Constituição Federal,[239] no art. 5º, inciso LI, veda extradição de brasileiros natos e naturalizados por crimes que sejam posteriores à naturalização. No caso de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes, por exceção constitucional, o brasileiro naturalizado pode ser extraditado por crimes cometidos após a naturalização.

---

238 *Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017.*

239 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2021.

3.2 · ENTREGA DE PESSOA AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Outra modalidade de cooperação jurídica internacional é a entrega de pessoa ao Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal Penal Internacional é uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o Estatuto de Roma,[240] e será complementar às jurisdições penais nacionais. Sua competência se restringe aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional em seu conjunto, de forma que ao Tribunal caberá julgar o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão.

A entrega de pessoas ao Tribunal é regulada no artigo 89 do Estatuto de Roma. Patrícia Maria Núñez Weber destaca interessante discussão quanto à aplicação, ao Tribunal Penal Internacional, da vedação imposta no art. 5º, LI, da Constituição Federal. Segundo sua análise,

> o entendimento doutrinário predominante é de viabilizar a entrega de nacionais e naturalizados ao Tribunal Penal Internacional, uma vez que a vedação constitucional se refere à extradição. No caso, não há encaminhamento do brasileiro a Estado ou organismo estrangeiro, mas ao tribunal internacional do qual nosso país é integrante.[241]

3.3 · TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS CONDENADAS

A Transferência de Pessoas Condenadas (TPC) consiste em ato bilateral internacional por meio do qual se transporta o estrangeiro na fase de cumprimento de pena, em regra privativa de liberdade, do país onde se encontre para o de sua nacionalidade, em caso de concordância do indivíduo envolvido. Possui cunho essencialmente humanitário, pois visa à proximidade da família e de seu ambiente social e cultural, o que vem a ser importante apoio psicológico e emocional, facilitando sua reabilitação após o cumprimento da pena.

O condenado no território nacional poderá ser transferido para o seu país de nacionalidade ou para o país em que tiver residência habitual

240 Promulgado pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 16 fev. 2021.

241 WEBER, 2016, p. 28.

ou vínculo pessoal, desde que expresse interesse nesse sentido, a fim de cumprir a pena a ele imposta pelo Estado brasileiro por sentença transitada em julgado. A transferência da pessoa condenada no país poderá ser concedida juntamente com a aplicação de medida de impedimento de reingresso no território nacional.

A responsabilidade pela aplicação e pela administração continuada da pena deverá passar do Estado remetente para o Estado recebedor assim que a pessoa condenada for formalmente entregue à custódia das autoridades do Estado recebedor, de forma que, quando a pessoa condenada for entregue à custódia das autoridades do Estado recebedor, a aplicação da sentença pelo Estado remetente cessará.[242]

A transferência de pessoas condenadas pode ocorrer tanto na modalidade passiva quanto na modalidade ativa. A transferência passiva ocorre quando a pessoa condenada pela Justiça brasileira solicitar ou concordar com a transferência para o seu país de nacionalidade ou para o país em que tiver residência habitual ou vínculo pessoal para cumprir o restante da pena. A transferência ativa ocorre quando a pessoa condenada pela Justiça do Estado estrangeiro solicitar ou concordar com a transferência para o País, por possuir nacionalidade brasileira ou residência habitual ou vínculo pessoal no território nacional, para cumprir o restante da pena.[243]

O processo de transferência tanto passiva quanto ativa de pessoa condenada somente será iniciado por meio de solicitação ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, desde que feita pela pessoa condenada ou por qualquer pessoa ou autoridade, brasileira ou estrangeira, que tenha conhecimento do interesse da pessoa condenada em ser transferida.[244]

A TPC está prevista nos arts. 103 e 104 da Lei de Migração[245] e pressupõe a existência de um tratado ou promessa de reciprocidade entre os países. Atualmente, o Brasil possui os seguintes acordos de Transferência de Pessoas Condenadas: dezessete bilaterais em vigor (Tabela 1); dois bilaterais revogados (Tabela 2), quatro multilaterais específicos (Tabela 3) e três multilaterais subsidiários (Tabela 4):

242 Arts. 285 e 286. *Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017.*

243 Art. 296. *Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017.*

244 Arts. 292 e 297. *Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017.*

245 BRASIL. *Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017.*

TABELA 1 · TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS CONDENADAS – ACORDOS BILATERAIS EM VIGOR

ACORDOS BILATERAIS	
ARGENTINA	Decreto n. 3.875, de 23.7.2001
BÉLGICA	Decreto n. 9.239, de 15.12.2017
BOLÍVIA	Decreto n. 6.128, de 20.6.2007
CANADÁ	Decreto n. 2.547, de 14.4.1998
CHILE	Decreto n. 3.002, de 26.3.1999
ESPANHA	Decreto n. 2.576, de 30.4.1998
ÍNDIA	Decreto n. 9.900, de 8.7.2019
JAPÃO	Decreto n. 8.718, de 25.4.2016
PANAMÁ	Decreto n. 8.050, de 11.7.2013
PARAGUAI	Decreto n. 4.443, de 28.10.2002
PERU	Decreto n. 5.931, de 13.10.2006
POLÔNIA	Decreto n. 9.749, de 10.4.2019
REINOS DOS PAÍSES BAIXOS	Decreto n. 7.906, de 4.2.2013
REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE	Decreto n. 4.107, de 28.1.2002
SURINAME	Decreto n. 8.813, de 18.7.2016
TURQUIA	Decreto n. 9.752, de 10.4.2019
UCRÂNIA	Decreto n. 9.153, de 6.9.2017

Fonte:[246] Ministério da Justiça e Segurança Pública (2021).

TABELA 2 · TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS CONDENADAS – ACORDOS BILATERAIS REVOGADOS

ACORDOS BILATERAIS REVOGADOS	
ANGOLA	Decreto n. 8.316, de 24.9.2014
PORTUGAL	Decreto n. 5.767, de 2.5.2006

Fonte:[247] Ministério da Justiça e Segurança Pública (2021).

246 Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas/acordos-de-transferencia-de-pessoas-condenadas/acordos-bilaterais-tpc. Acesso em: 16 fev. 2021.

247 Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas/acordos-de-transferencia-de-pessoas-condenadas/acordos-bilaterais-tpc. Acesso em: 16 fev. 2021.

TABELA 3 · TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS CONDENADAS – ACORDOS MULTILATERAIS ESPECÍFICOS

ACORDOS MULTILATERAIS SUBSIDIÁRIOS		
Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior	Decreto n. 5.919, de 3.10.2006	**Países signatários** Arábia Saudita, Argentina, Belize, Brasil, Canadá, Cazaquistão, Chile, Costa Rica, El Salvador, Equador, Eslováquia, Estados Unidos da América, Guatemala, Índia, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, República Tcheca, Uruguai e Venezuela
Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP)	Decreto n. 8.049, de 11.7.2013	**Países signatários** Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe, Timor-Leste
MERCOSUL: Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul	Decreto n. 8.315, de 24.9.2014	**Países signatários** Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai
MERCOSUL: Acordo de Transferência de Pessoas Condenadas dos Estados Partes do Mercosul com a República da Bolívia e a República do Chile	Decreto n. 9.566, de 16.11.2018	**Países signatários** Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai

Fonte:[248] Ministério da Justiça e Segurança Pública (2021).

248 Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas/acordos-de-transferencia-de-pessoas-condenadas/acordos-multilaterais-tpc. Acesso em: 16 fev. 2021.

TABELA 4 · TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS CONDENADAS – ACORDOS MULTILATERAIS SUBSIDIÁRIOS

ACORDOS MULTILATERAIS SUBSIDIÁRIOS	
Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena)	Decreto n. 154, de 26.6.1991
Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)	Decreto n. 5.015, de 12.3.2004
Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida)	Decreto n. 5.687, de 31.1.2006

Fonte:[249] Ministério da Justiça e Segurança Pública (2021).

3.4 · HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS

A homologação de sentenças estrangeiras é um processo necessário para que a sentença proferida no exterior – ou qualquer ato não judicial que, pela lei brasileira, tenha natureza de sentença – possa produzir efeitos no Brasil. Sua competência é do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme dispõe o art. 105, I, *i*, da Constituição Federal.[250] Seu processamento é previsto nos arts. 787 a 790 do Código de Processo Penal.

No Brasil, a matéria é regulada pelo art. 9º do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei n. 7.209/1984. O ordenamento pátrio não admite homologação de sentença penal estrangeira para fins de privação de liberdade, mas para obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis, inclusive confisco, e para sujeitá-lo a medida de segurança.[251]

249 Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas/acordos-de-transferencia-de-pessoas-condenadas/acordos-multilaterais-tpc. Acesso em: 16 fev. 2021.

250 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. "Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: [...] i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)".

251 "Art. 9º – A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; II – sujeitá-lo a medida de segurança."

3.5 · CARTA ROGATÓRIA

A carta rogatória é instrumento processual utilizado por um Estado, destinada à solicitação do cumprimento de medida no âmbito territorial de outro, que seja útil à instrução de feito no primeiro. Serve, em suma, como uma comunicação entre juízos de nacionalidades diferentes, para realização de diligências no território do país receptor, com a finalidade de instruir feitos que tramitam no país emissor.

A carta rogatória é mencionada expressamente no Código de Processo Penal, mas este possui apenas quatro artigos a ela aplicáveis: 222-A, 780, 782 e 783.[252]

Milton Fornazari Júnior reflete que o modelo das cartas rogatórias, centralizado na cúpula do Poder Judiciário, antes na Suprema Corte, e agora no Superior Tribunal de Justiça, dificulta o acesso à cooperação internacional, torna o sistema extremamente burocrático e moroso, justamente em situações que demandam pronta atuação estatal, sob pena de perpetuação da prática criminosa e esvaziamento de provas.[253]

A Emenda Constitucional n. 45/2004 estabeleceu a competência para a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *i*, da Constituição Federal). Já a competência para o cumprimento das diligências requeridas é do juiz federal (art. 109, X, da Constituição Federal).[254]

---

252 "Art. 222-A. As cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio.

Parágrafo único. Aplica-se às cartas rogatórias o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 222 deste Código. [...]

Art. 780. Sem prejuízo de convenções ou tratados, aplicar-se-á o disposto neste Título à homologação de sentenças penais estrangeiras e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal. [...]

Art. 782. O trânsito, por via diplomática, dos documentos apresentados constituirá prova bastante de sua autenticidade.

Art. 783. As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes." BRASIL. *Código de Processo Penal.* Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 3 mar. 2021.

253 FORNAZARI JUNIOR, Milton. *Cooperação jurídica internacional:* auxílio direto penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

254 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

Apesar de as cartas rogatórias estarem sujeitas a um mero juízo de delibação onde se verificam sua conformidade à ordem pública, soberania nacional e bons costumes, além da verificação de outros requisitos formais, não se questionando o mérito do *decisum*, seu processamento perante o Superior Tribunal de Justiça é de jurisdição contenciosa e deve assegurar às partes as garantias do devido processo legal.

3.6 · AUXÍLIO DIRETO

Por fim, também com previsão no Código de Processo Civil, existe o auxílio direto, instrumento cabível quando a medida não decorrer diretamente da decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil.

O auxílio direto, além dos casos previstos em tratados de que o Brasil faz parte, terá por objeto: I – obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso; II – colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira; III – qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.[255]

Por possuir contornos jurídicos mais ágeis que o *exequatur* e a homologação de sentença estrangeira, em razão da desconcentração da competência jurisdicional e a possibilidade de atos executórios no território do Estado requerido, sem violar direitos humanos, a legislação interna ou a Constituição Federal, o auxílio direto é o instrumento com maior utilização na atualidade. O tópico a seguir trará mais características de sua função em procedimentos penais de cunho investigatório.

4 · AUXÍLIO DIRETO EM MATÉRIA PENAL

Passadas as noções gerais sobre o que seria a cooperação jurídica internacional, chega-se ao ponto de interesse do presente capítulo, que é o estudo do auxílio direto em matéria penal. Logo de início, esclarece-se que o tema é extenso e não se encontra consolidado, de forma que a visão trazida nesta obra busca dar apenas uma visão ampla, porém direcionada, de como se dá o auxílio mútuo entre os Estados.

255 Art. 30. BRASIL. *Código de Processo Civil*.

Milton Fornazari Júnior define

> o auxílio direto em matéria penal, de acordo com o regime jurídico vigente no Brasil, como um instituto de direito público internacional e de direito processual penal, previsto em tratado internacional, devidamente incorporado ao ordenamento jurídico interno, pelo qual se estabelece o intercâmbio de documentos, provas, atos e medidas processuais, entre países ou entre estes e organismos internacionais, por meio de uma Autoridade Central, incumbida da promoção da pretensão do Estado, no interesse de uma investigação criminal ou de um processo penal no exterior (ativo) ou no Brasil (passivo).[256]

Na definição de Maria Ivonete Vale Nitão,

> é uma das formas de se exercer a cooperação internacional entre países, onde a Autoridade Central será contactada para realizá-la e o seu mérito e cabimento será analisado pela Advocacia-Geral da União, Ministério Público Federal ou juiz de primeiro grau, a depender da solicitação que for feita pelo Estado estrangeiro. Se o pedido for possível de realização, caberá à Autoridade Central a sua realização imediata, como forma de garantir de maneira célere a efetivação da demanda do país reclamante. O procedimento do Auxílio Direto é mais simples, pois seu intuito é de intercambiar informações de cunho judicial ou administrativo, não sendo dadas ordens para o cumprimento [de] determinações já definidas no outro país.[257]

É um instituto híbrido, afeto tanto ao Direito Público Internacional como ao Direito Processual Penal, disciplinado por meio dos tratados internacionais incorporados aos ordenamentos jurídicos dos países signatários, tratando-se de cooperação internacional direta.

A cooperação jurídica por meio do auxílio direto encontra amparo na Constituição Federal, que prevê em seu art. 4º, inciso IX, o princípio da "cooperação entre os povos para o progresso da humanidade".[258]

Esse meio de cooperação está previsto no ordenamento pátrio em diversos acordos e tratados em que o Brasil também auxilia outros Estados mediante promessa de reciprocidade em casos análogos. Por meio

256 FORNAZARI JUNIOR, 2017, p. 47-48.

257 NITÃO, Maria Ivonete Vale. A realização da cooperação internacional na lei penal brasileira. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 19, n. 2, p. 213-226, maio/ago. 2017.

258 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

desses instrumentos internacionais, o Brasil não apenas adquire o direito de solicitar cooperação jurídica aos outros Estados Partes, como também se compromete a cumprir os pedidos que recebe desses países.

Trata-se de instituto cuja disciplina é dada em tratados internacionais bilaterais, regionais ou multilaterais, que são incorporados aos ordenamentos jurídicos dos países signatários. O Ministério da Justiça e Segurança Pública[259] enumera os seguintes acordos internacionais aos quais o Brasil aderiu, conforme demonstrado nas tabelas 5 e 6:

TABELA 5 · AUXÍLIO DIRETO EM MATÉRIA PENAL – ACORDOS MULTILATERAIS

ACORDOS MULTILATERAIS	DECRETOS
Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional	Decreto n. 5.015, de 12.3.2004
Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos	Decreto n. 3.229, de 29.10.1999
Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas	Decreto n. 154, de 26.6.1991
Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção	Decreto n. 5.687, de 31.1.2006
Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal	Decreto n. 6.340, de 3.1.2008
Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais – MERCOSUL	Decreto n. 3.468, de 17.5.2000
Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores	Decreto n. 2.740, de 20.8.1998
Convenção Interamericana para o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior	Decreto n. 5.919, de 10.6.1996
Convenção Interamericana contra o Terrorismo	Decreto n. 5.639, de 26.12.2005
Convenção Interamericana contra a Corrupção	Decreto n. 4.410, de 7.10.2002

259 Fonte: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/acordos-internacionais. Acesso em: 11 fev. 2021.

ACORDOS MULTILATERAIS	DECRETOS
Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados Membros da CPLP	Decreto n. 8.833, de 4.8.2016
Acordo Complementar ao Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile	Decreto n. 8.331, de 12.11.2014
Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais	Decreto n. 3.678, de 30.11.2000
Protocolo para Eliminar o Comércio Ilícito de Produtos de Tabaco	Decreto n. 9.516, de 1º.10.2018

Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública (2021).

TABELA 6 · AUXÍLIO DIRETO EM MATÉRIA PENAL – ACORDOS BILATERAIS

ACORDOS BILATERAIS	DECRETOS
CANADÁ: Acordo de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá	Decreto n. 6.747, de 22.1.2009
CHINA: Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Popular da China sobre Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal	Decreto n. 6.282, de 3.12.2007
BÉLGICA: Tratado entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Bélgica sobre Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal	Decreto n. 9.130, de 17.8.2017
COLÔMBIA: Acordo de Cooperação Judiciária e Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Colômbia em Matéria Penal	Decreto n. 3.895, de 23.8.2001
COREIA DO SUL: Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República da Coreia sobre Assistência Judiciária Mútua em Matéria Penal	Decreto n. 5.721, de 13.3.2006
CUBA: Acordo de Cooperação Judicial em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Cuba	Decreto n. 6.462, de 21.5.2008

ACORDOS BILATERAIS	DECRETOS
ESPANHA: Acordo de Cooperação e Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha	Decreto n. 6.681, de 8.12.2008
EUA: Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América	Decreto n. 3.810, de 2.5.2001
FRANÇA: Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa	Decreto n. 3.324, de 30.5.1999
HONDURAS: Tratado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Honduras sobre Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal	Decreto n. 8.046, de 11.7.2013
ITÁLIA: Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Italiana	Decreto n. 862, de 9.7.1993
JORDÂNIA: Acordo sobre Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e o Reino Hachemita da Jordânia	Decreto n. 9.729, de 15.3.2019
MÉXICO: Acordo de Assistência Jurídica Internacional em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos	Decreto n. 7.595, de 1°.11.2011
NIGÉRIA: Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal da Nigéria	Decreto n. 7.582, de 13.10.2011
PANAMÁ: Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a República do Panamá sobre Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal	Decreto n. 7.596, de 1°.11.2011

ACORDOS BILATERAIS	DECRETOS
PERU: Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Peru	Decreto n. 3.988, de 29.10.2001
REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE: Tratado de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte	Decreto n. 8.047, de 11.7.2013
SUÍÇA: Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Confederação Suíça	Decreto n. 6.974, de 7.10.2009
SURINAME: Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Suriname	Decreto n. 6.832, de 29.4.2009
TURQUIA: Acordo sobre Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a República da Turquia	Decreto n. 9.065, de 31.5.2017
UCRÂNIA: Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Ucrânia	Decreto n. 5.984, de 12.12.2006

Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública (2021).

O auxílio direto entre autoridades pressupõe a existência de persecução penal em curso, em razão da uniformidade com que o instituto é definido nos mais diversos tratados. Ou seja, qualquer expedição de auxílio direto no Brasil deve ser determinada, obrigatória e incidentalmente, no curso do inquérito policial ou da ação penal.

É importante destacar que o auxílio direto pode ser toda e qualquer medida processual, excetuadas somente a extradição e a prisão. Englobam-se aqui atos de comunicação processual (citações, intimações e notificações), atos de investigação ou instrução (oitivas, obtenção de documentos, quebra de sigilo bancário, quebra de sigilo telemático etc.) ou ainda algumas medidas constritivas de ativos, como bloqueio de bens ou valores no exterior.

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, em seu art. 216-O, § 2º, mantendo a redação anterior do art. 7º, parágrafo único, da Resolução n. 9/2005, define que os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo deliberatório do Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados de carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.

A Convenção de Palermo,[260] instituto incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, dispõe, em seu artigo 18, item 3, que a cooperação judiciária prestada em aplicação àquele artigo pode ser solicitada para os seguintes efeitos:

> a) recolher testemunhos ou depoimentos;
>
> b) notificar atos judiciais;
>
> c) efetuar buscas, apreensões e embargos;
>
> d) examinar objetos e locais;
>
> e) fornecer informações, elementos de prova e pareceres de peritos;
>
> f) fornecer originais ou cópias certificadas de documentos e processos pertinentes, incluindo documentos administrativos, bancários, financeiros ou comerciais e documentos de empresas;
>
> g) identificar ou localizar os produtos do crime, bens, instrumentos ou outros elementos para fins probatórios;
>
> h) facilitar o comparecimento voluntário de pessoas no Estado Parte requerente;
>
> i) prestar qualquer outro tipo de assistência compatível com o direito interno do Estado Parte requerido.

A esfera de aplicação da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal[261] restou definida em seu artigo 7, dispondo que a assistência prevista naquela Convenção compreenderá, entre outros, os seguintes atos:

---

260 BRASIL. *Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

261 BRASIL. *Decreto n. 6.340, de 3 de janeiro de 2008*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6340.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

a) notificação de decisões judiciais e sentenças;

b) recebimento de prova testemunhal e declarações de pessoas;

c) citação de testemunhas e peritos a fim de prestar depoimento;

d) execução de embargos e sequestros de bens, congelamento de ativos e assistência em procedimentos relativos ao confisco;

e) realização de inspeções ou confiscos;

f) exame de objetos e locais;

g) exibição de documentos judiciais;

h) remessa de documentos, relatórios, informação e elementos de prova;

i) transferência de pessoas detidas, para os efeitos desta Convenção; e

j) qualquer outro ato, desde que haja acordo entre o Estado requerente e o Estado requerido.

No âmbito do Mercosul, no qual o Brasil aderiu ao Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais,[262] o alcance da assistência compreenderá:

a) notificação de atos processuais;

b) recepção e produção de provas, tais como testemunhos ou declarações, realização de perícias e exames de pessoas, bens e lugares;

c) localização ou identificação de pessoas;

d) notificação de testemunhas ou peritos para o comparecimento voluntário a fim de prestar testemunho no Estado requerente;

e) traslado de pessoas sujeitas a um processo penal para comparecimento como testemunhas no Estado requerente ou com outros propósitos expressamente indicados na solicitação, conforme o presente Protocolo;

f) medidas acautelatórias sobre bens;

g) cumprimento de outras solicitações a respeito de bens, como por exemplo o sequestro;

h) entrega de documentos e outros elementos de prova;

262 BRASIL. *Decreto n. 3.468, de 17 de maio de 2000*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3468.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

> i) apreensão, transferência de bens confiscados e outras medidas de natureza similar;
>
> j) retenção de bens para efeitos do cumprimento de sentenças judiciais que imponham indenizações ou multas impostas por sentença judicial; e
>
> k) qualquer outra forma de assistência em conformidade com os fins deste Protocolo que não seja incompatível com as leis do Estado requerido.

Já o Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça[263] estabelece em seu artigo 1º, item 3, que a cooperação jurídica abrange as seguintes medidas, tomadas em favor de um procedimento penal no Estado Requerente:

> a) tomada de depoimentos ou outras declarações;
>
> b) entrega de documentos, registros e elementos de prova, inclusive os de natureza administrativa, bancária, financeira, comercial e societária;
>
> c) restituição de bens e valores;
>
> d) troca de informações;
>
> e) busca pessoal e domiciliar;
>
> f) busca, apreensão, sequestro e confisco de produtos de delito;
>
> g) intimação de atos processuais;
>
> h) transferência temporária de pessoas detidas para fins de audiência ou acareação;
>
> i) quaisquer outras medidas de cooperação compatíveis com os objetivos deste Tratado e que sejam aceitáveis pelos Estados Contratantes.

A leitura desses dispositivos mostra que as medidas cabíveis por meio do auxílio direto em matéria penal são praticamente as mesmas, resumindo-se a atos de instrução do inquérito policial e ação penal, além das medidas assecuratórias que visam o resguardo dos direitos do ofendido e a responsabilização pecuniária do criminoso.

O trâmite dos pedidos de auxílio direto deve ser realizado por meio de órgão, denominado autoridade central, responsável por coordenar a

263 BRASIL. *Decreto n. 6.974, de 7 de outubro de 2009.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6974.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

execução da cooperação jurídica, que é regulada por um tratado internacional, o qual lhe dará origem.

Maria Ivonete Vale Nitão[264] destaca que cabe à autoridade central evitar falhas na comunicação internacional, de forma que ocorra da maneira correta exigida para cada caso, depois de exercido o juízo de admissibilidade daquilo que está sendo solicitado pelo Estado estrangeiro, tendo em vista a obrigação de prestar cooperação internacional de maneira célere e efetiva, evitando a demora na concretização dos objetivos do tratado que fora firmado. Complementa a autora que,

> devido a essa celeridade exigida, a autoridade central, ao receber o pedido de cooperação, deverá analisar a possibilidade imediata da realização do pedido que fora solicitado, não sendo isso possível, deverá encaminhá-lo a quem possa torná-lo concreto, como as autoridades diplomáticas, ou o judiciário, por exemplo. Cada Estado nacional faz a indicação da sua Autoridade Central, que poderá ser substituída a qualquer tempo, desde que haja a comunicação dessa mudança ao outro Estado signatário.[265]

Na maioria dos acordos internacionais em vigor no Brasil, a autoridade central é exercida pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça, conforme art. 14, Anexo I, do Decreto n. 9.662, de 1° de janeiro de 2019.[266]

Excepcionalmente, a Procuradoria-Geral da República exerce o papel de autoridade central, como foi definido no Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa,[267] e no Acordo de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá.[268]

---

264 NITÃO, 2017.

265 NITÃO, 2017.

266 BRASIL. *Decreto n. 9.662, de 1º de janeiro de 2019*. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9662.htm. Acesso em: 13 mar. 2021.

267 Artigo 14. BRASIL. *Decreto n. 1.320, de 30 de novembro de 1994*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1320.htm. Acesso em: 12 mar. 2021.

268 Artigo 11. BRASIL. *Decreto n. 6.747, de 22 de janeiro de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6747.htm. Acesso em: 12 mar. 2021.

5 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de globalização a que o mundo foi exposto exigiu dos Estados uma atualização em sua forma de comunicação para combater a disseminação sistemática de práticas criminosas transnacionais. Para isso, a cooperação jurídica internacional se mostrou meio indispensável para enfrentar os infortúnios que a quase total inexistência de limites fronteiriços trouxe para a prática criminosa.

Com os novos institutos de cooperação internacional, mais ágeis em razão da desconcentração da competência jurisdicional e a possibilidade de atos executórios no território do Estado requerido, é possível que os Estados, amparados em normas de caráter supraestatal, obtenham auxílio mútuo, assegurando a celeridade e a eficácia da prestação jurisdicional, combatendo a impunidade e fortalecendo, consequentemente, o Estado Democrático de Direito.

Seguindo a tendência mundial, o Brasil introduziu diversos tratados internacionais ao seu ordenamento jurídico, o que comprova ser a cooperação internacional indispensável nas relações globais. Entre os instrumentos incorporados, o auxílio direto tem mostrado ser o meio facilitador mais eficaz para a concretização de atos de investigação, instrução processual, além da aplicação de medidas acautelatórias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 1.320, de 30 de novembro de 1994*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1320.htm. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 3.468, de 17 de maio de 2000*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3468.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: *http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm*. Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 6.340, de 3 de janeiro de 2008*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6340.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 6.747, de 22 de janeiro de 2009*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6747.htm. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 6.974, de 7 de outubro de 2009*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6974.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 9.662, de 1º de janeiro de 2019*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9662.htm. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm#art124. Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Justiça. *Cartilha de cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/cartilha-penal-09-10-14-1.pdf. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Cooperação jurídica internacional*. Disponível em: https://legado.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional. Acesso em: 6 jan. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. *Temas de cooperação internacional*. 2. ed., rev. e atual. Brasília: MPF, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: STJ. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc. Acesso em: 13 mar. 2021.

FORNAZARI JUNIOR, Milton. *Cooperação jurídica internacional:* auxílio direto penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GIACOMET JUNIOR, Isalino Antonio. Elaboração de pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal. *In:* BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. *Temas de cooperação internacional*. 2. ed. rev. e atual. Brasília: MPF, 2016. p. 71-80.

NITÃO, Maria Ivonete Vale. A realização da cooperação internacional na lei penal brasileira. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 19, n. 2, p. 213-226, maio/ago. 2017.

RABELO, Carolina Gladyer. A cooperação jurídica internacional e o crime organizado transnacional. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 6, p. 277-291, 2007.

SAADI, Ricardo Andrade; BEZERRA, Camila Soares. A autoridade central no exercício da cooperação jurídica internacional. *In*: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Justiça. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos:* cooperação em matéria penal. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

SALDANHA, Douglas Morgan Fullin Saldanha. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: das cartas rogatórias às equipes de investigação conjuntas. *Segurança Pública & Cidadania*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 115-137, jan./jun. 2011.

TRIUNFANTE, Luís de Lemos. *Manual de cooperação judiciária internacional em matéria penal.* Coimbra: Almedina, 2008.

VALE, Horácio Eduardo Gomes. Princípio da cooperação internacional. *Revista Jus Navigandi,* Teresina, ano 19, n. 3.864, 29 jan. 2014. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/26542. Acesso em: 6 jan. 2021.

WEBER, Patrícia Maria Núñez. Cooperação penal internacional: conceitos básicos. *In:* BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. *Temas de cooperação internacional*. 2. ed. rev. e atual. Brasília: MPF, 2016. p. 27-39.

CAPÍTULO 9

PERÍCIA EM CONTABILIDADE E ECONOMIA

Fabiano Henrique Cruz Fernandes
Isaac Anderson Oliveira de Almeida
José Jorge Gabriel Júnior

1 · CONCEITOS BÁSICOS DE PERÍCIA

Conceitua-se perícia como "trabalho de notória especialização feito com o objetivo de obter prova ou opinião para orientar uma autoridade formal no julgamento de um fato".[269] De modo semelhante, também se pode definir perícia como "instrumento especial de constatação, prova ou demonstração, científica ou técnica, da veracidade de situações, coisas ou fatos [...]".[270] Sob esse aspecto, é a metodologia aplicada que a define, ou seja, não é qualquer tipo de verificação que faz perícia. Há, necessariamente, o pressuposto de aplicação de *técnica* ou *ciência*.

Assim, o trabalho pericial surge mediante a necessidade de se constatar alguma realidade demandada por alguém (SUJEITO) para solução de litígio ou mera constatação de fatos (OBJETIVO), com aplicação de procedimentos técnicos em algo controvertido (OBJETO).

A perícia é classificada, em atuação, em duas macroáreas: judicial e extrajudicial. Na primeira, tem-se a produção da prova no curso de um processo regulado por lei processual. Na segunda, por sua vez, há a atuação em áreas das mais diversas, desde a seara privada até investigações por órgãos de estado.

Nesse sentido, no Ministério Público Federal, com natureza de órgão fiscalizador, o sujeito que demanda a perícia é um membro que requer

269 MAGALHÃES, Antônio de Deus Farias. *Perícia contábil:* uma abordagem teórica, ética, legal, processual e operacional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

270 ALBERTO, Valder Luiz Palombo. *Perícia contábil*. São Paulo: Atlas, 2009.

auxílio com o objetivo de esclarecer uma controvérsia técnica, quer seja na fase judicial, quer seja na extrajudicial, com a definição do objeto dado pelo fato tecnicamente controvertido e que necessita ser provado.

Com isso, tem-se a atuação de peritos tanto na fase extrajudicial (investigativa) quanto na judicial, produzindo prova técnica em ambas. Do ponto de vista prático, na produção de prova pericial judicial, o perito judicial apresenta um laudo; já os peritos das partes apresentam parecer técnico (ou parecer pericial), no intuito de defender a parte contratante.

É nesse contexto de perícia que emerge a do Ministério Público Federal, a qual será abordada neste conteúdo.

2 · A ATUAÇÃO DA PERÍCIA NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

A perícia do Ministério Público Federal (MPF) é organicamente estruturada na Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise (SPPEA), à qual compete, regimentalmente, coordenar, orientar, executar, supervisionar e normatizar as atividades relacionadas à elaboração de trabalhos técnico-científicos não jurídicos nas diversas áreas do conhecimento científico relacionadas à atividade finalística no âmbito do MPF, bem como *garantir a autonomia técnico-científica* dos peritos e a integridade dos trabalhos elaborados.

Assim, os membros do MPF contam com especialistas em diversas áreas do conhecimento aptos a auxiliá-los em questões de caráter técnico, que não sejam relacionadas ao direito, para cumprimento das funções institucionais. Com isso, esses especialistas podem ser solicitados a colaborar para o entendimento de questões que estejam sob apreciação do MPF em âmbito de investigação e produzir elementos de prova que podem ser utilizados em ações judiciais ou procedimentos administrativos.

Em alguns casos, nesse contexto, a atuação do perito do MPF assemelha-se à do perito judicial, previsto no Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2016): "Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico". Em outros casos, a atuação do perito no MPF pode se assemelhar mais à de um consultor ou assessor técnico especializado.

Não obstante, ambas as formas de atuação necessitam de objetividade e precisão na atuação, motivo pelo qual devem ser elaborados quesitos objetivos a serem respondidos, bem como fornecida suficiente instrução documental.

Em qualquer que seja a instância, os peritos terão que buscar elementos, tanto na documentação disponível como em prováveis diligências, para responderem, por meio de um laudo técnico ou parecer técnico, aos questionamentos formulados pelo membro.

Ao final, com as anotações técnicas dos peritos, o procurador decidirá qual providência jurídica será adotada: se ação judicial, termo de ajustamento de conduta (TAC), recomendação, solicitação de mais providências, arquivamento do caso etc.

Por fim, cabe a ressalva de que o trabalho desenvolvido pelos peritos do MPF é distinto daquele desenvolvido por auditores de outros órgãos de controle. Nesse contexto, o quadro abaixo traz essa diferenciação:

QUADRO 1 · PERÍCIA X AUDITORIA

	PERÍCIA	**AUDITORIA**
Objetivo	Produção de provas/ Elucidar fatos	Revisão/Verificação
Abrangência	Específica	Mais abrangente
Rigor metodológico	Maior Amostragem nem sempre é recomendada	Menor Amostragem é recomendada
Quando atua?	Eventualmente	Continuamente
Quem atua (serviço público)?	Perícia do MPF, Perícia das Polícias Civis e Federal, Perícia Judicial	Tribunais de Contas, Controle Interno de cada Órgão/Poder

Fonte: Adaptado de SÁ, Antônio Lopes de. *Perícia contábil.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

3 · PERÍCIAS DE CONTABILIDADE E ECONOMIA

3.1 · INTRODUÇÃO

Segundo Antônio Lopes de Sá,[271] a perícia contábil é a verificação de fatos ligados ao patrimônio individualizado visando oferecer opinião, mediante questão proposta. Para tal realizam-se exames, vistorias,

271 SÁ, 2011.

indagações, investigações, avaliações, arbitramentos, em suma, todo e qualquer procedimento necessário à opinião.

Já a perícia em economia é a disciplina que aplica teorias e métodos econômicos à detecção e quantificação de danos decorrentes de comportamentos que se tornaram objeto de litígios.[272]

No âmbito do MPF, em virtude da similaridade dos assuntos, as perícias contábeis e econômicas estão contidas na mesma assessoria pericial, a Assessoria Nacional de Perícia em Contabilidade e Economia (ANPCE). Citam-se, como exemplos de trabalhos que são elaborados por especialistas de ambas as especialidades, a análise de sobrepreço ou superfaturamento em compras públicas; os cálculos de atualização monetária; e as perícias que envolvam finanças, como análise de gestão temerária em investimentos.

Em se tratando exclusivamente das Ciências Contábeis, destacam-se os seguintes temas de atuação pericial no âmbito do MPF: assistência técnica em processos judiciais em que há um perito em contabilidade nomeado pelo juízo; análise de prestações de contas e análise de capacidade de pagamento de empresas, em especial aquelas que celebram acordos de leniência.

Em relação às Ciências Econômicas, os temas mais recorrentes são: uso indevido de informação privilegiada (*inside trading*); análise de poder de mercado (formação de cartéis); e quantificação de danos econômico-financeiros. Este último se dá frequentemente nas seguintes temáticas: revisões dos valores de concessões e parcerias público-privadas; estimação de danos econômicos difusos e valoração econômica de danos ambientais.

3.2 · INVESTIGAÇÃO SOBRE A EXISTÊNCIA DE DANO

Aliada a outras evidências coletadas no curso da investigação, a existência de dano pressupõe uma diferença de valor entre dois cenários distintos: aquele em que ocorre a conduta lesiva e outro cenário hipotético em que essa conduta não existiu. Essa diferença entre o cenário real e o hipotético constitui o valor do dano incorrido. Entretanto, como é de se supor, a dificuldade de mensuração está na estimativa desse cenário hipotético (chamado cenário contrafactual na literatura econômica), dificuldade essa que aumenta conforme as características do mercado em que se deu a conduta lesiva.

272 ZITZEWITZ, Eric. Forensic economics. *Journal of Economic Literature*, Pittsburgh, v. 50, n. 3, p. 731–769, set. 2012.

Em mercados competitivos e completos, isto é, onde exista um número suficiente de compradores e vendedores e em que não haja assimetria de informação, externalidades e indefinição de direitos de propriedade, o cenário contrafactual se dá pelo preço de mercado. O exemplo mais comum de conduta lesiva nesse tipo de mercado é o sobrepreço de licitações de bens e serviços, sendo o cenário contrafactual dado pelo preço médio de mercado.

Já em mercados não competitivos, como é o caso em quase todos os mercados regulados por agências no Brasil e aqueles em que o governo contrata projetos de grande porte, a existência de poucos agentes implica poder de mercado, o que torna impraticável o uso de preços vigentes como paradigma para a estimação do cenário contrafactual. Assim, torna-se necessária a estimação do preço "justo" do bem ou serviço em análise. Para tanto, contudo, existe todo um ferramental de uso comum na literatura visando estimar tal valor, desde a modelagem financeira até a contabilidade de custos.

Por sua vez, em mercados incompletos, a sociedade não criou mecanismos que permitam a compra e venda do bem ou serviço, seja por ausência de direitos de propriedade, externalidades, seja por informação assimétrica.[273] Assim, inexiste um preço para o bem ou serviço em questão que possa servir de parâmetro, tornando-se necessária a estimação de um valor. Porém, ao contrário das estimativas em mercados não competitivos, a inexistência de mercado implica o uso de técnicas indiretas de valoração. Inserem-se nesse tipo de valoração os danos incorridos ao meio ambiente e ao patrimônio cultural, além de danos coletivos de ordem mais intangível.

Nesse prisma, passa-se a uma análise mais detida das investigações com maior ocorrência no âmbito do MPF.

3.2.1 · SOBREPREÇO EM COMPRAS PÚBLICAS

*Sobrepreço***,** segundo o conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso Luiz Henrique Lima, "é a irregularidade que ocorre quando o preço global de um contrato ou os preços unitários constantes de sua composição encontram-se injustificadamente superiores aos preços

273 COLANDER, David C. *Microeconomics*. 11. ed. Nova York: McGraw-Hill Education, 2020.

praticados no respectivo mercado",[274] ou seja, quando o preço é desarrazoado sem motivo para tal.

O *superfaturamento,* ainda de acordo com o conselheiro, ocorre quando se faturam serviços ou itens de uma obra ou fornecimento com sobrepreço; ou quando se faturam serviços ou itens que não foram executados ou entregues, total ou parcialmente. No primeiro caso, um contrato com sobrepreço, ao ser executado, gera superfaturamento. No segundo, mesmo que o contrato tenha sido celebrado com estrita observância dos preços de mercado, o superfaturamento deriva do fato de o produto não ter sido entregue na quantidade ou na qualidade especificadas e, ainda assim, o pagamento ter sido feito na totalidade ou em montante superior ao devido.

Assim, o superfaturamento está associado a despesas irregulares durante a execução do contrato, ao passo que o sobrepreço envolve falhas no processo da contratação. O sobrepreço no momento da celebração contratual viabiliza, por consequência, o superfaturamento na etapa de sua execução.

Nesse sentido, a prática de perícia para apuração de eventual sobrepreço ou superfaturamento, denominada de perícia merceológica, enfrenta diversos desafios, dentre os quais destacam-se: insuficiência documental; ausência de parâmetros para comparação dos itens; bancos de dados desatualizados ou restritos; comparações indiretas que podem, eventualmente, suscitar distorções; alta dependência de informações alheias ao processo; análise de condições editalícias e contratuais que balizam as aquisições e os preços pretendidos.

Por se tratar de compra pública, as principais peças a serem verificadas são o termo de referência e a pesquisa prévia de preços, que estima os valores unitários e o global, bem como apresenta a quantidade e a forma como foram cotados. Esses documentos estabelecem o valor máximo que a Administração Pública pagará na aquisição pública. Se houver irregularidade nessa fase, as demais também estarão prejudicadas, tendo em vista que o valor da proposta vencedora deve ser igual ou inferior ao valor estimado na pesquisa de preços.

Deve-se atentar também para as quantidades praticadas e os preços propostos muito abaixo dos valores de mercado para avaliar reajustes

274 LIMA, Luiz H. Sobrepreço e superfaturamento. *Gazeta Digital*, Cuiabá, 11 abr. 2016. Disponível em: https://www.gazetadigital.com.br/editorias/opiniao/sobrepreco-e-superfaturamento/475385. Acesso em: 21 out. 2020.

infundados que oneram a execução e geram superfaturamento. Esse fenômeno é conhecido como jogo de planilha, o qual consiste, em suma, em reajustar preços de itens de grande quantidade, mas que estavam com valores abaixo dos de mercado. Logo, tanto a fase inicial como a de execução devem ser objeto de exame pericial quando se trata de superfaturamento.

De acordo com o *Manual de Sobrepreço e Superfaturamento da ANPCE*,[275] a apuração de superfaturamento por parte da perícia econômica-contábil envolve o exame documental da execução do contrato celebrado entre a Administração Pública e os entes privados, a fim de verificar se a quantidade entregue corresponde à efetivamente recebida pelo órgão público nos recibos ou termos circunstanciados; se a qualidade ou marca dos produtos e serviços entregues equivale à estipulada em contrato; se os preços constantes das notas fiscais são iguais aos firmados em contrato; se o montante pago pela Administração Pública condiz com os produtos entregues ou serviços prestados; se ocorreu alguma alteração contratual como mudanças de quantitativos, inclusões ou exclusões de serviços e produtos; se a validade do contrato foi respeitada, sem eventuais prorrogações.

Para isso, é necessário ter acesso aos seguintes documentos:

- contrato firmado entre as partes;
- empenho e notas de empenho;
- notas fiscais, recibos de entrega dos produtos e (ou) serviços e respectivo atestado de recebimento emitido pela Administração e comprovantes de pagamentos realizados, seja por ordem bancária (cheques, transferências bancárias, depósitos em conta corrente), seja por recibos de pagamento em espécie.

Além de todo esse cenário, deve-se atentar ao loteamento das compras públicas, situação na qual sempre as mesmas empresas logram êxito nas licitações, o que pode ser gerado por direcionamentos oriundos de editais viciados. Ainda, deve-se avaliar se há ocorrência de cartelização do cenário, o que, por obviedade, fere a competitividade necessária.

275 SANT'ANNA, Akemi Souza Kitagawa. *Manual de orientações para elaboração de laudos e pareceres técnicos pela Assessoria Nacional de Perícia do Ministério Público Federal, relativos à análise de sobrepreço e/ou superfaturamento em licitações, objeto de processos judiciais e extrajudiciais*. Brasília: MPF, 2020.

Não obstante, há a possibilidade de se verificar o superfaturamento por métodos contábeis de apuração pelo custo de aquisição, em que se comparam o item pelo valor adquirido e a margem de lucro auferida pela venda, isso em cenários em que a comparação de preços se mostra impraticável.

Um outro ponto a se considerar é que, em mercados específicos, cabe a outras ciências apurar o sobrepreço ou superfaturamento, como é o caso da engenharia civil em obras, por exemplo.

3.2.2 · DETECÇÃO DE CARTÉIS

Outra temática em que a ciência econômica fornece instrumentos de investigação é o combate aos esforços coordenados de competidores para fixarem preços, restringirem a produção ou dividirem o mercado, ou seja, no combate aos cartéis comerciais. Essa conduta ilegal distorce os preços de mercado de modo a aumentar os lucros dos participantes do cartel, desviando o preço competitivo para um preço de monopólio.

Nesse sentido, dentro da atuação dos órgãos de controle, destaca-se o combate aos cartéis em licitações de compras públicas. Devido ao volume desses gastos, estima-se que, em todo o mundo, esses arranjos colusivos sejam responsáveis por perdas da ordem de 2,3% do PIB no orçamento público.[276] Ademais, a cartelização tende a inibir a entrada de novos concorrentes potencialmente mais eficientes e a reduzir os incentivos a inovações, ou seja, além do dano ao erário, também causa danos intangíveis à economia.[277]

Portanto, devido ao montante expressivo em termos de bem-estar econômico, os mecanismos empregados na identificação de cartéis envolvem não apenas o uso de provas diretas (interceptação de meios de comunicação, confissão, documentos obtidos), mas também o uso de provas indiretas.[278] Notadamente, a detecção de cartéis com base em métodos quantitativos pode ser uma importante ferramenta para os órgãos de controle.

---

276 LIMA, Ricardo Carvalho de Andrade; RESENDE, Guilherme Mendes. Using the Moran's *I* to detect bid rigging in Brazilian procurement auctions. *The Annals of Regional Science*, [*s. l.*], v. 66, p. 237-254, 4 set. 2020. DOI: https://doi.org/10.1007/s00168-020-01018-X.

277 LIMA; RESENDE, 2020.

278 BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 3. *Combate a cartéis*. Brasília: MPF, 2019. (Roteiro de atuação, v. 1)

Tais métodos podem ser divididos em dois tipos: os métodos baseados na estrutura de mercado, cujo foco é a avaliação da probabilidade da existência de um cartel conforme as características do mercado, e os métodos ditos comportamentais, os quais avaliam se as condutas das empresas em determinado mercado possuem alta correlação com um comportamento colusivo.[279]

Os métodos baseados na estrutura de mercado buscam avaliar as condições que influenciam a probabilidade de existência de cartel, tais como o número de agentes econômicos, a participação no mercado que detêm e a presença de alguma espécie de barreira à entrada no mercado (devido a custos, tipo de produto ou economia de escala na produção). Com base em variáveis observáveis e mensuráveis, verifica-se o grau de concentração do mercado que, por sua vez, está associado à probabilidade de colusão e ao exercício do poder de mercado.

As medidas de concentração de mercado mais comuns são a "Razão de Concentração", como por exemplo a participação nas vendas totais de um mercado das quatro maiores empresas, e o "Índice de Hirschman – Herfindahl (HHI)", que mede não só a participação, mas a desigualdade dessas participações no mercado (seu cálculo leva em consideração todas as instituições que compõem o mercado, não apenas as maiores instituições).[280]

De igual modo, com base em variáveis observáveis e mensuráveis, pode-se avaliar se há de fato comportamento das empresas indicativo de colusão. Ao se analisar o comportamento por meio dos chamados "marcadores de colusão", busca-se verificar a existência de padrão de comportamento colusivo com elevada probabilidade. Tais métodos são ditos "métodos comportamentais".

Entre os marcadores de colusão têm-se o preço, a participação do mercado, a margem entre o preço e custo e, no caso específico de leilões, os lances apresentados pelos participantes. Com base nesses indicadores e na

279 BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência. *Cálculo de danos em cartéis*: guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. Brasília: Seprac, maio 2018.

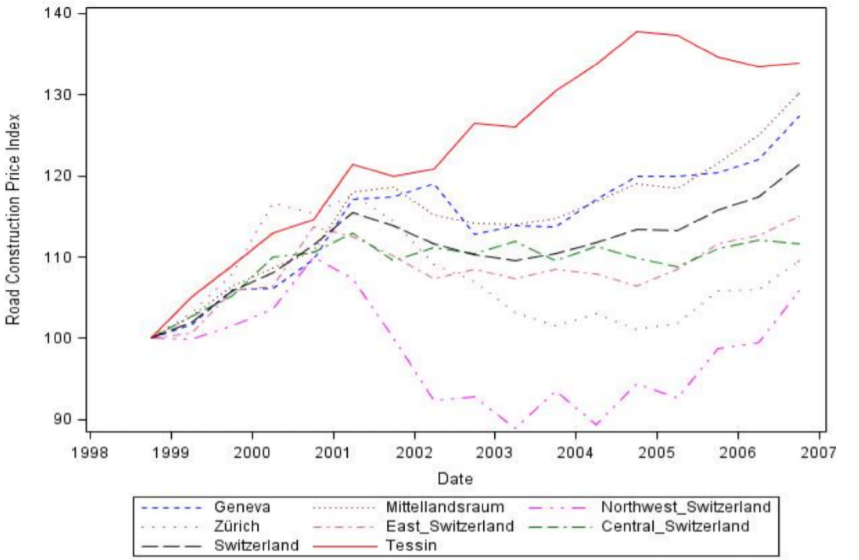
280 Para ver uma aplicação dessas medidas, *cf.* DANTAS, José Alves; MEDEIROS, Otávio Ribeiro de; PAULO, Edilson. Relação entre concentração e rentabilidade no setor bancário brasileiro. *Revista Contabilidade & Finanças*, São Paulo, v. 22, n. 55, p. 5-28, jan./abr. 2011.

teoria econômica, elaboram-se estratégias de identificação de comportamentos não consistentes com aquele previsto num mercado competitivo.

Por exemplo, o "Índice de Lerner", cuja medida calcula o excesso do preço sobre o custo marginal como uma fração do preço, dá um índice do poder que a empresa tem de fixar seu preço como monopolista (o qual depende da elasticidade da demanda dessa empresa).

Outra estratégia é a comparação do comportamento das empresas com um cenário onde não há práticas anticoncorrenciais, o chamado cenário "contrafactual". Por meio de métodos comparativos, é possível identificar padrões nos marcadores de colusão que estejam associados a práticas anticompetitivas. O cartel de construção de estradas no cantão de Ticino, na Suíça, por exemplo, alterou substancialmente o índice de preços de construção de estradas desde 2002 em relação a outros cantões suíços,[281] como se pode verificar na linha vermelha do gráfico abaixo:

GRÁFICO 1 · ÍNDICE DE PREÇOS DA CONSTRUÇÃO DE ESTRADAS NA SUÍÇA



Fonte: IMHOF, 2018.

281 IMHOF, David. *Empirical methods for detecting bid-rigging cartels*. 2018. 190 f. Tese (Doutorado em Economia e Ciências Sociais). Universidade Bourgogne Franche-Comté, França, 2018.

Uma terceira estratégia de identificação de comportamento colusivo é o uso de filtros matemáticos. Em leilões de compras públicas, por exemplo, pode-se utilizar um filtro de variância, o qual mede a variação das distribuições dos lances e associa uma menor variância à presença de cartéis de manipulação de ofertas. Outro tipo de filtro é o da hipótese da independência condicional, o qual analisa as ofertas das empresas com base em informações observáveis (como a estrutura de custos) e identifica se há interdependência entre os lances, quando na verdade não deveria existir.

Nessa linha de teste de hipótese de independência condicional, foi desenvolvido pelo perito em economia do MPF Ricardo Carvalho de Andrade Lima, em conjunto com o economista-chefe do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Guilherme Mendes Resende, o uso de uma técnica de econometria espacial para detectar dependência de lances entre potenciais membros de um cartel. Lima e Resende[282] utilizaram a estatística de I-Moran, de modo a verificar a existência de correlação sistemática entre os lances dos leilões de compras do mercado de dispositivos cardíacos implantáveis (DCI) pelo Governo Federal.[283] Os autores verificaram que os lances feitos pelas empresas investigadas para fraudar licitações no mercado de DCI têm uma autocorrelação positiva, violando, assim, a hipótese de independência condicional. Ademais, o filtro utilizado captura com precisão o comportamento coordenado antes da conclusão do acordo de leniência com o CADE e deixa de capturar esse comportamento logo após esse acordo, demonstrando a pertinência do teste.

Por fim, cabe mencionar que a aplicação desses métodos esbarra muitas vezes na disponibilidade de dados. Contudo, são ferramentas que vêm ao encontro de uma atuação proativa dos órgãos de controle, especialmente no combate aos cartéis mais robustos e estáveis, os quais são menos sujeitos à obtenção de provas diretas.

3.2.3 · CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO E O MERCADO DE CAPITAIS (*INSIDER TRADING* E GESTÃO TEMERÁRIA)

Existe toda uma tipologia de crimes relacionados ao mercado financeiro cujas investigações podem se servir de estudos qualitativos e quantitativos na área econômica. Entretanto, diante da experiência de atuação

282 LIMA; RESENDE, 2020.

283 Para uma análise sobre o caso, v. https://piaui.folha.uol.com.br/por-dentro-do-cartel-dos-implantes.

dentro do MPF, dá-se especial atenção a dois tipos: a *gestão temerária de instituição financeira* e o *uso indevido de informação privilegiada*.

Em relação à gestão temerária, entende-se que, diante do dever objetivo de cautela dos gestores, esse crime ocorre quando se assumem riscos excessivos na administração de uma instituição financeira. Todavia, a própria definição é tema de debate doutrinário dentro do Direito,[284] motivo pelo qual há sempre o questionamento dos gestores réus de que não haveria crime cometido, apenas a ocorrência de resultados adversos pouco prováveis.

E é diante desse impasse que a perícia econômica pode reforçar o entendimento da ocorrência de crime. Com base na modelagem de risco de ativos financeiros e sua correspondente precificação, traça-se a estratégia de comparação com as melhores práticas na literatura acadêmica, de modo a caracterizar algum desvio excessivo por parte dos gestores na sua administração.

Como é de se supor, há necessidade de histórico de investimento documentado por parte da instituição, o que nem sempre existe. Não obstante, grande parte dos atos em instituições públicas é motivada e possui registros da documentação que os embasa, permitindo posterior análise da conformidade por meio dos órgãos de controle. Por exemplo, as Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) de empresas estatais mantêm o registro da documentação que embasa a aplicação dos seus recursos, o que permitiu a posterior análise quando surgiram indícios de gestão temerária e fraudulenta dos fundos de pensão Funcef, Petros, Previ e Postalis.[285]

Nesse contexto, o que se busca é avaliar qualitativamente se houve negligência de riscos por parte dos gestores, ou mesmo se há erros de cálculo na avaliação elaborada para embasar os investimentos realizados. Tome-se o auxílio às forças-tarefas do MPF, cujas análises versaram sobre investimentos em Fundos de Investimento em Participações (FIP) para desenvolvimento de diversos projetos. Assim, diante da necessidade de precificação de tais projetos, foram apresentados estudos de valoração (*valuations* na terminologia financeira), os quais embasaram as decisões

284 BITENCOURT, Carlos Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

285 Quatro dos maiores fundos de pensão brasileiros, respectivamente das empresas Caixa Econômica Federal, Petrobras, Banco do Brasil e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

de investimento por parte das EFPC. Nesse sentido, foram analisados os erros mais comuns,[286] tais como: 1) horizontes de projeções financeiras não adequados; 2) taxas de crescimento de perpetuidade não coerentes; 3) taxas de desconto não condizentes com os investimentos; 4) erros na estimação do custo de capital próprio; 5) erros na estimação de custos de terceiros; 6) descompasso entre receitas, despesas e investimentos; 7) sub ou superestimação de outras variáveis que compõem o *valuation*; 8) inexistência de análise de sensibilidade com cenários alternativos.

Como exemplo, tome-se o uso de taxas de capital próprio semelhantes à taxa Selic à época ou abaixo dela. Ou seja, utilizou-se um custo de crédito semelhante ou abaixo ao do governo federal para projetos com risco de crédito muito superior.

Outro crime financeiro, o uso indevido de informação privilegiada, também se mostra complexo de ser caracterizado, mas também pode ser mais bem elucidado com análises econômicas quantitativas e qualitativas. De acordo com o art. 27-D da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, é vedado o uso de informação relevante de que se tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários.

Desse modo, são fundamentais na caracterização desse tipo de crime a delimitação da informação relevante, ou seja, a informação privada que permitiu obter vantagem indevida, e a constatação de que somente com essa informação seria possível obter a vantagem auferida, isto é, que o comportamento do agente foi pautado pelo uso de informação privilegiada.

Assim, tendo em vista que mercados eficientes capturam por meio do preço de um ativo toda a informação disponível, nenhum agente deveria conseguir obter retornos excessivos. Portanto, retornos excessivos são, eles próprios, indicativos de uso de informação não divulgada ao mercado. Ademais, faz-se necessária a confrontação com o cenário econômico à época, de modo a verificar se, com base na informação pública, haveria racionalidade da operação efetuada.

286 MAUBOUSSIN, Michael J. Common errors in DCF models. *Legg Mason Capital Management*, [*s. l.*], 16 mar. 2006. Ver também DAMODARAN, Aswath. *Investment valuation*: tools and techniques for determining the value of any asset. 3. ed. New Jersey: John Wiley & Sons, 2012.

Por exemplo, a formação de uma posição muito direcionada com ativos financeiros previamente a mudanças abruptas na empresa ou na economia em questão configuraria indício do uso de informação privilegiada. Isso ocorre mesmo a despeito de indicadores de preço ou volume, já que raramente uma transação é grande o suficiente para alterar o equilíbrio de mercado. Pode-se observar tal padrão no caso relatado por Frunza,[287] em que altos executivos da empresa Airbus se valeram da informação de atraso no desenvolvimento e produção do novo modelo de avião para vender suas ações no mercado em março de 2006, antes da publicação ao mercado em junho de 2006.

3.3 · ATRIBUIÇÃO DE VALORES À CAUSA

3.3.1 · MENSURAÇÃO DO VALOR DO DANO

Inicialmente, há de se distinguir compensação pelo dano e punição pelo dano. A compensação tem por objetivo ressarcir as vítimas dos danos em decorrência do ato ilícito. É nesse sentido que será abordada a mensuração do dano nesta seção. A punição do infrator, por sua vez, deve seguir a lógica de impor custos superiores ao benefício derivado do ato ilícito, de modo a desincentivar o infrator.

Conforme discutido anteriormente, o valor do dano incorrido pode ser estimado pela diferença de valor entre o cenário em que ocorreu a conduta lesiva e outro, hipotético, em que essa conduta não existiu. Esse cenário hipotético, denominado contrafactual, muitas vezes pode ser estimado com base em técnicas utilizadas para avaliação de impacto de políticas públicas.[288] Tais técnicas são baseadas em instrumental estatístico que visa isolar e quantificar o efeito de uma dada política ou, para os fins pretendidos neste capítulo, de um ato ilegal em termos econômicos.

Entre esses métodos, um dos mais utilizados é o de diferença em diferenças. A lógica do método se inicia com a construção de um grupo de controle, isto é, um grupo não afetado pela conduta lesiva, e do grupo de tratamento, aquele que foi efetivamente impactado pela conduta. Esse grupo de controle representa o que haveria ocorrido ao longo do tempo

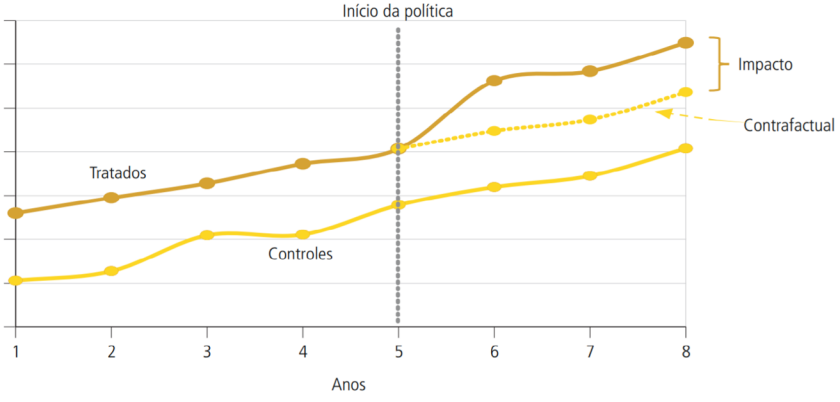
287 FRUNZA, Marius-Christian. *Solving modern crime in financial markets*. Cambridge: Academic Press, 2015.

288 BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. *Avaliação de políticas públicas*: guia prático de análise *ex post*. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018. v. 2.

com o grupo de tratamento após a conduta lesiva. Nessas condições, o tratamento estatístico adequado permite estimar o valor dessa conduta.

Por exemplo, tome-se o caso da "compra" de medida legislativa por parte de uma empresa para participar de uma política de incentivo fiscal dado pelo governo. O valor do dano ao erário seria o montante de renúncias fiscais incorrido com a medida caso não houvesse nenhum outro impacto econômico. Entretanto, como a desoneração pode ter impactos positivos na produção e, consequentemente, na arrecadação, há a necessidade de se estimar como se comportaria essa arrecadação na ausência da política de incentivo fiscal. Desse modo, um grupo de controle poderia ser um setor econômico que não tenha sido favorecido por essa medida, enquanto o grupo de tratamento seria o setor ao qual a empresa pertence. Segue uma representação gráfica da estratégia de estimação com base nesse método.

GRÁFICO 2 · MODELO CONCEITUAL DE DIFERENÇA EM DIFERENÇAS



Fonte: CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2018, p. 274.

Em outros tipos de condutas lesivas, os cenários contrafactuais podem ser elaborados por meio de comparações mais simples. Por exemplo, nas análises dos investimentos de Fundos de Pensão, os danos incorridos pela gestão fraudulenta e (ou) temerária podem ser estimados com base no custo de oportunidade que os beneficiários tiveram. Isto é, o quanto teriam lucrado caso houvessem optado por investimentos de risco e classificação semelhantes. No caso dos investimentos em Fundos de Investimento em Participação, classificados como segmento

de investimentos estruturados, pode-se utilizar uma carteira teórica de um índice amplo de investimentos. Nessa linha, o Índice de *Hedge Funds* ANBIMA – IHFA[289] é a referência para a indústria de fundos multimercados e o mais representativo do custo de oportunidade nesse sentido.

Por fim, cabe ressaltar que, em alguns casos, a valoração do dano é inexequível. Por exemplo, a valoração individualizada dos danos ocasionados a investidores por crime de manipulação de mercado de ações na bolsa de valores esbarra em diversos obstáculos: a contínua compra e venda das referidas ações por diversos agentes econômicos no mercado secundário; o fato de muitos dos investidores serem constituídos por cotistas de fundos de ações, fundos multimercados ou fundos de índices; o fato de tais ações também constituírem referência para instrumentos financeiros como derivativos do tipo opção de compra, opção de venda e mercado a termo, também com a contínua negociação no interregno do crime de manipulação etc. Portanto, nesses casos, torna-se necessário o arbitramento pelo juízo do valor do dano para fins de ressarcimento.

3.3.2 · MULTA POR CORRUPÇÃO

Conforme consta na Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), e no Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015, a base de cálculo da multa da pessoa jurídica por atos contra a Administração Pública é o faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), excluídos os tributos.[290]

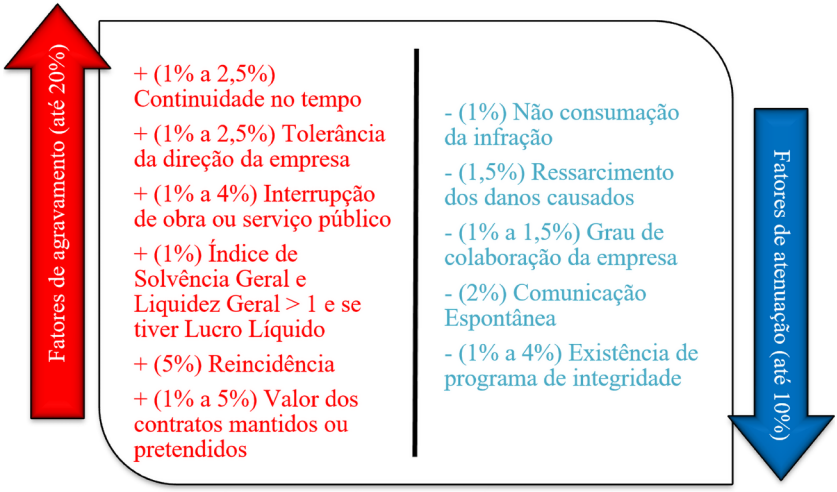
O art. 20, § 2º, do Decreto n. 8.420, de 2015, define que o valor da vantagem auferida ou pretendida equivale aos ganhos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo, somado, quando for o caso, ao valor correspondente a qualquer vantagem indevida prometida ou dada a agente público ou a terceiros a ele

289 Disponível em: https://www.anbima.com.br/pt_br/informar/precos-e-indices/indices/ihfa.htm. Acesso em: 1º nov. 2020.

290 A norma não cita como contas a serem excluídas do Faturamento Bruto as Devoluções, as Vendas Canceladas e os Descontos Concedidos Incondicionalmente, sendo que nenhuma dessas compõem as receitas efetivas da empresa. Assim, entende-se que houve uma impropriedade técnica, e que o mais adequado seria considerar a base de cálculo da multa a Receita Líquida, pois é a conta que exclui do Faturamento Bruto os tributos e essas demais deduções.

relacionados. Ademais, esse decreto especifica os casos de agravamento ou atenuação da multa, conforme esquematizado na figura a seguir:

FIGURA 1 · FATORES DE AGRAVAMENTO E ATENUAÇÃO DA MULTA



Fonte: Elaborado pelos autores.

Assim, caso todos os atenuantes sejam satisfeitos, o valor mínimo da multa será de 0,1% do faturamento bruto menos tributos da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR. Contudo, o valor da multa não pode ser menor do que a vantagem auferida.

Por outro lado, caso todos os fatores de agravamento sejam satisfeitos, a multa corresponderá a 20% do faturamento bruto menos tributos da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, limitada a três vezes o valor da vantagem auferida.

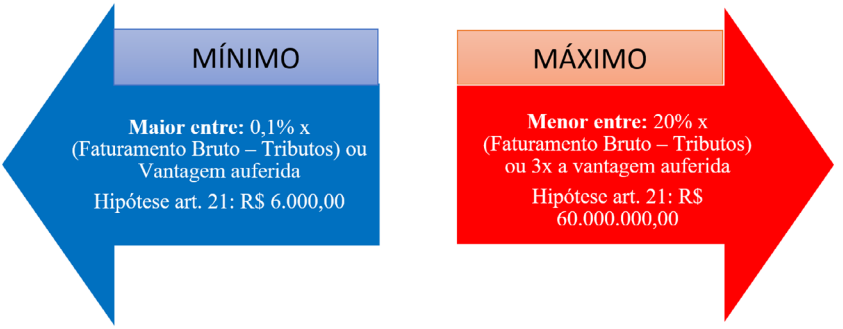
O Decreto n. 8.450 de 2015 ainda prevê que, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica no ano anterior ao da instauração ao PAR, o valor da multa será limitado entre R$ 6.000,00 (seis mil reais) e R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), e os percentuais de agravamento/atenuação incidirão:

> I – sobre o valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, excluídos os tributos, no ano em que ocorreu o ato lesivo, no caso de a pessoa jurídica não ter tido faturamento no ano anterior ao da instauração ao PAR;

II – sobre o montante total de recursos recebidos pela pessoa jurídica sem fins lucrativos no ano em que ocorreu o ato lesivo; ou

III – nas demais hipóteses, sobre o faturamento anual estimável da pessoa jurídica, levando em consideração quaisquer informações sobre a sua situação econômica ou o estado de seus negócios, tais como patrimônio, capital social, número de empregados, contratos, entre outras.

FIGURA 2 · APURAÇÃO DA MULTA



Fonte: Elaborado pelos autores.

4 · NEGOCIANDO O VALOR DO DANO – A APURAÇÃO DE CAPACIDADE DE PAGAMENTO (*ABILITY TO PAY*)

A Lei Anticorrupção possibilita que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública celebre acordo de leniência com empresas responsáveis pela prática das infrações previstas nessa mesma lei, desde que seja possível a identificação dos demais envolvidos e que se obtenham informações e documentos que comprovem o ilícito de forma célere.

Apesar de o acordo de leniência possibilitar a redução da multa em até 2/3 do valor aplicável, o dano causado deve ser reparado integralmente.

Nesse contexto, a Nota Técnica n. 1, de 2017, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF,[291] dispõe:

291 BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 5. Combate à corrupção. *Nota Técnica n. 1, de 20 de novembro de 2017.* Brasília: MPF, 2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf. Acesso em: 28 fev. 2020.

> [...] Apesar de ter celebrado acordo de leniência no processo administrativo sancionador, é possível que a pessoa jurídica colaboradora ainda esteja, em tese, sujeita à responsabilização judicial, que *poderá ser cumulada*, em ação civil pública, com *outras esferas de responsabilidade*, como a improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), como decorre do texto literal dos arts. 18, 19 e 30 da LAC.[...]
>
> Esta *múltipla incidência punitiva* concorre, no caso, de modo legítimo, em diferentes esferas, para *tornar a corrupção empresarial um crime de alto risco e baixo benefício*. [...]
>
> Afigura-se, por tais razões, que *outras sanções cabíveis*, além das mencionadas na própria LAC, como aquelas previstas na LIA, *possam* eventualmente *ser negociadas e fixadas em acordo de leniência* quando promovidos pelo Ministério Público. [...]. (Grifos nossos).

Assim, são enumeradas a seguir algumas legislações e respectivas punições que poderiam ser aplicadas de forma cumulativa nos casos de atos contra a Administração Pública:

- *Lei n. 12.846/2013 – Lei anticorrupção:* percentual sobre o faturamento (0,1% a 20%) ou de acordo com a vantagem auferida.
- *Lei n. 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa:* multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial.
- *Lei n. 7.347/1985 – Ação Civil Pública:* danos morais e patrimoniais.
- *Lei n. 8.666/1993 – Lei de Licitações:* pagamento de quantia fixada na sentença. Entre 2% e 5% do valor do contrato.

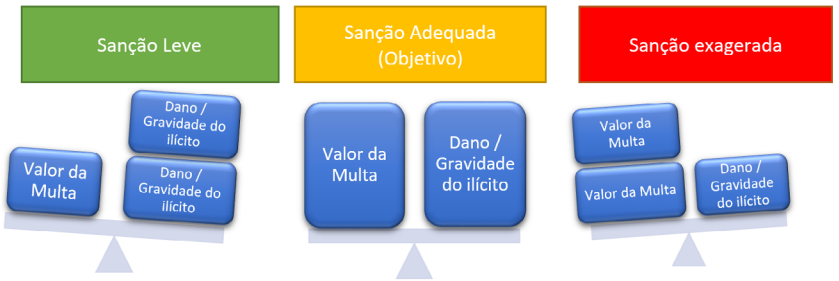
Dessa forma, principalmente quando cumuláveis várias infrações, o valor do dano a ser ressarcido pela empresa envolvida em um ato de corrupção pode ser bastante expressivo. Logo, é importante que se diferencie o que é apuração do dano/multa e o que é apuração de capacidade de pagamento.

Sem se aprofundar em questões jurídicas atinentes ao tema, entende-se que o montante celebrado em acordos de leniência deve ser suficiente para punir a empresa proporcionalmente aos ilícitos cometidos, mas não a ponto de desestimular a celebração do acordo ou mesmo comprometer sua continuidade, o que culminaria com o não pagamento das obrigações celebradas, além de impactos sociais diversos.[292] A figura abaixo ilustra essa situação:

---

292 Alguns possíveis impactos sociais da falência de uma grande empresa são: a demissão generalizada de funcionários; o comprometimento das empresas da cadeia

FIGURA 3 · VALOR DA MULTA X VALOR DO DANO/GRAVIDADE DO ILÍCITO



Fonte: Elaborado pelos autores.

A figura anterior seria a percepção do acordo de leniência, considerando os ilícitos cometidos. Contudo, quando se fala em apuração de capacidade de pagamento, não se está avaliando a adequação da sanção. O que se objetiva é avaliar a sanção máxima suportada pela empresa, sem que isso comprometa sua continuidade operacional. A partir dessa informação, os membros do órgão que estão celebrando o acordo de leniência terão balizas suficientes para negociar com a colaboradora a maior multa possível de ser aplicada.

A Nota Técnica n. 1/2017 da 5ª CCR – MPF dispõe ainda:

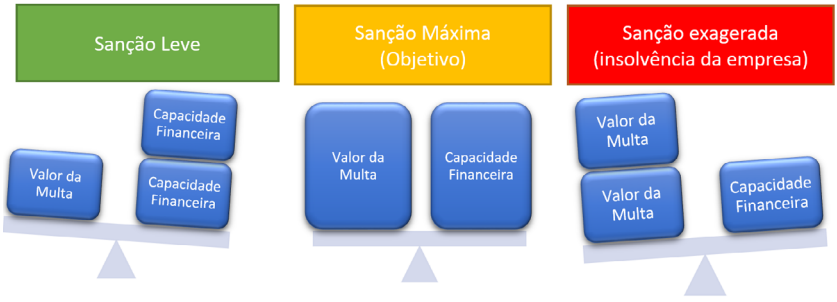
> [...] Não sendo possível aferir o valor total e incontroverso do dano, o ressarcimento deve ser pautado pelo *quantum* apurado, sendo, então, cabível e *possível moderar a capacidade de pagamento* - a denominada *ability to pay*. [...]
>
> Se o acordo de leniência prevê a aplicação de multas e sanções pecuniárias de monta contra a empresa que celebra o pacto, é necessário *dar a ela condições de cumprir com tais sanções*. Para tanto, é imprescindível que se *permita que a empresa continue funcionando e operando em seu mercado usual*. (Grifos nossos).

Nesse sentido, a figura a seguir ilustra a sanção almejada (Sanção Máxima) e os seus extremos:

---

de produção; o comprometimento de todo o orçamento público de uma cidade dependente da receita de tributos pagos por essa empresa; ou, em casos de setores muito concentrados, o desabastecimento nacional de insumos ou serviços.

FIGURA 4 · VALOR DA MULTA X CAPACIDADE FINANCEIRA



Fonte: Elaborado pelos autores.

Portanto, no caso do MPF, a perícia permite analisar até que ponto o procurador da República poderá negociar com a empresa um valor a ser celebrado no acordo de leniência, podendo ser acima ou abaixo do juridicamente possível.

Em termos práticos, quando ocorre um acordo de leniência e se deseja saber o quanto a empresa é capaz de pagar, o ideal é que essa colaboradora apresente, previamente ao laudo do perito do MPF, a sua capacidade de pagamento. Com essa informação, os peritos do MPF podem analisar se os valores indicados estão adequados à realidade e às perspectivas futuras para aquela empresa.

Essa situação se mostra a ideal, pois os gestores da empresa conhecem melhor do que ninguém seu negócio e as estratégias dessa companhia para os próximos anos. Ademais, considerando a mão de obra restrita de servidores públicos habilitados para esses trabalhos, sem um relatório preliminar da empresa, perde-se em eficiência de tempo e de recursos.

Contudo, é importante enfatizar que essa projeção realizada pela colaboradora deverá ser devidamente balizada. Nesse contexto, quando há falta de embasamento no relatório apresentado ou quando a projeção se encontra fora da realidade de atuação e histórico da companhia, o perito do MPF indica os aspectos sub ou superdimensionados, adequando os valores para o mais próximo possível das condições da colaboradora.

Apesar de esse cenário ser o ideal, a maioria das avaliações de capacidade de pagamento no âmbito do MPF não contém nem a projeção de fluxo de caixa da empresa para os próximos anos, nem os documentos

necessários para uma adequada avaliação, principalmente no caso das companhias que não têm capital aberto na bolsa de valores.

Assim, os peritos do MPF se valem dos mecanismos que possuem para projetar essa capacidade de pagamento, com destaque para a Análise das Demonstrações Contábeis passadas, no caso de o valor ser pago à vista ou em pouco tempo (não há um tempo padrão, mas geralmente em um ou dois anos), e (ou) Projeções de Fluxo de Caixa, quando o pagamento envolve períodos mais longos (geralmente acima de dois anos).

DOCUMENTOS UTILIZADOS

Alguns documentos em que os peritos se baseiam para realizar tais análises são:

- *Demonstrações contábeis:* Balanço Patrimonial (BP), Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), Demonstração de Fluxo de Caixa (DFC), Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido (DMPL) e Demonstração do Valor Adicionado (DVA) dos últimos anos. Além disso, devem-se disponibilizar as notas explicativas das principais contas, como receitas e despesas; investimentos; imobilizado; empréstimos/financiamentos (contratos) etc. Esses demonstrativos devem ser assinados por contador registrado e, preferencialmente, auditados por auditorias independentes.

- *Documentos da empresa:* relatório da administração (projeções/expectativas); projeções realizadas pela empresa ou por companhias contratadas; balanço social (interação da empresa com a sociedade); atas de assembleias; relatório do conselho fiscal; informações da estrutura societária da empresa, discriminando sócios, controlada, controladora, participações em outras empresas.

- *Relatórios de terceiros:* emitidos por Agências de Classificação de Risco de Crédito (*Rating*) e empresas independentes do mercado financeiro.

- *Declarações tributárias* da empresa (LALUR, DCTF).

- *Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física (DIRF)* dos principais acionistas. Apesar de extrapolar um pouco a avaliação da empresa, pode-se, em alguns casos, detectar casos mais explícitos de dilapidação do patrimônio da empresa em benefício dos sócios majoritários.

DIFICULDADES

Algumas das principais dificuldades encontradas nas avaliações já realizadas são:

- As empresas de pequeno e médio porte geralmente não são auditadas e algumas não elaboram demonstrações contábeis.
- Nem todo registro é confiável, principalmente no caso de empresas não auditadas ou que tiveram seus resultados influenciados por práticas de corrupção.
- As demonstrações contábeis retratam o passado da empresa, e diversos fatores inesperados podem afetar suas projeções futuras.

Nos laudos técnicos elaborados pelos peritos do MPF, as características básicas na apuração de capacidade de pagamento normalmente apresentadas são: a) prazo do pagamento e b) índice de correção do valor devido. Essas duas características são detalhadas a seguir.

A) PRAZO DO PAGAMENTO

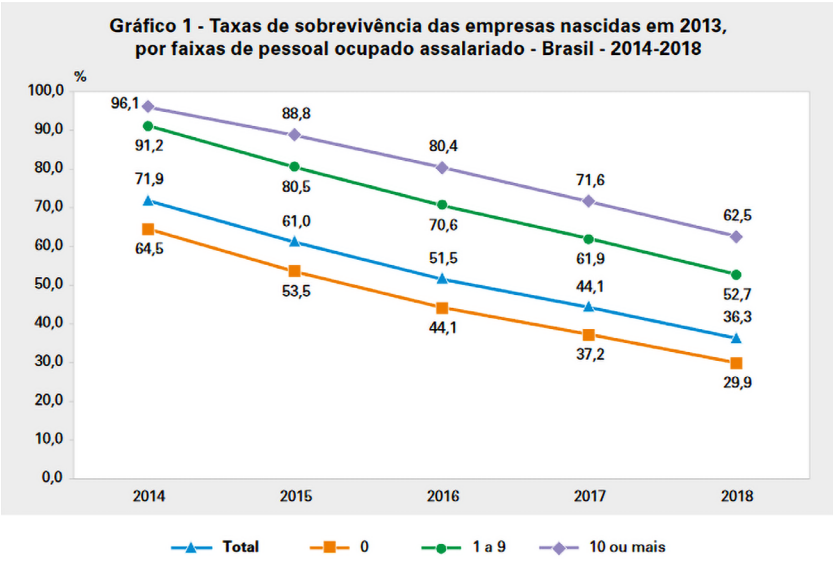
Quanto maior o prazo para a empresa pagar o valor pactuado, maior poderá ser o valor total que ela pagará até o final do acordo. Exemplificando, caso uma empresa gere R$ 200 milhões anuais de caixa e comprometa 25% desse valor anual gerado para quitar o acordo de leniência, ter-se-ia um montante de R$ 50 milhões anuais disponíveis para pagamento. Sem considerar a atualização monetária, em cinco anos poderiam ser pagos R$ 250 milhões e em 20 anos, R$ 1 bilhão.

Assim, em uma primeira análise, poder-se-ia concluir que a melhor alternativa fosse parcelar o valor a pagar por muitas décadas para se chegar a um montante maior.

Contudo, quanto maior o prazo a ser definido, maior o risco de ocorrer uma projeção não fidedigna e maior a possibilidade de a companhia não pagar o valor total devido. Quanto a esse último ponto, na teoria contábil pressupõe-se a continuidade da empresa, ou seja, pressupõe-se que ela pode sobreviver indefinidamente. No entanto, sabe-se que a taxa de sobrevivência das empresas brasileiras é baixa, conforme demonstra o gráfico abaixo, extraído do estudo Demografia

das Empresas e Estatísticas de Empreendedorismo, 2018, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE):

GRÁFICO 3 · TAXAS DE SOBREVIVÊNCIA DAS EMPRESAS NASCIDAS EM 2013, POR FAIXAS DE PESSOAL OCUPADO ASSALARIADO – BRASIL – 2014-2018



Fonte: IBGE (2020).

Percebe-se pelo gráfico anterior que quanto mais funcionários uma empresa possui, ou seja, quanto maior a companhia, maior a chance de ela sobreviver ao longo dos anos. Nesse contexto, como os acordos de leniência normalmente envolvem empresas de grande porte, é de se esperar que o risco de uma eventual falência dessas companhias seja menor.

Contudo, é importante considerar que empresas envolvidas em atos de corrupção geralmente têm um desgaste importante de sua marca. Em virtude disso, perdem muitos clientes, o que afeta suas receitas, além de incorrer em custos que não possuíam anteriormente, tais como aqueles referentes ao *compliance*,[293] despesas processuais, aumento de exigências para empréstimos (*covenants*) e, consequentemente, maior custo de

293 Apesar de não mencionar explicitamente o termo, a Lei Anticorrupção, em seu art. 7º, VIII, cita alguns pressupostos de *compliance*, quais sejam: "a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica".

capital de terceiros (valor dos juros de empréstimos negociados com o banco) por conta do aumento do risco. Por fim, a empresa terá que comprometer boa parte da sua geração de caixa para pagamento do acordo de leniência, o que aumenta o seu risco de liquidez e insolvência.

Quando se considera um período muito longo, há também outros riscos, como mudanças de legislação e manobras jurídicas, contábeis e operacionais da companhia. Nesse contexto, para dirimir esse risco, é importante que a empresa que detém a posse majoritária das ações da colaboradora (*holding)* seja a garantidora de todo o pagamento do acordo celebrado.

Assim, a situação ideal seria aquela em que a empresa possa pagar todo o valor devido no menor tempo possível, seja por meio dos recursos financeiros que tem de reserva, seja alienando imóveis e investimentos que possui. Contudo, em muitas situações, o parcelamento acaba sendo a única alternativa.

B) ÍNDICE DE CORREÇÃO DO VALOR DEVIDO

Quando há pagamentos por longos períodos, como em qualquer contrato, é inevitável que as parcelas sejam corrigidas monetariamente, caso contrário a inflação ao longo dos anos poderá comprometer o valor devido. Imprescindível também que constem no acordo cláusulas punitivas sobre o atraso no pagamento, a fim de que a empresa não vislumbre um benefício no inadimplemento.

Há diversos índices que podem ser utilizados como forma de correção monetária, entre eles: Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA/IBGE), Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC/IBGE), Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M/FGV), Índice Nacional de Custo da Construção (INCC/FGV), Índice Geral de Preços-Disponibilidade Interna (IGP-DI/FGV), entre outros. Desses, o IPCA/IBGE é provavelmente o índice mais aplicado no Brasil para medir a inflação, inclusive no âmbito da Justiça Federal.

Além da correção, é possível também que se negocie a aplicação de juros sobre as parcelas. No âmbito da Justiça, os juros mais utilizados são 0,5% ao mês, 1% ao mês ou a Taxa Selic. Em relação a esta última, O Manual de Cálculos na Justiça Federal[294] considera que a Taxa Selic engloba corre-

294 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Manual de orientação de procedimentos para os cálculos na Justiça Federal.* Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários, 2020.

ção monetária e juros. Já a página eletrônica do Banco Central do Brasil traz a seguinte definição para a Selic:[295]

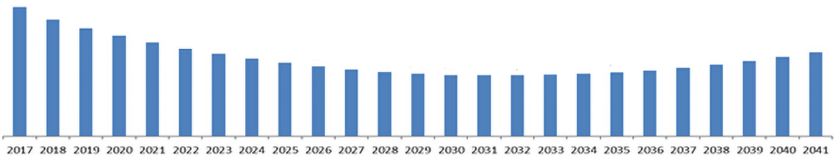
> A Selic é a taxa básica de juros da economia. É o principal instrumento de política monetária utilizado pelo Banco Central (BC) para controlar a inflação. Ela influencia todas as taxas de juros do país, como as taxas de juros dos empréstimos, dos financiamentos e das aplicações financeiras.
>
> A taxa Selic refere-se à taxa de juros apurada nas operações de empréstimos de um dia entre as instituições financeiras que utilizam títulos públicos federais como garantia. [...]

Em relação aos juros, quanto maiores eles forem, mais inclinada a empresa ficará a quitar antecipadamente o acordo para não comprometer seu caixa futuro. Contudo, aumenta-se também o risco de onerar demasiadamente a empresa e impossibilitar o cumprimento do acordo.

Especificamente em relação à Taxa Selic, houve uma queda expressiva nos últimos anos, chegando a ser menor que alguns índices de correção monetária em determinados períodos. Contudo, em um horizonte mais longo de projeção, a tendência é que ela supere esses demais índices, uma vez que não se vislumbra a permanência de juros reais negativos pagos pelos títulos públicos federais por muito tempo.

Nos dois gráficos a seguir, apresenta-se um exemplo real de uma projeção realizada no início de 2018 de uma colaboradora, aplicando o IPCA e a Taxa Selic (com os valores ocultos por questão de sigilo). Como naquele momento as projeções da Selic eram superiores ao IPCA, a empresa passaria a ter um fluxo de caixa negativo em determinado período da projeção, ao passo que pelo IPCA ela manteria seu fluxo de caixa sempre positivo.

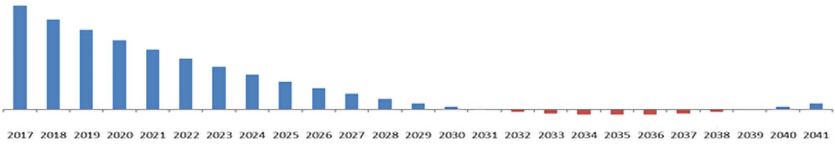
GRÁFICO 4 · PROJEÇÃO DE CAIXA DA EMPRESA COLABORADORA CONSIDERANDO CORREÇÃO PELO IPCA



Fonte: Assessoria Nacional de Perícia em Contabilidade e Economia/MPF.

295 Disponível em: https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/taxaselic. Acesso em: 28 fev. 2021.

GRÁFICO 5 · PROJEÇÃO DE CAIXA DA EMPRESA COLABORADORA CONSIDERANDO CORREÇÃO PELA SELIC



Fonte: Assessoria Nacional de Perícia em Contabilidade e Economia/MPF.

Esses gráficos demonstram que a escolha dos juros é um fator importante na determinação do acordo de leniência. Ademais, verifica-se que as projeções macroeconômicas estão sujeitas a grandes oscilações e imprevisibilidades ao longo dos anos.

Diante dessas e outras imprevisibilidades, há ainda a possibilidade de se definirem alguns cenários de projeção, chamados também de análise de sensibilidade. Esses cenários envolvem hipóteses otimistas, prováveis e pessimistas. O cenário provável é o mais importante e o que é considerado na prática. Todavia, a projeção com diferentes situações, tais como variações nos principais índices macroeconômicos (câmbio, juros, inflação, PIB), variações no preço de *commodities* que tenham um impacto financeiro sobre a colaboradora (petróleo, minério, insumos agrários etc.), permite verificar o quão sensível tal cenário base é.

ANÁLISE DAS DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS

A Ciência Contábil possui normativos que regulam os registros e a elaboração das demonstrações contábeis. Contudo, no caso da Análise das Demonstrações Contábeis, não existe uma normatização. Assim, os analistas se baseiam nas boas práticas e conceitos tradicionalmente aceitos pela comunidade acadêmica e pelo mercado financeiro de forma geral.

Nesse sentido, ao realizar a análise financeira da empresa, diversos indicadores podem ser úteis para avaliar a situação atual da empresa: os indicadores de liquidez, rentabilidade e endividamento; a análise dinâmica do Capital de Giro (Modelo de Fleuriet); os modelos de insolvência; entre outros. Contudo, mais do que avaliar individualmente cada um desses indicadores, o *expert* deve ser capaz de interpretá-los em conjunto, uma vez que cada um pode apontar para uma direção diferente.

Esses indicadores são avaliados basicamente pelos números contábeis passados da empresa. Contudo, quando se deseja avaliar resultados futuros, algumas informações qualitativas são imprescindíveis para se chegar

ao valor projetado de fluxo de caixa. Nesse sentido, alguns questionamentos importantes a serem feitos na análise são:

- Quais são os contratos futuros em negociação e receitas potenciais da companhia?
- Há projetos de expansão de fábricas, maquinário, mercado?
- Qual o impacto que os atos de corrupção podem causar na captação e manutenção dos clientes?
- Quais os principais *players* (competidores) no setor que a empresa atua e qual a expectativa de *market share* (parcela do mercado) dela para os próximos anos?
- Qual a expectativa para aspectos legais, como questões tributárias, que possam afetar a companhia?
- Qual a expectativa para a economia como um todo (macroeconomia) para o período de pagamento do acordo de leniência?

Em relação a esse último item (indicadores macroeconômicos projetados), algumas entidades independentes apresentam estudos nesse sentido que podem ser extremamente úteis para projetar o fluxo de caixa das colaboradoras, pois as receitas e custos das empresas estão atrelados a diversos fatores macroeconômicos que extrapolam as decisões internas das companhias.

QUADRO 2 · REFERÊNCIAS PARA INDICADORES MACROECONÔMICOS PROJETADOS

	Relatório FOCUS (Banco Central do Brasil)	**Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico - OCDE (*OECD*)**	**Fundo Monetário Internacional – FMI (*IMF*)**	**Banco Mundial (*World Bank*)**
Principais projeções	IPCA, IGPM, crescimento PIB, crescimento produção industrial, taxa de câmbio (US$), taxa Selic etc.	Projeções de diversos indicadores econômicos das principais economias do mundo.	Crescimento (PIB), inflação e outros dados econômicos por país.	Preço das *commodities*

	Relatório FOCUS (Banco Central do Brasil)	**Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico - OCDE (*OECD*)**	**Fundo Monetário Internacional – FMI (*IMF*)**	**Banco Mundial (*World Bank*)**
Tempo aproximado de projeção	4 anos	40 anos	5 anos	10 anos

Fonte: Elaborado pelos autores.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Valder Luiz Palombo. *Perícia contábil.* São Paulo: Atlas, 2009.

BITENCOURT, Carlos Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. *Avaliação de políticas públicas:* guia prático de análise *ex post*. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018. v. 2.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência. *Cálculo de danos em cartéis:* guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. Brasília: Seprac, maio 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 3. *Combate a cartéis*. Brasília: MPF, 2019. (Roteiro de atuação, v. 1)

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 5. Combate à corrupção. *Nota Técnica n. 1, de 20 de novembro de 2017.* Brasília: MPF, 2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf. Acesso em: 28 fev. 2020.

COLANDER, David C. *Microeconomics*. 11. ed. Nova York: McGraw-Hill Education, 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Manual de orientação de procedimentos para os cálculos na Justiça Federal.* Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários, 2020.

DAMODARAN, Aswath. *Investment valuation:* tools and techniques for determining the value of any asset. 3. ed. New Jersey: John Wiley & Sons, 2012.

DANTAS, José Alves; MEDEIROS, Otávio Ribeiro de; PAULO, Edilson. Relação entre concentração e rentabilidade no setor bancário brasileiro. *Revista Contabilidade & Finanças,* São Paulo, v. 22, n. 55, p. 5-28, jan./abr. 2011.

FRUNZA, Marius-Christian. *Solving modern crime in financial markets*. Cambridge: Academic Press, 2015.

IBGE. Demografia das empresas e estatísticas de empreendedorismo: 2018. *Estudos e Pesquisas* – Informação Econômica n. 34, Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

IMHOF, David. *Empirical methods for detecting bid-rigging cartels*. 2018. 190 f. Tese (Doutorado em Economia e Ciências Sociais). Universidade Bourgogne Franche-Comté, França, 2018.

LIMA, Luiz H. Sobrepreço e superfaturamento. *Gazeta Digital,* Cuiabá, 11 abr. 2016. Disponível em: https://www.gazetadigital.com.br/editorias/opiniao/sobrepreco-e-superfaturamento/475385. Acesso em: 21 out. 2020.

LIMA, Ricardo Carvalho de Andrade; RESENDE, Guilherme Mendes. Using the Moran's *I* to detect bid rigging in Brazilian procurement auctions. *The Annals of Regional Science,* [*s. l.*], v. 66, p. 237-254, 4 set. 2020. DOI: https://doi.org/10.1007/s00168-020-01018-X.

MAGALHÃES, Antônio de Deus Farias. *Perícia contábil:* uma abordagem teórica, ética, legal, processual e operacional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MAUBOUSSIN, Michael J. Common errors in DCF models. *Legg Mason Capital Management,* [*s. l.*], 16 mar. 2006.

SÁ, Antônio Lopes de. *Perícia contábil.* 10. ed. São Paulo: Atlas 2011.

SANT'ANNA, Akemi Souza Kitagawa. *Manual de orientações para elaboração de laudos e pareceres técnicos pela Assessoria Nacional de Perícia do Ministério Público Federal, relativos à análise de sobrepreço e/ou superfaturamento em licitações, objeto de processos judiciais e extrajudiciais.* Brasília: MPF, 2020.

ZITZEWITZ, Eric. Forensic economics. *Journal of Economic Literature,* Pittsburgh, v. 50, n. 3, p. 731–769, set. 2012.

CAPÍTULO 10

PERÍCIA EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

Marcelo Caiado
Winícius Ferraz

1 · CRIMES INFORMÁTICOS

Neste século, o uso da internet e dos recursos tecnológicos associados tornou-se imprescindível às organizações (públicas e privadas), aos indivíduos e à sociedade de forma geral. As pessoas buscam conhecimento, procuram novas relações pessoais, executam atividades profissionais ou simplesmente intentam se divertir a partir de um dispositivo conectado à rede mundial de computadores. As corporações, por sua vez, também são cada vez mais dependentes da tecnologia da informação e comunicação para se comunicarem com parceiros, fornecedores e clientes, bem como para otimizarem os processos de produção e prestação de serviços.

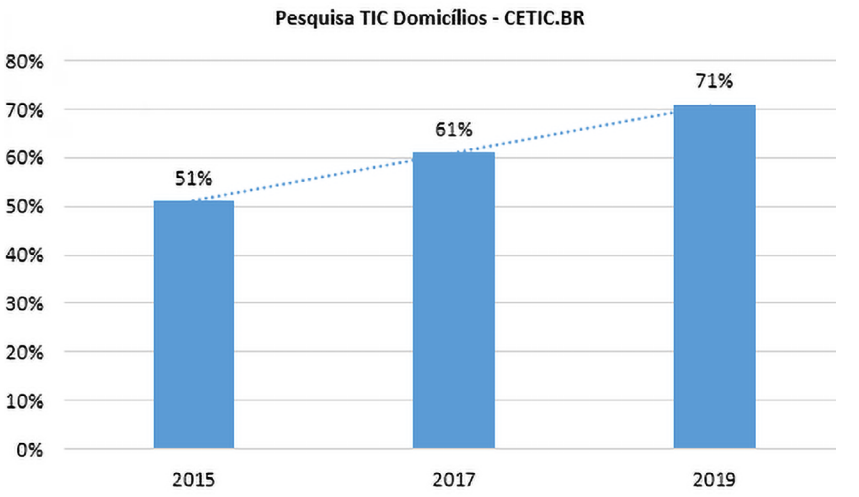
Em relação ao acesso à Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) no Brasil, convém mencionar alguns indicadores da pesquisa intitulada *TIC Domicílios*, realizada periodicamente pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br). Segundo essa pesquisa, em 2019,[296] 71% dos lares brasileiros possuíam acesso à internet. Em 2017,[297] a mesma pesquisa apontava 61% para esse

296 COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2019*. São Paulo: CGI.br, 2020. Disponível em: https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2019/domicilios/A4/expandido/. Acesso em: 18 ago. 2020.

297 COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2017*. São Paulo: CGI.br, 2018. Disponível em: https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2017/domicilios/A4/expandido. Acesso em: 18 ago. 2020.

mesmo indicador, e, em 2015,[298] apenas 51% das residências brasileiras dispunham de acesso à rede mundial de computadores. A figura a seguir ilustra esses números e a tendência de crescimento:

FIGURA 1 · PERCENTUAL DE DOMICÍLIOS BRASILEIROS COM ACESSO À INTERNET



Fonte: Comitê Gestor da Internet no Brasil (2016, 2018, 2020).

Outro interessante indicador da mesma pesquisa refere-se à quantidade de indivíduos no Brasil que já tiveram contato com a internet. Em 2019,[299] o estudo do Cetic.br concluiu que 80% dos indivíduos já haviam acessado a internet alguma vez na vida, independentemente do meio. Já em 2017,[300] a pesquisa afirmou que 74% das pessoas possuíam essa experiên-

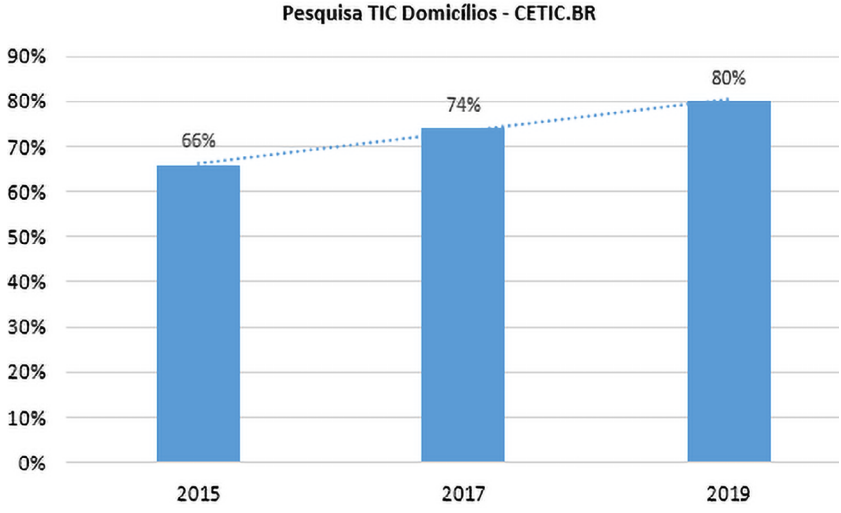
298 COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2015* – Indivíduos. São Paulo: CGI.br, 2016. Disponível em: https://www.cetic.br/pt/tics/domicilios/2015/individuos/C1/. Acesso em: 18 ago. 2020.

299 COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2019* – Indivíduos. São Paulo: CGI.br, 2020. Disponível em: https://www.cetic.br/pt/tics/domicilios/2019/individuos/C1. Acesso em: 18 ago. 2020.

300 COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2017* – Indivíduos. São Paulo: CGI.br, 2018. Disponível em: https://www.cetic.br/pt/tics/domicilios/2017/individuos/C1/. Acesso em: 18 ago. 2020.

cia, e, por fim, em 2015,[301] esse índice era de apenas 66%. A figura a seguir ilustra esses números e a tendência de crescimento:

FIGURA 2 · PERCENTUAL DE INDIVÍDUOS QUE JÁ ACESSARAM A INTERNET



Fonte: Comitê Gestor da Internet no Brasil (2016, 2018, 2020).

Outro indicador relevante ilustra a relação comercial entre os indivíduos e as empresas no âmbito da internet. Ainda segundo a pesquisa *TIC Domicílios* de 2015, 2017 e 2019: 39%, 35% e 39% dos indivíduos, respectivamente, efetivaram compras de produtos ou serviços pela internet nos doze meses anteriores à pesquisa. Apesar de certa estabilização nesses números, vale mencionar o relatório apresentado pela Neotrust/Compre&Confie – empresa de inteligência de mercado focada em *e-commerce*. Segundo o documento, devido à pandemia causada pela Covid-19, 2020 foi o ano da primeira compra online para 13% dos brasileiros.[302] Foram realizados 132,6 milhões de compras

301 COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2015* – Indivíduos. São Paulo: CGI.br, 2016b. Disponível em: https://www.cetic.br/pt/tics/domicilios/2015/individuos/C1/. Acesso em: 18 ago. 2020.

302 Disponível em: https://mercadoeconsumo.com.br/2020/08/06/primeiro-semestre-tem-1326-milhoes-de-compras-feitas-pela-Internet/. Acesso em: 11 nov. 2020.

online em 2020, o que significa um incremento de 73,4% em relação ao mesmo período de 2019.

Sob outra perspectiva, a reboque do maior acesso à tecnologia neste século e dos inúmeros benefícios gerados por ela, cresceram as práticas ilícitas utilizando direta ou indiretamente os sistemas informatizados. De mesmo modo, os autores Felipe B. Caiado e Marcelo Caiado[303] caracterizam como fato notório que as tecnologias novas, responsáveis por permitir o desenvolvimento e a automação dos processos de negócio, por outro lado também possibilitam formas do inadequado uso dos computadores e afins.

Um exemplo bastante emblemático do uso criminoso dos recursos tecnológicos ocorreu em novembro de 2020, quando o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sofreu o pior ataque cibernético da história do Brasil, conforme matéria publicada no portal *TechMundo*.[304]

Mister registrar que, apesar de esse tipo de delito e as tentativas de enfrentamento virem ganhando força neste século, segundo o jurista alemão Ulrich Sieber, há registros do início da década de 1970 do século XX dos primeiros tipos penais destinados a proteger a vida privada diante das novas formas armazenamento, transmissão e processamento de dados que surgiam nessa época.[305]

Ainda de acordo com o jurista germânico, num segundo momento, nos anos 1980 do mesmo século, o foco da legislação nesse âmbito passou a ser o combate aos crimes econômicos praticados mediante dispositivos informáticos. Numa terceira etapa, essas normas penais passaram a tratar com mais atenção a salvaguarda da propriedade intelectual, em especial o combate à pirataria. Por fim, a quarta e atual fase desse processo evolutivo passou a se atentar primordialmente ao Direito Internacional e à necessária cooperação entre Estados para o combate dos crimes cibernéticos.

---

303 WELCH, 2007, p. 2781-2782 *apud* CAIADO, Felipe B.; CAIADO, Marcelo. Combate à pornografia infantojuvenil com aperfeiçoamentos na identificação de suspeitos e na detecção de arquivos de interesse. *In*: BRASIL. Ministério Público Federal. *Crimes cibernéticos* – 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Brasília: MPF, 2018. (Coletânea de Artigos; v. 3). p. 11. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/coletanea_de_artigos_crimes_ciberneticos. Acesso em: 18 ago. 2020.

304 Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/seguranca/206233-ataque-hacker-ter-atingido-stj-pf-investiga.htm/. Acesso em: 15 nov. 2020.

305 KIST, Dário José. *A prova digital no processo penal*. Leme: JH Mizuno, 2019. p. 66.

Relativamente ao termo "crimes informáticos", importante consignar que a doutrina, a jurisprudência e até as normas legislativas, em muitas vezes, ao redor do mundo, também empregam diferentes nomenclaturas: cibercrimes, crimes tecnológicos, crimes telemáticos, crimes de internet, crimes por computador, crimes cibernéticos, entre outras. Em âmbito europeu, no entendimento do autor Dário José Kist, há uma preferência pelo termo "cibercrime", em muito condicionada pela Convenção sobre o Cibercrime, Budapeste, 2001.

No Brasil, ainda segundo Kist, em boa parte pela Lei n. 12.737/2012, em cujo enunciado consta que esta "[d]ispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos", há uma tendência pelo uso do termo "crimes informáticos". Dessa forma, em regra, quando referenciados neste capítulo, os autores optaram pelos termos "cibercrimes" e "crimes informáticos".

1.1 · TIPOLOGIA DOS CRIMES INFORMÁTICOS

Sobre a tipologia dos crimes informáticos há algumas correntes divergentes. Uma forma de abordar essa questão seria visualizar a cibercriminalidade em sentido amplo e em sentido estrito. A primeira abarcaria toda e qualquer atividade criminosa executada por meios informáticos, seja ela direcionada especificamente a sistemas cibernéticos ou apenas como instrumento para a prática de um crime comum. A segunda, mais estrita, abraça a tese de que crimes informáticos contemplariam apenas os delitos em que o elemento digital esteja presente como objeto principal de proteção.[306]

Há quem opte por categorizar os crimes informáticos tendo por base o bem jurídico tutelado. Ulrich Sieber, conforme apresentado por Kist, propôs que esses delitos fossem classificados em quatro espécies:

a. crimes econômicos;

b. ataques à privacidade;

c. transmissão de conteúdos ilegais;

d. outros delitos, incluindo nestes os crimes contra a vida.

Como outro exemplo de observância e classificação dos crimes informáticos, o autor Túlio Vianna,[307] por seu turno, inicialmente considera

306 KIST, 2019, p. 65-66.

307 VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos conforme a Lei n. 12.737/2012*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 29.

que o mero uso de um dispositivo computacional para a execução de um delito, por si só, não configuraria um crime informático, caso o bem afetado não seja objetivamente um dado ou uma informação automatizada. Nas palavras de Vianna, "em rigor, para que um delito seja considerado de caráter informático, é necessário que o bem jurídico por ele protegido seja a inviolabilidade de informações e dados [...]".

Por outro lado, esse autor reconhece que muitos outros literatos também consideram crimes informáticos aquelas infrações penais em que o ativo de TIC serve apenas como um instrumento-meio e, portanto, também não descarta esse entendimento comum. Dessa forma, Vianna resolveu classificar os crimes informáticos em quatro espécies:

a. crimes informáticos impróprios;

b. crimes informáticos próprios;

c. crimes informáticos mistos;

d. crimes informáticos mediatos ou indiretos.

Na visão desse autor, crimes informáticos próprios seriam os delitos em que o bem protegido pela norma é a inviolabilidade das informações em trânsito ou armazenadas. Exemplos clássicos dessa espécie seriam o crime de invasão de dispositivo informático e o crime de inserção de dados falsos em sistema de informações por parte de funcionário público, art. 313-A do Código Penal (CP).

Ainda sob a ótica de Vianna, crimes informáticos impróprios seriam aqueles em que o dispositivo computacional é utilizado como mero instrumento para a execução do crime, mas não existe ofensa à inviolabilidade da informação automatizada. Um exemplo seria o crime de ameaça (art. 147 do CP), passível de ser executado via correio eletrônico ou rede social. Nesse caso, em regra, não há qualquer ataque à inviolabilidade de informações automatizadas.

Por sua vez, os crimes cibernéticos mistos, de acordo com a definição apresentada por Vianna, "[...] são crimes complexos[308] em que, além da proteção da inviolabilidade dos dados, a norma visa tutelar bem jurídico

308 Crimes complexos são os delitos em que há uma fusão unitária de mais de um tipo de crime (HUNGRIA, 1958 *apud* VIANNA; MACHADO, 2013, p. 53).

de natureza diversa". São delitos derivados do ataque ao sistema informatizado. Essa espécie pode ser ilustrada pelo crime de acesso a sistema do serviço eleitoral a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos, conforme se observa na Lei n. 9.504/1997, art. 72, inciso I.

Finalmente, crimes informáticos mediatos (ou indiretos) seriam conceituados como delitos-fim não informáticos que herdaram essa característica do delito-meio informático para possibilitar sua execução. Dessa forma, por exemplo, se determinada pessoa invadir o sistema computacional de um banco e transferir indevidamente recursos financeiros para conta alheia, esse indivíduo estaria cometendo dois diferentes delitos: o crime de invasão de dispositivo informático e o crime de furto, sendo aquele um crime informático e este um delito contra o patrimônio. De todo modo, nesse caso hipotético, o agente somente seria apenado pelo furto, aplicando-se ao caso o princípio da consunção.[309]

Outra perspectiva acerca desse assunto, aparentemente a mais difundida, ao menos no Brasil e a preferida destes autores, é classificar os crimes informáticos simplesmente em próprios ou puros e impróprios ou impuros. Aqueles abrangeriam os delitos cometidos necessariamente em virtude da existência do ciberespaço. Acesso não autorizado a um sistema informático, interceptação ilegal de comunicação telemática e criação de *malwares* com fins ilícitos são bons exemplos de crimes informáticos próprios ou puros.

Por fim, os cibercrimes impróprios ou impuros seriam aqueles passíveis de objetivamente serem executados de forma tradicional no mundo físico, mas no caso concreto seriam praticados via sistemas informatizados. Como exemplo é possível mencionar os estelionatos praticados via internet, os ataques à honra ou as ameaças por meio de dispositivos tecnológicos e a difusão de conteúdo proibido na rede mundial de computadores.

1.2 · TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES INFORMÁTICOS

No Brasil, diferentemente de alguns Estados, não existe lei única, própria ou especial para tipificar os crimes cibernéticos, estando essas tipificações catalogadas em vários normativos, os quais merecem destaque:

309 VIANNA; MACHADO, 2013, p. 35.

QUADRO 1 · COMPILADO DE ALGUNS DOS MAIS COMUNS CRIMES INFORMÁTICOS E SUAS TIPIFICAÇÕES

Crime	Tipificação
Realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.	Lei n. 9.296/1996, art. 10
Obter acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos. Desenvolver ou introduzir comando, instrução ou programa de computador capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa, ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral. Causar, propositadamente, dano físico ao equipamento usado na votação ou na totalização de votos ou a suas partes.	Lei n. 9.504/1997, art. 72, I a III
Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso.	Lei n. 8.069/1990, arts. 241, 241-A a 241-D
Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.	Lei n. 7.716/1989, art. 20

Crime	Tipificação
Violar direitos de autor de programa de computador.	Lei n. 9.609/1998, art. 12
Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.	Código Penal, arts. 138, 139 e 140
Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave.	Código Penal, art. 147
Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.	Código Penal, art. 154-A
Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.	Código Penal, art. 171
Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento.	Código Penal, art. 266
Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.	Código Penal, art. 273
Incitar, publicamente, a prática de crime. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime.	Código Penal, arts. 286 e 287
Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente.	Código Penal, arts. 313-A e 313-B

Fonte: Elaborado pelos autores.

Nesse contexto de análise dos crimes informáticos, é oportuno citar o princípio da transferência criado por Edmond Locard: "Todo contato deixa uma marca". Indo adiante com esse raciocínio, os ensinamentos do perito francês foram sintetizados por Paulo Leland Kirk nas seguintes palavras:[310]

> Quaisquer que sejam os passos, quaisquer objetos tocados por ele, o que quer que seja que ele deixe, mesmo que inconscientemente, servirá como uma testemunha silenciosa contra ele. Não apenas as suas pegadas ou dedadas, mas o seu cabelo, as fibras das suas calças, os vidros que ele porventura parta, a marca da ferramenta que ele deixe, a tinta que ele arranhe, o sangue ou sémen que deixe. Tudo isto, e muito mais, carrega um testemunho contra ele. Esta prova não se esquece. É distinta da excitação do momento. Não é ausente como as testemunhas humanas são. Constituem, per se, numa evidência factual. A evidência física não pode estar errada, não pode cometer perjúrio por si própria, não se pode tornar ausente. Cabe aos humanos procurá-la, estudá-la e compreendê-la, apenas os humanos podem diminuir o seu valor.

Enfim, a partir da teoria criada por Locard e do raciocínio desenvolvido por Kirk, é possível concluir que os crimes cibernéticos, apesar de possuírem alguns atributos especiais em comparação a outros crimes, também deixam vestígios, os chamados vestígios digitais.

2 · PROVAS DIGITAIS

Na literatura técnica de crimes cibernéticos, percebe-se que muitas obras mencionam os termos "vestígio digital, evidência digital e prova digital" praticamente como sinônimos. Para o entendimento deste capítulo, a exata distinção não chega a ser algo fundamental, mas ainda assim convém aclarar esses conceitos e suas diferenças sutis, pois em certas situações essa questão não será um mero preciosismo.

Primeiramente, de acordo com o § 3º do art. 158-A da Lei n. 13.964/2019, "vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal". Com base nessa definição, é cabível entender vestígio digital como todo material de cunho informático ou digital, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona a um crime informático.

310 KIRK, Paulo Leland *apud* VELHO, Jesus Antônio (org.). *Tratado de computação forense*. Campinas: Millenium, 2016. p. 18.

Na mesma linha, vestígio digital também pode ser apresentado como "[...] um registro digital que existe em decorrência de uma prévia intervenção humana, tratada aqui como agente motivador direto ou indireto daquele evento".[311]

Já uma evidência digital representa o vestígio digital que, após analisado pelo corpo técnico, se mostra diretamente relacionado ao caso investigado. A partir do momento em que estiver ratificado o vínculo entre o vestígio digital e o delito, esse vestígio pode ser denominado de fato uma evidência digital. Supletivamente a essa explicação, convém citar conceito de evidência digital proposto por Casey:[312]

> Uma evidência digital pode ser entendida como qualquer dado armazenado ou transmitido utilizando-se um computador, de maneira que com este dado seja possível demonstrar ou refutar uma hipótese acerca de um evento; ou ainda que este forneça elementos críticos determinantes num caso investigado, tal como premeditação, dolo, álibi etc.

Em um exemplo hipotético, os vestígios digitais podem ser uma sequência de registros armazenados em uma estação de trabalho por algum *software* cliente de e-mail. Uma vez que o perito extraia as informações dispostas nesses vestígios, poderá ser possível verificar objetivamente a existência de vínculo entre esses vestígios digitais e o suposto delito, apresentando então uma evidência digital de que, por exemplo, um e-mail delituoso partiu da estação de trabalho periciada.

Nessa linha de desenvolvimento, a depender do caso concreto, uma evidência digital, por sua vez, poderá se tornar uma prova digital, que pode ser definida como uma informação transmitida ou memorizada, em formato binário, apta a ser utilizada como parte do conjunto probatório no âmbito de uma ação penal, cível ou administrativa.

Em resumo, podemos entender o vestígio digital como um dado digital que possa ter relação com o fato investigado. Já a evidência digital pode ser considerada um vestígio digital analisado e comprovadamente relacionado ao caso concreto. A prova digital, por sua vez, é a evidência digital formalizada no contexto do processo.

---

311 BRASIL. Ministério Público Federal. *Roteiro de atuação de crimes cibernéticos*. 3. ed. Brasília: Ministério Público Federal – 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2016. p. 158. Disponível sob demanda em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes. Acesso em: 20 ago. 2020.

312 BRASIL, 2016, p. 163.

Superadas as diferenças conceituais entre vestígio, evidência e prova digital, convém deixar transparente que estes autores, ao longo deste capítulo, os tratarão como sinônimos, dando preferência ao termo "prova digital".

2.1 · ESPECIFICIDADES DAS PROVAS DIGITAIS

As provas digitais intrinsecamente possuem atributos que as tornam peculiares quando comparadas a provas de outras áreas de conhecimento. Algumas dessas especificidades, de forma muito didática, estão listadas a seguir:[313]

a. imaterialidade ou invisibilidade;

b. volatilidade;

c. fragilidade;

d. dispersão.

Em que pese um computador ou um *smartphone* conseguirem criar e armazenar dados telemáticos de inúmeros tipos, caso esses dispositivos sejam abertos, tais dados podem não estar visíveis a olho nu. Aquilo que o usuário escreve, lê ou ouve utilizando um dispositivo de TIC envolve um complexo processo eletrônico de forma quase transparente. De forma mais objetiva, enquanto a prova analógica, em regra, é material por natureza, a prova digital é essencialmente composta por *bits*.

Uma prova digital pode ser volátil pois, a partir de uma ação do usuário (intencional ou não) ou do próprio sistema informático, pode facilmente desaparecer. Por exemplo, uma sequência de *bits* que, num certo instante, esteja armazenada na memória RAM de um computador pode sumir no milésimo de segundo seguinte devido à gestão do sistema operacional ou mesmo caso ocorra uma interrupção no fornecimento de energia elétrica.

Em relação à fragilidade, uma prova digital carrega esse atributo, pois os dados ou os metadados associados podem ser manipulados facilmente, quando em comparação às provas físicas comuns. De igual forma, essa manipulação pode ocorrer por responsabilidade do próprio usuário ou do sistema operacional.

313 KIST, 2019, p. 115-116.

Outro predicado consiste na possibilidade de partes da mesma prova digital estarem situadas em locais diferentes. Essa dispersão existe em duas dimensões. De um lado, certos dados ou provas digitais podem estar mantidos em diferentes locais, mas inseridos no mesmo sistema informático. Por exemplo, é factível que parte de uma prova digital esteja armazenada em disco rígido e outra parte na memória RAM. De outro lado, a segunda dimensão da dispersão está relacionada à natureza geográfica, ou seja, as partes que compõem o todo de uma prova podem estar mantidas em locais físicos totalmente distintos. Os melhores exemplos são os serviços de nuvem, que atualmente mantêm suas estruturas e dados dispersos em vários locais do mundo.[314]

Ainda acerca das especificidades das provas digitais, é salutar mencionar o documento *Request for Comments (RFC) 3227*, que apresenta as diretrizes para coleta e manutenção de evidências digitais (ou provas digitais). Segundo essa norma técnica, é basal que uma prova digital detenha as seguintes características:[315]

a. admissibilidade;

b. autenticidade;

c. completude;

d. confiabilidade;

e. credibilidade.

Uma prova digital é considerada admissível quando está em plena conformidade com a legislação local. O segundo atributo, a autenticidade, deve ser capaz de interligar positivamente o material probatório ao fato investigado. Complementarmente, na interpretação do advogado Thiago Vieira,[316] esse atributo também contempla a integridade da evi-

314 KIST, 2019, p. 120.

315 INTERNET ENGINEERING TASK FORCE. RFC 3227 – Guidelines for evidence collection and archiving. Fremont: IETF, 2002. Disponível em: https://www.ietf.org/rfc/rfc3227.txt. Acesso em: 19 ago. 2020.

316 VIEIRA, Thiago. Aspectos técnicos e jurídicos da prova digital no processo penal. *In*: SEMINÁRIO NACIONAL DO INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 8., 2019, Salvador. *Palestras* [...]. Salvador: IBADPP, 2019. Disponível em: http://www.ibadpp.com.br/aspectos-tecnicos-e-juridicos-da-prova-digital-no-processo-penal-por-thiago-vieira/. Acesso em: 14 ago. 2020.

dência. Essa qualidade "diz respeito à imutabilidade da evidência e pode ser aferida através de comparações de resumos matemáticos".[317]

O terceiro aspecto, a completude, tem o objetivo de relatar o fato na integralidade, não apenas sob a ótica de uma das partes. Nesse sentido, segue valorosa lição do professor Geraldo Prado:[318]

> O conhecimento das fontes de prova pela defesa é fundamental, porque a experiência histórica que precede a expansão da estrutura trifásica de procedimento penal, adequada ao modelo acusatório, contabiliza a supressão de elementos informativos como estratégia das agências de repressão que fundam as suas investigações em práticas ilícitas.
>
> Não custa sublinhar que apenas inadvertidamente eventual autor de ilicitudes probatórias permitiria a chegada ao processo de traços das referidas ilicitudes.
>
> Por isso, o exame da legalidade da investigação criminal concentrado com exclusividade no material apresentado pelo acusador em juízo é, de regra, inócuo ou no mínimo insuficiente.

Adicionalmente, interligada à completude, mister citar a Súmula Vinculante n. 14[319] do Supremo Tribunal Federal: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

De forma inequívoca, o STF ratificou o direito do defensor ao acesso amplo, irrestrito, de forma integral às provas, inclusive às digitais, utilizadas ao longo de um procedimento investigatório. Ademais, esse entendimento cria algumas responsabilidades diretas aos órgãos de investigação, em especial aos Ministérios Públicos e às polícias judiciárias.

De forma ilustrativa, ao longo de uma investigação, o Ministério Público (MP) pleiteia ao Poder Judiciário autorização de quebra de sigilo telemático de certo investigado. O magistrado defere o pedido e emite a ordem judicial destinada a determinado provedor de aplicação na internet. Essa

---

317 Também conhecidos como valores *hash* ou *messages digest*.

318 PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia de prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 72.

319 Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230. Acesso em: 14 nov. 2020.

empresa, por sua vez, encaminha a massa de dados telemáticos ao MP, que, ao analisá-los, localiza uma mensagem eletrônica útil ao conjunto probatório. Nesse contexto, o defensor do representado poderá requerer acesso a toda a massa de dados, não apenas ao e-mail pontual utilizado como prova na investigação. Supletivamente, essa interpretação gera diversas consequências à manutenção da cadeia de custódia[320] desse ativo digital.

A confiabilidade, por sua vez, consiste em não haver fatos, relacionados à coleta e ao tratamento da evidência, que lancem dúvidas sobre a real autenticidade e veracidade. Essa necessária característica está ligada intimamente à capacitação dos profissionais envolvidos e aos métodos utilizados ao longo do trabalho pericial.

Por fim, o quinto traço, a credibilidade, propõe que a evidência seja compreensível por seus julgadores. Nesse sentido, vale este trecho redigido por Vacca:[321]

> Não faz sentido apresentar a saída binária se o júri não tiver ideia do que tudo isso significa. Da mesma forma, se você apresentá-los com uma versão formatada e compreensível do humano, você deve ser capaz de mostrar a relação com o original binário, caso contrário, não há como o júri saber se você o falsificou.

Adicionalmente, a norma técnica ABNT ISO/IEC 27037:2013, por seu turno, afirma que uma prova digital deve ser sustentada por três princípios fundamentais:[322]

a. relevância;

b. confiabilidade;

c. suficiência.

Para essa norma, uma prova digital é considerada relevante quando está apta a provar ou refutar algum elemento de um caso. Confiabilidade significa "garantir que a evidência digital seja o que pretende ser". Está

320 O tema "cadeia de custódia" não será abordado a fundo neste momento, pois é alvo de capítulo específico no segundo volume desta obra.

321 VACCA, 2005 *apud* VIEIRA, 2019.

322 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO/IEC 27037*: diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

diretamente relacionada à manutenção da integridade e à garantia de autenticidade da evidência. Por último, o conceito de suficiência implica que o profissional responsável pela coleta e aquisição da evidência digital deve colher "potencial evidência digital suficiente para permitir que elementos de questão sejam adequadamente examinados ou investigados".

2.2 · MANUSEIO DAS PROVAS DIGITAIS

Percebe-se que, conforme apresentado ao longo da exposição das especificidades da prova digital, algumas delas estão intimamente vinculadas à qualidade do tratamento ou manuseio do ativo digital. Acerca desse tema, em domínio penal, é fundamental aos envolvidos o entendimento da seção "Do Exame de Corpo de Delito, da Cadeia de Custódia e das Perícias em Geral", no Código de Processo Penal (CPP), e, na esfera civil, da seção "Do Perito", no Código de Processo Civil (CPC). De todo modo, é possível destacar alguns pontos.

Primeiramente, o art. 158 do CPP ratifica que "quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado". Além disso, o art. 159 é taxativo ao afirmar que o exame pericial em âmbito penal deve ser realizado por perito oficial,[323] portador de diploma de curso superior.[324] Já na esfera civil, o CPC, em seu art. 156, afirma que "o juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico".

Além disso, é fundamental que a prova ou potencial prova digital seja tratada mediante os procedimentos técnicos adequados. As orientações e diretrizes acerca do tratamento desse tipo de prova costumam variar a depender da fonte pesquisada. O National Institute Standards of Technology (NIST), por exemplo, a partir da publicação SP 800-86,[325] defende que esse processo deva ocorrer em quatro etapas:

323 Na esfera federal, o perito oficial é o perito criminal federal, cargo vinculado ao Departamento de Polícia Federal.

324 O CPP também aponta algumas exceções para essa regra.

325 NATIONAL INSTITUTE STANDARDS AND TECHNOLOGY. *Guide to integrating forensic techniques into incident response*. NIST Special Publication 800-86. Gaithersburg: NIST, 2006. Disponível em: https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-86/final. Acesso em: 18 ago. 2020.

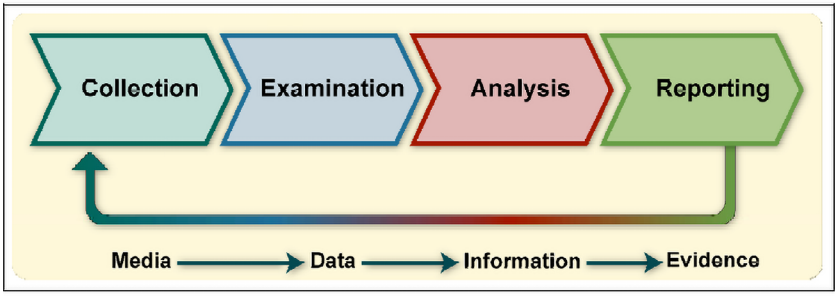
a. coleta;

b. exame;

c. análise;

d. formalização.

FIGURA 4 · FLUXO DE TRATAMENTO DA PROVA DIGITAL



Fonte: National Institute Standards and Technology (2006).

Na primeira etapa, os dados relacionados a um evento específico são identificados, rotulados, registrados e coletados, observando-se com especial cuidado a manutenção da integridade. Na fase denominada exame, ferramentas forenses e técnicas apropriadas para cada tipo de dado coletado são utilizadas para extrair informações relevantes.

A próxima fase, a análise, envolve o estudo dos resultados da fase anterior com o objetivo de obter informações específicas do caso que deu origem ao tratamento da evidência. Na sequência, a formalização aborda o relato dos resultados de todo o trabalho, podendo incluir a descrição das ações executadas, dos procedimentos e das ferramentas utilizadas.

Em igual sentido, a RFC 3227 apresenta diretrizes para coleta e arquivamento das evidências digitais. Na seção denominada "Procedimentos de Coleta", o documento sugere que as organizações mantenham um procedimento de coleta tão detalhado quanto possível com o objetivo de minimizar a quantidade de tomadas de decisão necessárias durante o processo de execução da coleta.

Adicionalmente, essa RFC destaca que o procedimento de coleta da evidência deve ser transparente e reprodutível. Os executores devem estar

preparados para repetir com precisão os métodos utilizados e ter esses métodos testados por especialistas independentes. Além disso, é estabelecida uma coleção de passos técnicos para a coleta da evidência, que pode ser consultada diretamente na seção 3.2 do mencionado documento.

Em relação ao arquivamento, o documento técnico defende que sejam utilizadas mídias já comumente manipuladas para armazenamento da evidência na organização, evitando assim tecnologias obscuras. Por fim, também existe orientação no sentido de que o acesso à evidência digital seja estritamente restrito e claramente documentado.

De maneira complementar, vale citar o processo de manuseio de evidências digitais indicado pela norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013. Ela destaca que o seu escopo se refere somente ao processo inicial de manuseio digital, composto por:

a. identificação;
b. coleta;
c. aquisição;
d. preservação.

A fase de identificação contempla a pesquisa, o reconhecimento e a documentação de potencial evidência digital, considerando também a priorização da coleta baseada na volatilidade da evidência. Uma vez identificadas, as evidências estão aptas à fase de coleta. Coleta é a etapa, ou subprocesso do processo de manuseio da evidência digital, na qual evidências digitais em potencial são removidas de sua localização original para um laboratório ou ambiente controlado. Nessa etapa, abordagens diferentes podem ser necessárias a depender do estado do ativo.

A terceira etapa, aquisição, contempla a produção da cópia da evidência digital e a documentação dos métodos utilizados nessa atividade. Aspectos como situação da evidência, custo de execução da etapa e tempo devem ser considerados pelo perito, bem como registrados os motivos de cada decisão. Segundo a norma, é recomendável que todos os métodos utilizados para adquirir uma evidência digital sejam reproduzíveis ou verificáveis por profissional independente e capacitado.

A última etapa, preservação, prega que a "[...] evidência digital seja preservada para garantir sua utilidade na investigação". Essa fase envolve o armazenamento de potencial prova digital com o objetivo primário de protegê-la contra espoliação ou adulteração. Ademais, um ponto importante citado na norma que merece destaque:

> [R]ecomenda-se que o processo de preservação seja iniciado e mantido durante o processo de manuseio da evidência digital, começando da identificação do dispositivo digital que contém a potencial evidência digital.

Assim, considerando essas definições, a figura a seguir ilustra, de forma macro, o processo de manuseio de evidência digital proposto pela NBR ISO/IEC 27037:2013:

FIGURA 5 · PROCESSO DE TRATAMENTO FORENSE DA EVIDÊNCIA DIGITAL – ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013

Fonte: Elaborada pelos autores.

Na próxima seção serão abordadas as principais questões técnicas acerca das perícias em computadores e dispositivos de armazenamento, sendo as perícias em internet e em dispositivos móveis apresentadas nas seções seguintes.

3 · PERÍCIAS EM COMPUTADORES E DISPOSITIVOS DE ARMAZENAMENTO

Conforme já apresentado neste capítulo, a investigação de crimes informáticos deve obedecer a um rito específico, onde é especialmente importante ser observado que o manuseio de evidência digital possui características intrínsecas, as quais se não forem devidamente consideradas podem comprometer ou até mesmo invalidar toda a investigação.

Nesse sentido, em uma descrição mais extensiva, a perícia cibernética pode ser definida como a preservação, aquisição, análise, descoberta, documentação e apresentação de evidência presente em meio digital (equipamentos computacionais e mídias de armazenamento) com

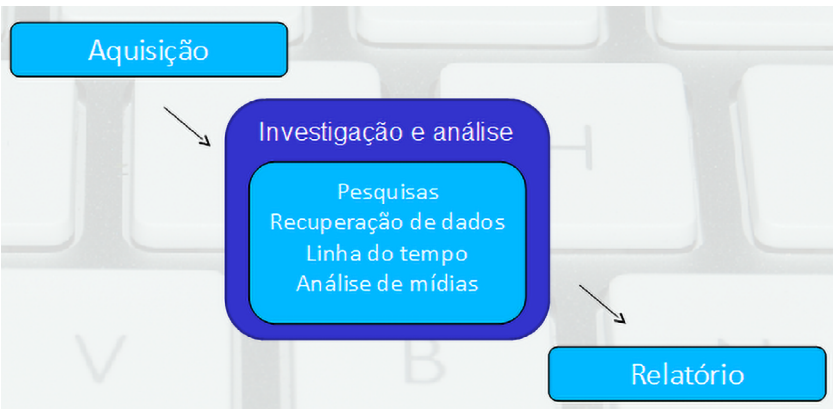
o intuito de comprovar a existência (ou mesmo a ausência) de determinados eventos que possam ter levado à consecução de crimes ou atividades não autorizadas.

Assim, uma vez que as evidências tenham sido adequadamente preservadas, especialmente observando o disposto no art. 158 da Lei n. 13.964/2019,[326] e a aquisição dos dados tenha sido realizada conforme procedimentos forenses, garantindo sempre a cadeia de custódia, deve-se passar para a fase de análise, a qual pode ser a mais demorada, particularmente em investigações com grande volume ou com um elevado nível de complexidade.

Outrossim, a perícia deverá considerar aspectos como o sistema de arquivos, a mídia ou o local onde os dados se encontram armazenados, a codificação utilizada, entre outros, para, a partir daí, empregar técnicas que permitam localizar um conteúdo específico para a investigação, além de incluir aspectos como a restauração de arquivos excluídos, o reconhecimento da assinatura de arquivos e as buscas por palavras-chave.

Nesse sentido, as seguintes etapas devem ser cuidadosamente executadas:

FIGURA 6 · ETAPAS DE UMA PERÍCIA CIBERNÉTICA



Fonte: Elaborada pelos autores.

326 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 1º jan. 2021.

Assim, deve-se:

- Definir qual é o melhor método – pesquisa por palavras-chave, revisão de imagens, análise de internet, utilização de OSINT (fontes de informação abertas), etc.
- Selecionar a melhor ferramenta (em especial no manuseio de arquivos compactados ou ofuscados, como ZIP, PST, JPG, MPEG, Registry do Windows,[327] arquivos .LNK,[328] histórico da internet, etc.).
- Determinar e conduzir a pesquisa.
- Analisar os resultados de sua pesquisa.

O quadro a seguir lista algumas ferramentas utilizadas em forense computacional, sendo a maior parte gratuita, mas algumas podem possuir restrições de uso, as quais devem ser checadas junto ao seu respectivo desenvolvedor.

QUADRO 2 · ALGUMAS DAS MAIS COMUNS FERRAMENTAS UTILIZADAS EM FORENSE COMPUTACIONAL

Ferramenta	Descrição
IPED	*Software* utilizado para processar e analisar evidências digitais. Desenvolvido por peritos da Polícia Federal em 2012, seu código foi publicado no repositório Github em 2019.
FTK Imager	Utilizada para abrir arquivos de cópias forenses, além de, com auxílio de bloqueadores, realizar cópias.
FSum	Utilizado em cálculos de *hashes*.[329]

327 A *Registry* do Windows é uma coleção de arquivos de dados chamados de *Hives*. As *Hives* contêm chaves e valores, sendo as chaves equivalentes a pastas, e os valores os dados armazenados nas chaves. Ela contém diversas informações que englobam *hardware*, definições de usuários, *software* e configuração de sistema.

328 Os arquivos de atalho *.lnk são automaticamente criados pelo Windows e armazenam valiosas informações de arquivos locais e remotos.

329 Um algoritmo de *hash* é uma função matemática que calcula o valor de uma entrada arbitrária de *bits*, gerando uma espécie de assinatura (sumário ou valor de *hash* ou *message digest*) de tamanho fixo (que usualmente varia entre 56 e 512 *bits*) para a evidência, que pode ser um arquivo ou mesmo um disco rígido inteiro. A sua segurança reside no fato de que é computacionalmente fácil calcular o

Ferramenta	Descrição
SIFT Workstation	Coletânea de programas forenses utilizada em treinamentos do SANS Institute, com centenas de programas e uma ótima documentação. Disponível para *download* em duas versões: VMware *appliance* e ISO DVD.
IrfanView	*Software* para visualização e edição de fotos e vídeos, com uma interface que permite facilmente exibir metadados de geolocalização.
EXIF Tool	Utilitário que exibe metadados de milhares de formatos de diferentes arquivos. Foi desenvolvido por Phil Carvey, que constantemente o atualiza.
Maltego	Ferramenta para investigar uma pessoa de interesse a partir de diversos critérios, como, por exemplo, nome ou e-mail.
HTTrack Copier	Usado para cópia completa de sites da internet. Permite gravar com diferentes níveis de iteração com os links das páginas.
XVI32	Bom visualizador e editor portátil de hexadecimal.
CyberChef	Aplicação que roda na internet (cuidado com conteúdos sigilosos) e faz análise e decodificação de dados em dezenas de diferentes formatos.

Fonte: Elaborado pelos autores.

Ademais, ao manusear uma evidência digital, é de extrema importância a manutenção da integridade, que é uma garantia de que a evidência não foi alterada. Desse modo, devem ser estritamente observados os seguintes métodos e processos, que garantem tal integridade: utilização de *hashes*; imagens *bit* a *bit*; acesso limitado a evidência; e cadeia de custódia.

Ressalta-se que a fundamentação científica deve ser constante na perícia, como muito bem ilustrado no trabalho de diversos peritos ao longo de várias décadas, entre os quais se destaca o do médico patologista Bernard Spilsbury,[330] cuja atuação ajudou sobremaneira a retirar a perícia da idade das trevas em que vivia até o início do século XX e a inspirar a ciência da investigação criminal em nossos tempos.

sumário, mas não é possível fazer o inverso. Além disso, o *hash* deve possuir um baixo índice de colisão, ou seja, deve ser bastante difícil encontrar a existência do mesmo sumário em diferentes entradas.

330 EVANS, Colin. *The father of forensics*: the groundbreaking cases of Sir Bernard Spilsbury, and the beginnings of modern CSI. New York: Berkley Books, 2006.

3.1 · CONCEITOS COMPUTACIONAIS

Para entender como deve ser realizada uma perícia cibernética, é fundamental que bem sejam conhecidos alguns conceitos bastante empregados em tecnologia da informação e comunicação, como: *bits*, *bytes*, hexadecimal, ASCII e UTF-8 (Unicode).

Bits são a unidade básica de dados em computação e em telecomunicação, e são comumente simbolizados por 0 ou 1, mas podem assumir valores como verdadeiro ou falso, positivo ou negativo, ligado ou desligado, sendo sempre a representação de um estado entre somente dois possíveis. Os *bits* são agrupados em conjuntos, sendo o conjunto de 8 *bits* comumente chamado de *byte*, o qual é, mais formalmente, conhecido como octeto. Outros agrupamentos de *bits* também são utilizados, como *word* (16 *bits*), *dword* (32 *bits*) e *qword* (64 *bits*).

Para a exibição desses dados, um computador sendo periciado normalmente apresenta os seus *bytes* utilizando uma notação em hexadecimal, em vez de usar o código decimal, este o mais utilizado por nós. Tal notação comporta 16 símbolos, que vão dos dígitos 0 a 9 (do decimal) e, na sequência, do caractere A ao F, existindo outras notações como o Octal, que comporta 8 símbolos (do 0 ao 7).

Cabe destacar ainda que o armazenamento desses dados pode utilizar codificações diferentes, como ASCII (American Standard Code for Information Interchange) e UTF (Unicode Transformation Format), que permitem que um computador armazene e interprete corretamente o valor daquilo que deseja representar. A seguir é ilustrada uma parte da tabela ASCII, com alguns de seus caracteres representados em diferentes bases numéricas, ressaltando que a base hexadecimal é mais usualmente empregada em perícias.

TABELA 1 · EXEMPLOS DE CARACTERES DA TABELA ASCII

Decimal	Hexadecimal	Octal	Binário	Caractere
0	0	000	00000000	**NULL** (*null*)
1	1	001	00000001	**SOH** (*start of heading*)
2	2	002	00000010	**STX** (*start of text*)
65	41	101	01000001	**A**
127	7F	177	01111111	**DEL**

Decimal	Hexadecimal	Octal	Binário	Caractere
128	80	200	11111111	Ç
254	FE	376	11111110	■

Fonte: Elaborada pelos autores.

O ASCII trabalha com 8 *bits* e, assim, possui uma limitação de representação de 256 caracteres, com os 127 últimos na sua tabela estendida, sendo bastante limitado quando pensamos na necessidade de representação de caracteres nos mais distintos alfabetos, além da própria representação de símbolos. Assim, para contornar essa limitação, foi criado o UTF, que possui diferentes especificações, sendo o UTF-8, codificação mais comum do Unicode,[331] largamente o mais utilizado em *websites*,[332] o qual faz uso de até 4 *bytes*, permitindo a representação de mais de 1 milhão de caracteres.

3.2 · SISTEMAS DE ARQUIVOS

O conceito de um sistema de arquivos (*file system*) é fundamentado no endereçamento de arquivos, e não deve ser confundido com sistema operacional. Nesse sentido, cumpre observar que um sistema operacional não é capaz de comunicar-se com um disco rígido físico, sendo necessário criar uma partição[333] como um primeiro passo para escrever em um disco rígido. Após esse particionamento, devem ser criados volumes lógicos, com os quais o sistema operacional conseguirá interagir. As principais características de um sistema de arquivos são: controlar o nome do objeto (arquivo/diretório); controlar o endereço inicial (*cluster*/bloco); controlar a fragmentação do objeto (blocos ou *cluster*s não contíguos); e controlar o *status* de alocação de *clusters*/blocos em todo o volume.

O setor é a menor unidade que pode ser escrita e possui tipicamente 512 *bytes*, sendo o *cluster*[334] a menor unidade endereçável para o sistema

331 Disponível em: https://www.w3.org/International/questions/qa-choosing-encodings.pt-br. Acesso em: 15 dez. 2020.

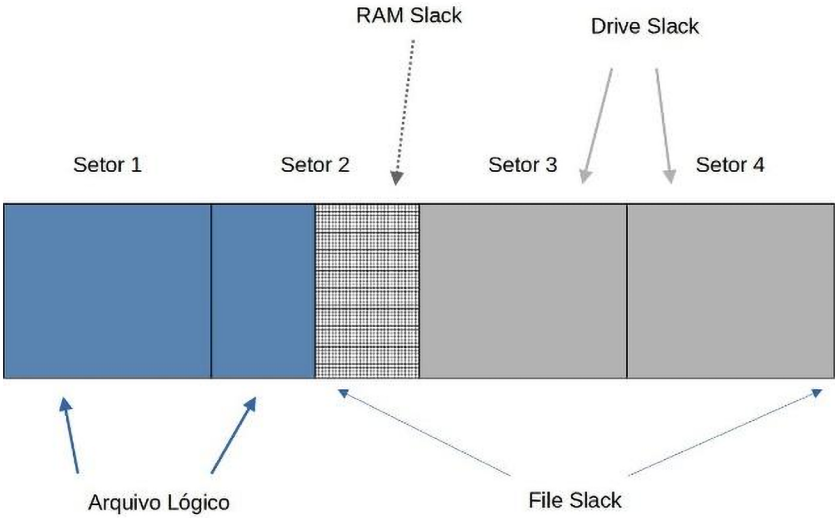
332 Disponível em: https://w3techs.com/technologies/cross/character_encoding/ranking. Acesso em: 15 dez. 2020.

333 Um utilitário para particionamento de discos é o Fdisk, presente em diversos sistemas operacionais como Windows e Linux.

334 *Cluster* é a denominação empregada em sistemas de arquivos como FAT e NTFS, utilizados, por exemplo, pelo Windows, enquanto bloco é a denominação empregada em sistemas de arquivos EXT4, utilizado, por exemplo, no Linux. Wipe.

operacional. Os *clusters* possuem tamanho variável, podendo ser de 1 setor (512 *bytes*) a 128 setores (64 *Kbytes*)[335] ou até mais. Esse agrupamento em *clusters* é necessário para criar um número de endereços possível de ser gerenciado pelo sistema operacional, assim como reduzir a fragmentação de arquivos. Contudo, deve-se ter em mente que quanto maior o tamanho do *cluster*, maior será o desperdício de espaço não utilizado no caso de uso de muitos arquivos de pequeno tamanho. Ademais, *clusters* maiores também apresentam possibilidade um pouco maior de recuperação de conteúdo que, além de apagado, pode ter sido parcialmente sobrescrito, em razão do chamado *slack space*,[336] ilustrado na figura a seguir:

FIGURA 7 · EXEMPLO DE *SLACK SPACE* EM UM *CLUSTER* DE 4 SETORES



Fonte: Elaborada pelos autores.

Os sistemas de arquivos mais comumente encontrados em computadores desktops e mídias de armazenamento são o FAT (File Allocation Table) e o NTFS, ambos da Microsoft. Servidores e desktops com sistema operacional Linux normalmente possuem o EXT4 (Fourth Extended

335 Tamanhos *cluster* padrão para NTFS, FAT e exFAT disponíveis em: https://support.microsoft.com/pt-br/help/140365/default-cluster-size-for-ntfs-fat-and-exfat.

336 *File slack* é a área não utilizada pelo arquivo, dentro do *cluster*, e que abrange exclusivamente os setores não utilizados. Toda a área existente entre o final lógico do arquivo e o final físico do arquivo é denominada *file slack*. RAM *slack* é a porção não utilizada de um setor que precisou ser utilizado parcialmente, pois a menor unidade de gravação é um setor, e, nem sempre, um arquivo preenche *clusters* inteiros.

Filesystem). Cada um desses possui distintos controles de gerenciamento dos arquivos, em que a capacidade de uma perícia computacional varia no sentido de obter informações como o proprietário de um arquivo e os metadados de data e horário (*timestamps*) do arquivo: última modificação, último acesso, criação e entrada modificada. Essas quatro entradas são usualmente conhecidas como *timestamps* MACB ou MACE.

Assim, os *timestamps* apresentam valiosas evidências em uma investigação, auxiliando de grande forma na criação de uma linha do tempo dos incidentes ocorridos. Contudo, tais informações devem ser usadas com cautela, e de preferência com as devidas validações, na medida em que os horários podem ter sido modificados, intencionalmente ou não.

Ainda acerca dos conteúdos apagados por um usuário, vale observar que o sistema operacional não faz a exclusão literal desses, mas apenas marca o espaço por eles correntemente utilizados como estando disponíveis para gravação por outros arquivos. Assim, muitas vezes é possível que um arquivo deletado seja recuperado, desde que os seus respectivos *clusters* não tenham sido sobrescritos. Cabe ressaltar que, se a alocação dos arquivos for destruída ou substituída por outros dados, não há possibilidade alguma de recuperar esse arquivo. Depois de substituído, é inviável recuperar a informação que foi originalmente armazenada. Teoricamente, alguém poderia ser capaz de ler o "resto de magnetização", com uma tecnologia avançada, como MFM (Magnetic Force Microscopy), mas não se sabe se alguém pode realmente fazer isso. Certamente, se existe essa tecnologia, ela não é comercialmente disponível nem acessível.

Cumpre destacar que essa possibilidade de recuperação de arquivos deletados, mas não sobrescritos, se aplica essencialmente a discos rígidos e pendrives, sendo que discos SSD (Solid State Drive) implementam procedimentos como TRIM e coleta de lixo, que podem fazer a exclusão automática e permanente de um arquivo marcado para deleção, independentemente da necessidade de ocorrer alguma ação de sobrescrita no arquivo deletado.

3.3 · METADADOS

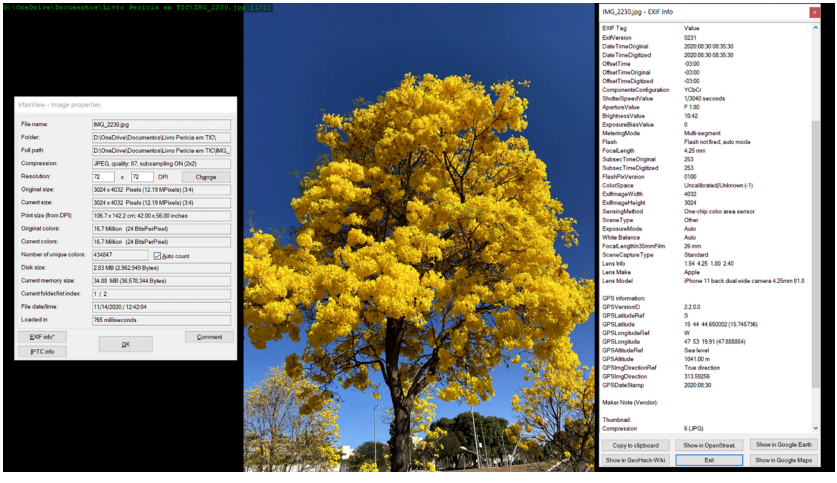
As evidências podem deixar rastros digitais, os quais, muitas vezes, são difíceis de serem apagados pelos criminosos, ou estes simplesmente nem sequer sabem da existência do registro de tais evidências. Um caso bastante curioso em que isso ocorreu foi o da prisão de Dennis Rader, um assassino em série dos EUA, também conhecido como BTK (*Bind, Torture, Kill*), que demorou vários anos até ser preso, e somente o foi após se

comunicar com um jornalista por meio de um documento gravado em um disquete. O que o facínora não sabia é que muitos arquivos digitais possuem metadados (dados que descrevem outros dados). Nesse caso específico o arquivo gravado pelo criminoso era um documento de editor de textos, o qual possuía metadados como o nome do autor do documento e o nome da empresa, o que levou facilmente à identificação e à prisão de um dos assassinos em série mais procurados dos EUA.

Assim, um arquivo digital pode possuir valiosas informações de metadados como data de criação, data de impressão, quantidade de impressões, tempo de edição, entre outras, e até informações como resolução e coordenadas de GPS, especialmente no caso de fotografias que possuam tal suporte (como, por exemplo, no formato EXIF[337]).

Diversas são as ferramentas que possibilitam a exibição de metadados, entre elas o ExifTool, de Phil Harvey, que se encontra disponível para *download* em http://www.sno.phy.queensu.ca/~phil/exiftool/. Uma outra ótima ferramenta gratuita, e que também possui uma grande flexibilidade no trabalho e tratamento de imagens, é o Irfanview, de Irfan Skiljan, com diversos links disponíveis para *download* a partir de http://www.irfanview.com/.

FIGURA 8 · FOTOGRAFIA COM APRESENTAÇÃO DE DADOS EXIF



Fonte: Elaborada pelos autores.

337 "EXIF (Exchangeable Image File) é um padrão que especifica os formatos de imagens, som e tags auxiliares usados por câmeras digitais, scanners e outros sistemas que lidam com arquivos de imagem e som gravados por câmeras digitais." Fonte: https://en.wikipedia.org/wiki/Exif.

Além das informações EXIF, as imagens podem auxiliar em uma investigação mesmo quando tenham sido excluídas e já sobrescritas pelo sistema operacional. No Microsoft Windows são automaticamente gerados arquivos miniatura (*thumbs*) quando um usuário visualiza uma imagem em um diretório qualquer.

Tais miniaturas são armazenadas no arquivo Thumbs.db, que nada mais é do que o arquivo oculto em cada diretório que hospeda imagens. O arquivo Thumbs.db pode armazenar miniaturas de imagens excluídas, e pode incluir ainda o nome original do arquivo e a data e o horário da última modificação.

3.4 · *LOGS*

Os *logs*, conforme já bem demonstrado, podem oferecer informação primordial para iniciar uma investigação, a qual muitas vezes fica bastante comprometida sem o fornecimento devido de dados que possibilitem a identificação de qual usuário estava vinculado a um determinado IP, em um intervalo específico de tempo, o qual tenha sido identificado como potencial origem de um crime ou incidente de segurança.

Nesse sentido, para a devida definição do autor de um crime, em especial a possibilidade de imputar uma responsabilidade partindo da identificação do usuário que estava utilizando um definido IP no momento do cometimento do crime, é essencial que os *logs* estejam disponíveis no momento que forem solicitados.

Inclusive, o Comitê Gestor da Internet Brasileira, em seu documento intitulado *Práticas de Segurança para Administradores de Redes Internet*, recomenda aos provedores de acesso o armazenamento dos *logs* por um período mínimo de três anos, com a utilização de algoritmos criptográficos de *hash* que garantam sua integridade.[338]

Por outro lado, o Marco Civil da Internet (MCI) brasileira, sancionado em 23 de abril de 2014 por meio da Lei n. 12.965, seguiu um caminho contrário ao entendimento do GCI.br e às necessidades das forças da lei brasileiras, ao tratar a questão da guarda de registros (*logs*) de acesso estabelecendo um prazo muito exíguo em relação ao prazo mínimo em que

338 Disponível em: http://www.cert.br/docs/seg-adm-redes/seg-adm-redes.html#subsubsec4.4.2. Acesso em: 13 dez. 2020.

os provedores de conexão à internet e os provedores de aplicação de internet deverão manter os seus registros de acessos. O MCI estabelece que a guarda de registros de conexão na provisão de conexão à internet deverá ser pelo prazo de um ano (art. 13), enquanto o provedor de aplicações de internet deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet pelo prazo de seis meses (art. 15). Não obstante, foi facultado à autoridade policial ou administrativa ou ao Ministério Público requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto na lei.

Ademais, em muitos casos, os sistemas operacionais e os próprios aplicativos ou programas armazenam *logs* e outras informações geradas automaticamente, onde valiosas informações podem ser encontradas para alguma investigação, como, por exemplo, os arquivos salvos automaticamente em um editor de texto, os *logs* de um programa de cópia de DVDs, ou mesmo as informações de acessos e de instalação de programas nas chaves de registro e de outros arquivos de sistema do Windows.

Uma outra importante fonte de informações pode ser os *logs* de servidores, em que se incluem os servidores de aplicação (por exemplo, correio eletrônico), e os servidores de gerenciamento de *logs*, como é o caso com o uso do Syslog e dos Security Information and Event Management System (SIEM), estes também chamados de Enterprise Security Management (ESM). Em muitas organizações é comum observar a existência de *softwares* de segurança, especialmente em seus centros de operação de segurança (SOC – Security Operation Center), onde os *logs* de diversas fontes são agregados em um único *software*, o qual aplica técnicas de normalização e correlação, buscando identificar por tráfego espúrio na rede ou que seja fora do padrão esperado. Assim, é possível que um *log* específico tenha sido excluído, mas o seu conteúdo ainda se encontre replicado nesses *softwares* de segurança.

4 · PERÍCIAS EM LOCAIS DE INTERNET

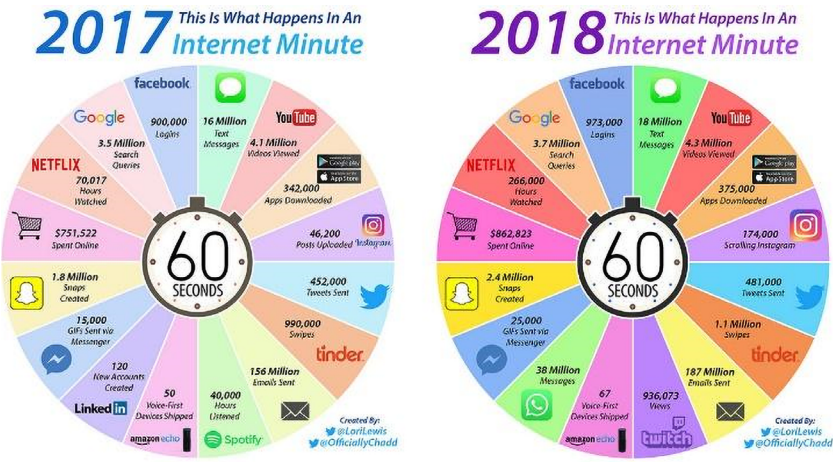
A internet, por sua própria arquitetura, apresenta algumas características bastante desafiadoras para as forças da lei, em especial a localização geográfica, em razão das dificuldades físicas e mesmo jurídicas de acesso aos equipamentos computacionais utilizados no cometimento

de um crime, sendo também muitas vezes complexo determinar quem estava operando um computador, o qual pode ser remotamente acessado ou mesmo fazer uso de *proxies*.

Isso tem sido especialmente verdadeiro desde a ampla adoção da computação em nuvem, que tem características próprias, aliado ao fato de que ainda é possível observar empresas e provedores que não estão devidamente preparados para responder a um incidente de segurança da informação de maneira adequada.

Neste ponto vale mencionar o crescimento ano após ano da massa de dados produzida na rede mundial de computadores e, consequentemente, a crescente importância dela nas investigações de crimes informáticos. Os infográficos produzidos por Lori Lewis e Chadd Callahan ilustram esse cenário de forma didática:

FIGURA 9 · EXEMPLOS DO VOLUME DE DADOS PRODUZIDOS NA INTERNET, POR MINUTO, NOS ANOS DE 2017[339] E 2018[340]

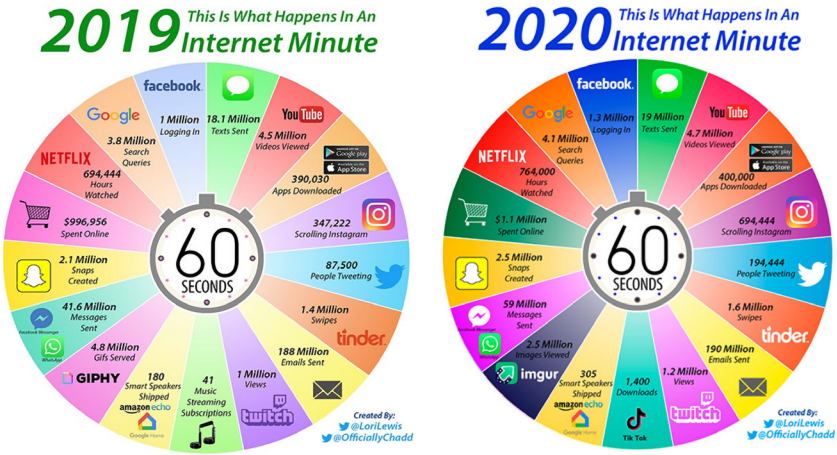


Fonte: LEWIS; CALLAHAN (2017, 2018).

339 LEWIS, Lori; CALLAHAN, Chadd. *2017*: this is what happens in an internet minute. [*S. l.*], 8 mar. 2017. Twitter: @lorilewis. Disponível em: https://twitter.com/lorilewis/status/839475921035874306. Acesso em: 12 jul. 2021.

340 LEWIS, Lori; CALLAHAN, Chadd. *2018*: this is what happens in an internet minute. [*S. l.*], 4 abr. 2018. Twitter: @lorilewis. Disponível em: https://twitter.com/lorilewis/status/981529615884849153. Acesso em: 12 jul. 2021.

FIGURA 10 · EXEMPLOS DO VOLUME DE DADOS PRODUZIDOS NA INTERNET, POR MINUTO, NOS ANOS DE 2019[341] E 2020[342]



Fonte: LEWIS; CALLAHAN (2019, 2020).

Pela análise das imagens, é possível perceber que boa parte dos serviços teve sua utilização incrementada (e consequentemente a massa de dados associada) de 2017 a 2020. Por exemplo, o Facebook, em 2017, possuía, em média, 900 mil *logins* por minuto. Em 2020, esse número saltou para 1,3 milhão de *logins*. O Instagram, por sua vez, em 2018, detinha a marca de 174 mil *scrollings*, em média, por minuto. Já em 2020, chegou a 694.444. Outro serviço que, apesar do surgimento de novas formas de comunicação, ainda se mantém em alta é o bom e velho e-mail. Em 2017, em média, foram enviados 156 milhões de mensagens desse tipo por minuto no planeta. No ano seguinte esse número saltou para 187 milhões, chegando a 190 milhões em 2020.

Assim, grande parte dos provedores de serviços de internet, especialmente de e-mails, também possui escritórios e opera seus servidores em outros países, armazenando os dados e informações de seus usuários brasileiros, inclusive daqueles que sejam alvo de investigações

341 LEWIS, Lori; CALLAHAN, Chadd. *2019*: this is what happens in an internet minute. [*S. l.*], 7 mar. 2019. Twitter: @lorilewis. Disponível em: https://twitter.com/lorilewis/status/1103687442727616523. Acesso em: 12 jul. 2021.

342 LEWIS, Lori; CALLAHAN, Chadd. *2020*: this is what happens in an internet minute. [*S. l.*], 11 mar. 2020. Twitter: @lorilewis. Disponível em: https://twitter.com/lorilewis/status/1237753508201402371. Acesso em: 12 jul. 2021.

pelas forças da lei brasileiras e que têm seu sigilo quebrado após um devido processo legal.

Não obstante, cabe ressaltar que o fato de operar uma infraestrutura de servidores em país distinto do nosso não é válido no Brasil como argumento para uma empresa não fornecer dados requisitados pela justiça brasileira, sendo vasta a jurisprudência que aponta a obrigatoriedade de essas empresas obedecerem ao ordenamento jurídico brasileiro e às decisões da nossa justiça, independentemente de onde os dados estejam armazenados ou onde esteja localizada a sede da empresa.

Além das questões legais em ambientes fisicamente localizados fora do Brasil, é importante observar alguns importantes aspectos,[343] os quais incluem:

- dimensões técnicas, organizacionais e jurídicas;
- dimensões lógicas e físicas;
- possível ausência de controles de mídia e de acesso à infraestrutura física;
- ferramentas e nuvem elásticas;
- necessária cooperação do provedor.

A seguir serão apresentados os principais aspectos que envolvem investigações em mensagens eletrônicas, em sites de internet e em dados telemáticos oriundos de provedores de aplicação na internet.

4.1 · EXAMES EM MENSAGENS ELETRÔNICAS

As investigações de mensagens eletrônicas incluem os e-mails, mas, além destes, é importante determinar se o alvo investigado potencialmente utilizou algum outro meio de comunicação por programas mensageiros eletrônicos, como WhatsApp, Telegram, Signal, entre outros, ou mesmo algum canal de *chat*, o qual, potencialmente, pode armazenar importantes evidências.

O endereço de e-mail do remetente é uma parte que pode ser facilmente alterada, e, além de feita pelos criminosos, essa alteração também

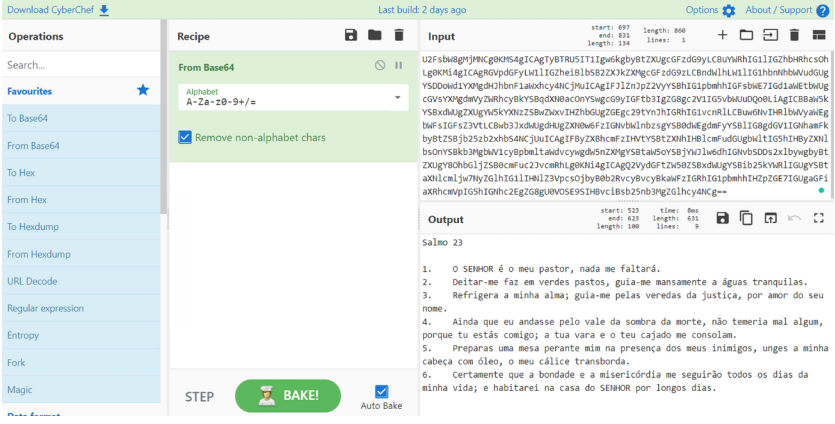
343 CAIADO, Marcelo; MILAGRE, José. Cloud forensics: best practice and challenges for process efficiency of investigations and digital forensics. *In*: INTERNATIONAL CONFERENCE ON FORENSIC COMPUTER SCIENCE – ICoFCS, 8th, 2013, Brasília. *Anais* [...]. Brasília: ABEAT, 2013. Disponível em: http://www.icofcs.org/2013/papers-published.html. Acesso em: 18 jan. 2021.

é bastante realizada por remetentes de e-mails não solicitados (ou *e-mail spam*). Além disso, outros elementos do e-mail, como assunto, anexos, links, geolocalização, endereço IP, etc., devem ser analisados.

A análise de um e-mail deve ser realizada em seu conteúdo o mais intacto possível, devendo-se, para isso, considerar qual a origem disponível em que se encontra o e-mail de evidência. Caso seja por meio de acesso à conta do usuário, diversos programas gerenciadores de e-mail, além de página de *webmail* de provedores, disponibilizam uma opção de envio do e-mail de evidência como anexo, na qual importantes informações são preservadas, especialmente o cabeçalho do e-mail, o qual usualmente não é mantido ao ser encaminhado e pode revelar o real remetente.

Ressalta-se a importância de utilização de ferramentas forenses específicas, pois alguns dados de um e-mail podem ser armazenados em formato BASE64,[344] e uma simples busca textual, sem a devida decodificação desses dados, não irá localizar nenhum conteúdo relevante. A seguir ilustramos um texto codificado em BASE64, e o seu conteúdo devidamente decodificado, com a utilização da respectiva opção na página *CyberChef*:

FIGURA 11 · EXEMPLO DE DECODIFICAÇÃO BASE64



Fonte: https://gchq.github.io/CyberChef/.

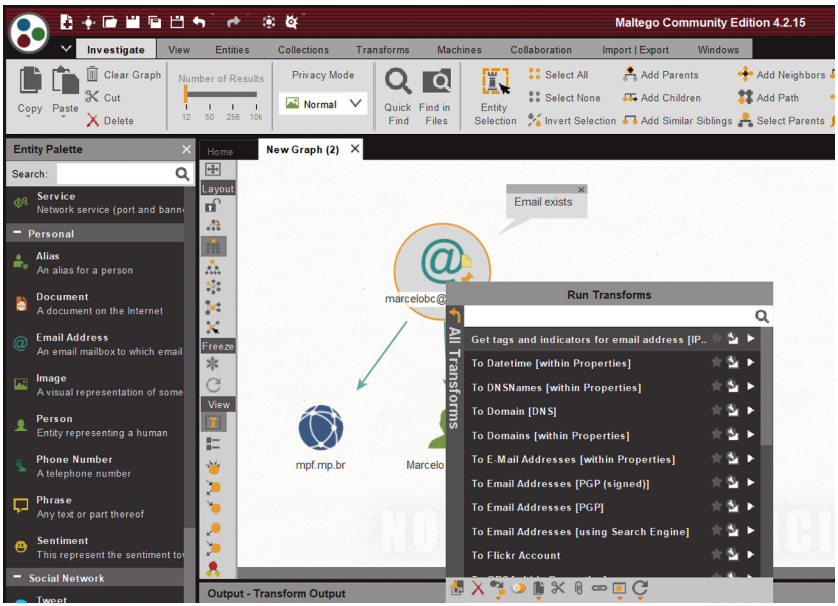
Ademais, os provedores de serviços de internet, quando acionados pela justiça brasileira para fornecer e-mails de alguma pessoa sendo investigada,

344 Este é um método de codificação que permite, por exemplo, o envio de arquivos binários por e-mail, em um meio de transmissão que foi projetado essencialmente para transportar textos. Para isso, faz uso de 64 caracteres em formato ASCII.

possuem formas bastante diversas de fornecimento desses dados, e, muitas vezes, é essencial utilizar alguma ferramenta forense específica que possa extrair, interpretar e indexar esses dados, de forma que o conteúdo seja facilmente analisado. Essa parte é ilustrada em detalhes na seção "Exames em dados oriundos de provedores de aplicação na internet".

Uma outra ferramenta interessante nas investigações de e-mails é o Maltego, da empresa Paterva, que é uma solução paga, mas o desenvolvedor disponibiliza uma versão gratuita mais limitada, chamada de *Community Edition*. Com ele é possível tentar identificar, por exemplo, se um e-mail de fato existe, qual o domínio a que se encontra vinculado, o nome do usuário do e-mail, a geolocalização, entre outros dados, conforme ilustrado na figura a seguir:

FIGURA 12 · INVESTIGAÇÃO DE E-MAIL USANDO O MALTEGO CE



Fonte: Elaborada pelos autores.

Acerca das mensagens trocadas por meio de programas de mensageria instantânea, observa-se que os resultados obtidos em uma perícia de TIC são dependentes de vários fatores, entre os quais destacamos:

- origem dos dados – os resultados podem diferir, para dados obtidos de extração forense de dispositivo móvel, daqueles obtidos por quebra de sigilo telemático em provedores de aplicações de internet;

- *backups* na nuvem – dados excluídos do aparelho ou que não estejam acessíveis nesse dispositivo podem, potencialmente, estar disponíveis e acessíveis em *backups* na nuvem (Google, iCloud, etc.);
- aplicativo utilizado – cada aplicativo possui diferentes características no armazenamento e no tratamento das mensagens recebidas e enviadas, o que implica que diferentes dados possam ser recuperados;
- versão do aplicativo utilizada – as ferramentas forenses possuem diferentes capacidades de recuperação, que podem variar conforme a versão do aplicativo instalado;
- aparelho e sistema operacional – as extrações de ferramentas forenses em dispositivos móveis possuem diferentes resultados, que variam de acordo com o modelo do aparelho, o *chipset*, o sistema operacional e a versão deste.

Um caso bastante emblemático em que os dados de um *chat* foram essenciais para a investigação envolveu o estupro e assassinato da adolescente canadense Kim Proctor por seus colegas de escola Kruse Wellwood e Cameron Moffat. Os dois criminosos planejaram todos os seus passos utilizando o *chat* do World of Warcraft, pois sabiam que outros meios de comunicação armazenavam os *logs* e que isto poderia ser utilizado contra eles no caso de uma possível investigação. Ocorre que não sabiam que os *logs* do *chat* do World of Warcraft também eram armazenados, onde, além de todo o planejamento do crime, eles conversavam frequentemente sobre estupro e servidão sexual. Os registros investigados pela polícia, que também incluíam mensagens do Facebook, do MSN e de texto, alcançaram o equivalente a 1,4 bilhão de páginas impressas.[345]

Infelizmente, nem sempre é possível encontrar evidências suficientes para determinar o autor de um crime ou incidente digital. Como exemplo temos o caso de *cyberbullying* sofrido pela adolescente canadense Amanda Todd, o qual chocou o mundo, pois, antes de cometer suicídio em 2012, ela postou um vídeo no YouTube em que usou cartões para contar sua história,[346] que envolveu chantagem, intimidação e agressões físicas. Apesar da enorme comoção e das

345 Disponível em: http://www.vanityfair.com/culture/2011/10/world-of-warcraft-text-murder-201110. Acesso em: 15 dez. 2020.

346 O vídeo original, sensível e bastante comovente, pode ser visto em: http://goo.gl/8Mse0. Acesso em: 4 jan. 2021.

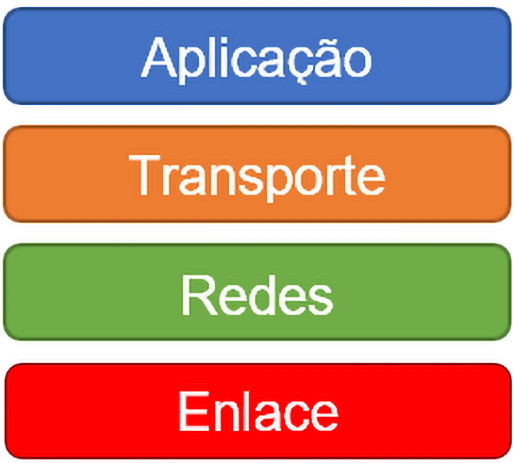
investigações da Real Polícia Montada Canadense, não foi possível chegar ao chantagista que iniciou todo o martírio em que se transformou a vida da jovem Amanda, levando-a ao suicídio.

4.2 · EXAMES EM SITES DE INTERNET

Nos exames periciais ou em investigações sobre sites web (e em e-mails), um dos principais vestígios é o endereço IP associado à ação possivelmente delituosa, bem como a data e a hora do evento. Nesse cenário, importante registrar, mesmo que de forma resumida, alguns pontos relativos à estrutura de funcionamento da internet.

Atualmente, a arquitetura da internet e de boa parte das redes de comunicação de dados é baseada no modelo de referência conhecido como TCP/IP, uma arquitetura mundialmente conhecida, composta por quatro camadas: aplicação, transporte, redes interligadas (ou redes) e enlace. A figura a seguir apresenta essa disposição:

FIGURA 13 · DISPOSIÇÃO DO MODELO TCP/IP



Fonte: Elaborada pelos autores.

A camada de aplicação abarca todos os protocolos de alto nível, aqueles mais próximos à interface do usuário. Entre eles estão o Simple Mail Transfer Protocol (SMTP), o Internet Message Access Protocol (IMAP), o Post Office Protocol (POP), o Domain Name System (DNS),

o File Transfer Protocol (FTP), o Secure Hyper Text Transfer Protocol (HTTPS) e o Hyper Text Transfer Protocol (HTTP).

A camada de transporte, por sua vez, objetiva principalmente que as aplicações localizadas na origem se comuniquem adequadamente com as aplicações mantidas no destino, ou seja, a manutenção de uma comunicação *peer-to-peer*. Os três protocolos mais comuns nessa camada são o Transmission Control Protocol (TCP), o User Datagrama Protocol (UDP) e o Stream Control Transmission Protocol (SCTP).

A camada de redes, por seu turno, é responsável, entre outras coisas, pelo empacotamento dos dados oriundos da camada de transporte em datagramas, pelo roteamento destes e pelo endereçamento de todos os *hosts* conectados à rede. Como exemplos de protocolos que atuam nessa camada é possível citar o Internet Protocol (IP), o Internet Protocol Security (IPSec) e o Internet Control Message Protocol (ICMP).

Finalmente, a camada de enlace, também chamada por alguns autores de camada de interface de rede, determina como os dados serão remetidos pelo canal, seja cabeado ou não. Aqui são tratados aspectos elétricos, mecânicos, de controle de acesso ao meio e de codificação/decodificação dos dados que percorrerão o canal. Como principal exemplo temos o protocolo Ethernet.

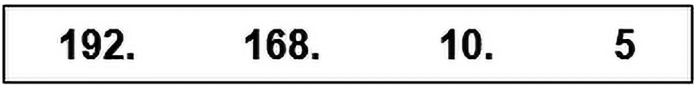
4.2.1 · ENDEREÇAMENTO IP NA INTERNET

Apresentado de forma macro o modelo de referência TCP/IP, cumpre tratar de alguns aspectos relativos ao endereçamento IP. Nesse sentido, é condição básica que todo dispositivo conectado a uma rede baseada no modelo TCP/IP, seja uma rede local ou a internet, possua um identificador, chamado endereço IP.

Nesse contexto, o IPv4[347] foi implementado em 1983 e trabalha com endereçamentos de 4 octetos, totalizando 32 *bits*. Dessa forma, com ele é possível alcançar teoricamente mais de 4 bilhões de endereços IPs, um quantitativo bastante razoável para o início dos anos 1980, mas já insuficiente há algum tempo. A figura a seguir ilustra exemplo de um possível endereço IPv4:

347 Mais informações acerca do IPv4 estão disponíveis em: https://tools.ietf.org/html/rfc79. Acesso em: 10 fev. 2021.

FIGURA 14 · EXEMPLO DE ENDEREÇAMENTO IPV4



Fonte: Elaborada pelos autores.

Desse modo, no intuito de superar a limitação da quantidade de endereços e outras deficiências, em 1993, a Internet Engineering Task Force (IETF), mediante a RFC 1550,[348] formalizou os estudos primários acerca da nova versão do protocolo IP, solicitando à comunidade científica o envio de projetos e propostas para um novo protocolo. Segundo esse documento, as principais questões que deveriam ser abordadas ao desenvolver o projeto seriam: a escalabilidade, a segurança, a configuração e administração de rede, o suporte à qualidade de serviço, a mobilidade, as políticas de roteamento e a transição entre as versões 4 e 6 (nova versão). Finalmente, em 1995, foi publicada via RFC 1752[349] a recomendação final para o IPv6.[350]

Especificamente, em relação à escalabilidade, o endereçamento dessa versão IP foi incrementado para 128 *bits*, em 8 grupos de 4 dígitos hexadecimais, possibilitando assim melhor acomodamento dos endereços da internet. Além disso, destaca-se que atualmente as duas versões ainda trabalham em conjunto na internet. A figura a seguir ilustra exemplo de um endereço IPv6:

FIGURA 15 · EXEMPLO DE ENDEREÇAMENTO IPV6

```
Endereço IPv6 . . . . . . . . . . . : 2804:14c:6584:5a2c:5810:655f:82b2:c0e9
```

Fonte: Capturada pelos autores nas próprias estações de trabalho.

A título de informação complementar, pertinente explicar que no intervalo de tempo entre o nascimento do IPv4 e do IPv6 outras soluções foram implementadas no intuito de amenizar os problemas relacionados ao esgotamento dos endereços válidos na versão 4, como o Network Address Translation (NAT) e o Carrier Grade NAT (CGNAT).

A tecnologia NAT permite que um grupo de *hosts*, numa determinada empresa, por exemplo, tenha acesso à internet por meio de um único endereço válido na rede mundial e de forma transparente ao usuário leigo.

348 Disponível em: https://tools.ietf.org/html/rfc1550. Acesso em: 10 fev. 2021.

349 Disponível em: https://tools.ietf.org/html/rfc1752. Acesso em: 10 fev. 2021.

350 COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Introdução. *IPv6.br*, São Paulo, 15 maio 2012. Disponível em: http://ipv6.br/post/introducao/. Acesso em: 10 fev. 2020.

Por sua vez, o CGNAT é um NAT em larga escala ou uma solução NAT em nível de provedor de conexão. Resumidamente, provedores de conexão à internet estão compartilhando os endereços IPv4 válidos na internet, ao mesmo tempo, para mais de um usuário. Assim, os consumidores passaram a ser identificados, em conjunto, principalmente, por IP, porta de origem do acesso, data e hora. Essa tecnologia traz uma série de implicações, especialmente no tocante à investigação de crimes informáticos na web.[351]

Quanto à organização do endereçamento IP na internet, foram criadas faixas de endereçamento, de forma hierárquica, sendo a Internet Assigned Numbers Authority (IANA) a autoridade raiz, havendo abaixo dela outras autoridades:[352]

a. AFRINIC, responsável pelo continente africano;

b. APNIC, responsável pela Ásia e pela região do Pacífico;

c. ARIN, responsável por Canadá, Estados Unidos e algumas ilhas caribenhas;

d. LACNIC, responsável pela América Latina e por algumas outras ilhas caribenhas;

e. RIPE NCC, responsável pela Europa, pelo Oriente Médio e pela Ásia Central.

Nessa conjuntura, é possível a existência de autoridades em âmbito nacional, como o Comitê Gestor de Internet (CGI) no Brasil. Nesse caso, um provedor de serviço na internet, em regra, deve contratar faixas de endereços IPs válidos via autoridades nacionais.

4.2.2 · IDENTIFICAÇÃO DE IPS NA INTERNET

Primeiramente, é importante ressaltar que, nos casos de investigações/perícias conduzidas pelas forças da lei, convém a execução de todas as ações a partir de um ponto de acesso isolado da rede corporativa, pois isso dificultará a identificação da ação por parte do possível criminoso. Outra boa opção é o uso de serviços de navegação anônima, como o oferecido pelo navegador TOR.[353] A figura a seguir ilustra o acesso ao site

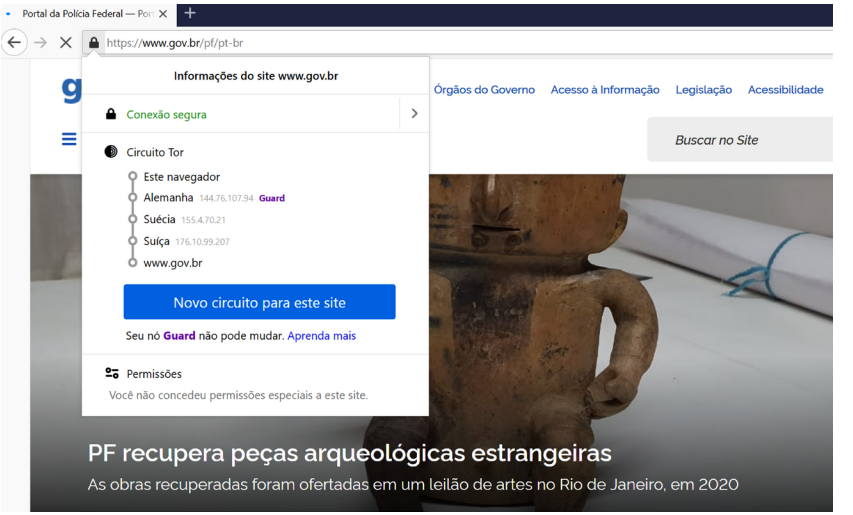
351 Sobre o CGNAT, mais informações disponíveis em: https://youtu.be/uxu0ivaDAnc. Acesso em: 13 fev. 2021.

352 Disponível em: https://www.iana.org/numbers. Acesso em: 10 fev. 2021.

353 Mais informações sobre o navegador TOR estão disponíveis em: https://www.torproject.org. Acesso em: 13 fev. 2021.

da Polícia Federal, utilizando um caminho com três *proxies*,[354] localizados na Alemanha, na Suécia e na Suíça:

FIGURA 16 · USO DO NAVEGADOR E ANONIMIZADOR TOR



Fonte: Imagem capturada pelos autores nas próprias estações de trabalho.

Ademais, como regra geral, as ações do perito irão se concentrar na coleta de evidências que comprovem a materialidade da ação e na tentativa de identificação da autoria do suposto delito. Assim, de forma hipotética, temos que após uma tentativa de ataque de pichação a determinado servidor mantenedor de um site *web*, tenham sido analisados os *logs* e localizados os registros de conexões suspeitas a partir do endereço IPv6 *2804:14c:6584:5a2c:5810:655f:82b2:c0e9*. Como identificar, então, a origem dessa ação?

Uma opção é utilizar algum dos serviços Whois[355] disponíveis na própria internet, em especial o Whois do *Registro.br*[356] e o Whois da IANA.[357] A

354 *Proxy* é um servidor que realiza a ponta entre o usuário e o destino final na internet. Ele age como um intermediário para as requisições dos clientes, para em seguida solicitar recursos de outros servidores.

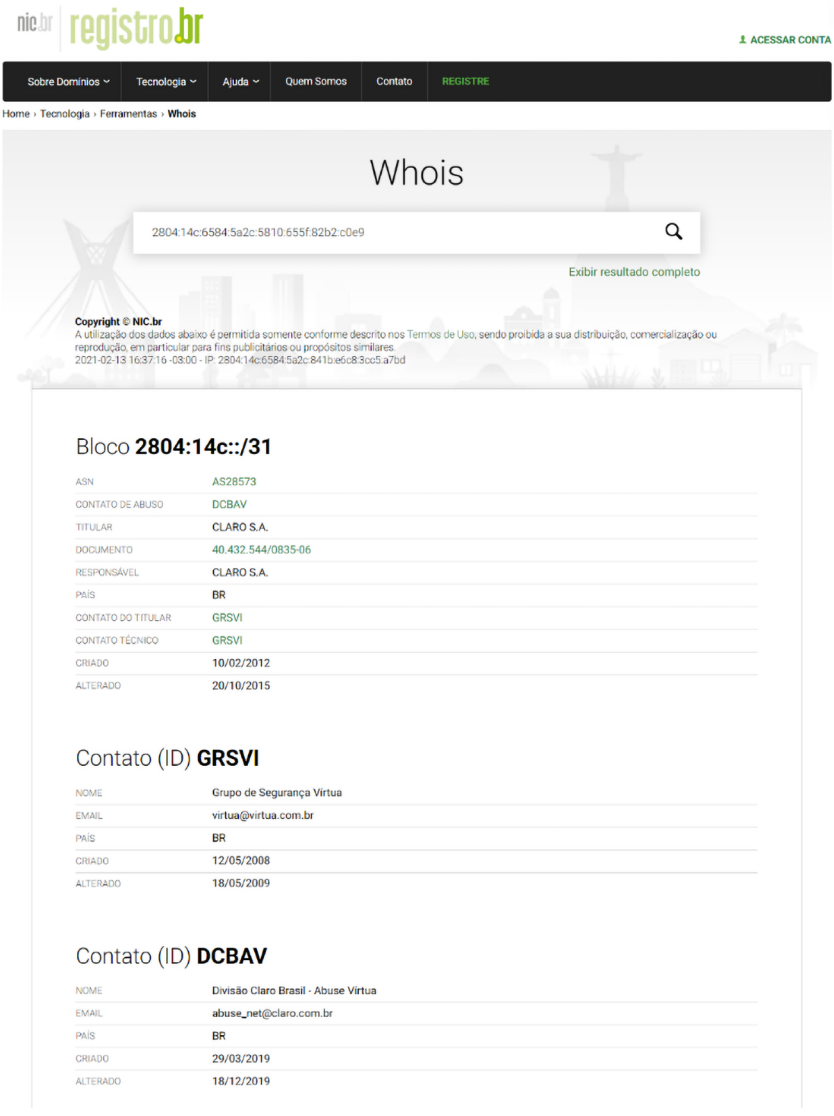
355 Whois, tecnicamente, é um protocolo que oferece um serviço de identificação (contato, endereço e outras informações) de IPs e domínios na internet.

356 O Whois do *Registro.br* está disponível em: https://registro.br/tecnologia/ferramentas/whois/. Acesso em: 14 fev. 2021.

357 O Whois da *IANA* está disponível em: https://www.iana.org/whois. Acesso em: 15 fev. 2021.

figura a seguir ilustra uma consulta realizada via Whois do *Registro.br* pelo endereço *2804:14c:6584:5a2c:5810:655f:82b2:c0e9*:

FIGURA 17 · CONSULTA EXITOSA AO WHOIS DO *REGISTRO.BR*



Fonte: https://registro.br/tecnologia/ferramentas/whois/.

Dentre as informações apresentadas na figura, destaca-se que o bloco de endereços *2804:14c::/31*, e consequentemente o endereço IPv6

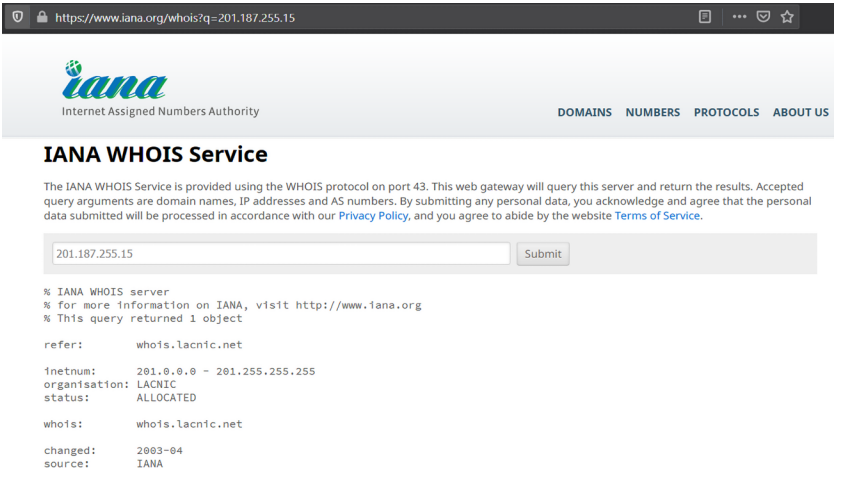
2804:14c:6584:5a2c:5810:655f:82b2:c0e9, é gerido pela empresa Claro S.A. A partir daí, nos termos do Marco Civil da Internet, um membro do Ministério Público ou um delegado de polícia, por exemplo, poderão requerer ao Poder Judiciário a quebra do sigilo telemático da conexão identificada no *log* do servidor. Dessa forma, caso deferido o pedido, a Claro S.A. deverá apresentar ao requerente os dados cadastrais do cliente que utilizava o IP *2804:14c:6584:5a2c:5810:655f:82b2:c0e9*, na data e hora do evento investigado, e com isso identificar a origem[358] da ação.

Por outro lado, conforme já mencionado na seção anterior, o CGI, mantenedor do *Registro.br*, é a autoridade responsável pela gestão dos IPs válidos na internet em âmbito brasileiro; ou seja, os demais endereços, como os associados aos domínios de primeiro nível ".org" ou ".com", não estão sob gestão do CGI.

Assim, também apenas como exemplo, suponhamos que o IP identificado no *log* do servidor web atacado seja o *201.187.255.15*. Ao consultar esse IP no Whois do *Registro.br*, não obteremos nenhuma informação. Em casos como esses, sugere-se que essas consultas sejam realizadas em duas outras etapas.

Na primeira etapa, o IP alvo deve ser consultado a partir do serviço Whois da IANA, conforme ilustrado pela figura a seguir:

FIGURA 18 · CONSULTA EXITOSA AO *IANA WHOIS SERVICE*



Fonte: https://www.iana.org/whois.

358 Em que pese serem conceitos relacionados, origem e autoria não são sinônimos. A origem está associada ao circuito/terminal utilizado para estabelecer a conexão à internet via provedor de conexão. A autoria, por sua vez, está relacionada ao agente, à pessoa que efetivamente executou o suposto ato delituoso.

Observa-se que, apesar de não ser identificado claramente o provedor de conexão do IP alvo, foi dada a valiosa informação de que se trata de um endereço sob gestão da Latin American and Caribbean IP Address Regional Registry (LACNIC), autoridade responsável pela América Latina. A partir desse dado, a segunda etapa envolve a pesquisa do IP alvo ao site http://lacnic.net/cgi-bin/lacnic/whois (Whois oficial da LACNIC), conforme figura a seguir:

FIGURA 19 · CONSULTA EXITOSA AO WHOIS DA AUTORIDADE LACNIC

Fonte: http://lacnic.net/cgi-bin/lacnic/whois.

Dentre as informações apresentadas na figura, destaca-se o fato de que o bloco de endereços *201.187.128/17*, e consequentemente o endereço IPv4 *201.187.255.15*, é gerenciado pela provedora de conexão Telefonica Movil de Chile, sediada na capital chilena.

Outrossim, a autoridade legalmente responsável pela investigação, mediante instrumentos jurídicos adequados ao caso transfronteiriço, poderá aventar a possibilidade de solicitar a quebra do sigilo telemático da conexão.

4.2.3 · SERVIÇO DE RESOLUÇÃO DE NOMES NA INTERNET

Além do endereçamento IP, uma questão importante para o trabalho pericial diz respeito ao serviço de resolução de nomes na internet. Fazendo uma analogia simples a esse serviço, dificilmente alguém saberá mencionar todos os números de todos os contatos existentes numa agenda telefônica do próprio *smartphone*. Além da dificuldade natural de memorizar dezenas ou centenas de números, isso não se faz necessário. Basta ao usuário procurar na agenda o nome do contato de interesse e clicar sobre "Efetuar chamada" ou "Ligar". Nesse momento o dispositivo iniciará a chamada telefônica para o número associado ao contato em questão. Pois bem, na internet o serviço de resolução de nomes possui ideia similar.

De forma objetiva, os computadores, roteadores e afins utilizam como base para o processamento o sistema numérico, não o alfabético. Nós, seres humanos, temos preferência pelas informações textuais em vez do sistema binário ou hexadecimal, e nesse contexto entra o Domain Name System (DNS).[359]

A atuação do DNS se aproxima a uma grande tabela que mapeia nomes fáceis de memorização aos usuários para endereços IPs. Indo adiante, o DNS também pode ser considerado um sistema distribuído e hierárquico, constituído, por exemplo, de: serviço local de resolução de nomes em clientes, servidores recursivos, servidores raiz (domínios de primeiro nível) e servidores autoritativos.

Nesse cenário, uma ferramenta bastante útil é o NSLookup.[360] Ela está disponível nativamente nas versões 7, 8 e 10 do Windows, podendo ser usada em algumas situações, tais como: a partir de um nome obter o

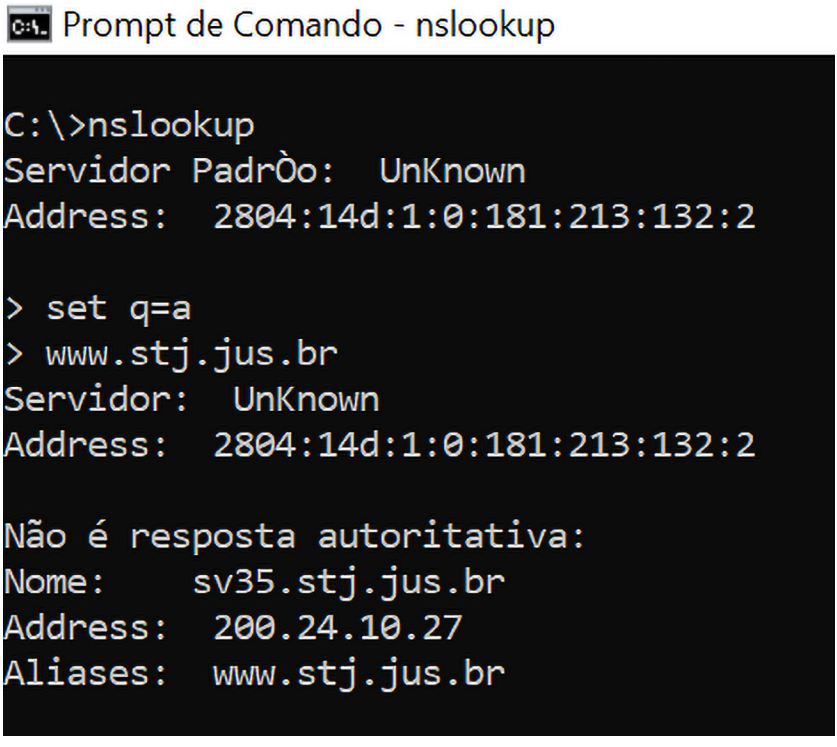
359 Mais informações sobre o serviço de DNS estão disponíveis em: https://youtu.be/ACGuo26Mswl. Acesso em: 14 fev. 2021.

360 Outras informações em relação ao NSLookup estão disponíveis em: https://docs.microsoft.com/pt-br/windows-server/administration/windows-commands/nslookup. Acesso em: 15 fev. 2021.

respectivo IP; a partir de um endereço IP obter o nome do *host*; obter o servidor de correio eletrônico de um domínio informado; detectar o sistema operacional de um *host*.

O NSLookup pode ser acessado a partir do *prompt* de comando do sistema operacional Windows, mediante o comando "nslookup". Em seguida, uma opção bastante utilizada no meio é a "set q=*[opção]*", onde "*[opção]*" equivale ao parâmetro a ser pesquisado. A figura a seguir ilustra uma consulta tipo A (identificar endereço IP de determinado nome) ao *host* responsável pelo endereço www.stj.jus.br:

FIGURA 20 · CONSULTA TIPO A, VIA NSLOOKUP, AO NOME WWW.STJ.JUS.BR



Fonte: Capturada pelos autores nas próprias estações de trabalho.

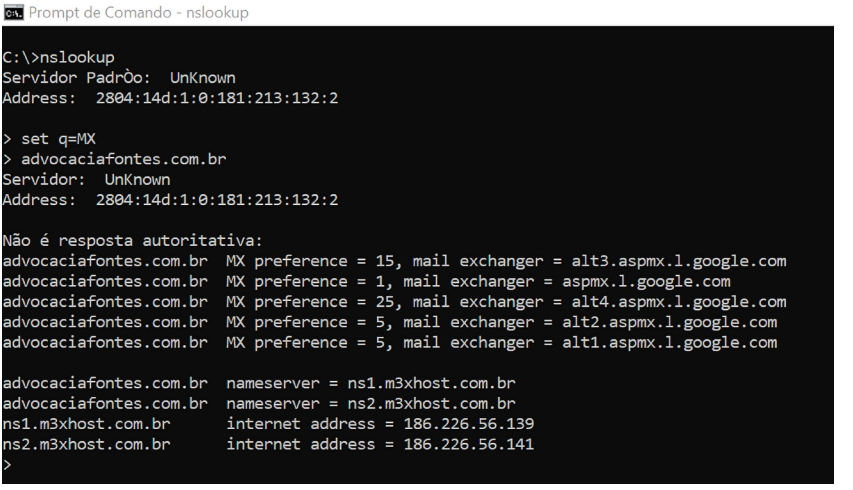
De forma clara, a ferramenta apresenta o nome do *host* (sv35.stj.jus.br), o *aliases* (www.stj.jus.br) e o respectivo endereço IP (200.24.10.27).

Num outro exemplo, imagine que um e-mail sob investigação possua o domínio "advocaciafontes.com.br" em seu endereço. A depender

do caso concreto, talvez seja interessante a requisição, por parte do Ministério Público, de uma quebra de sigilo telemático. Desse modo, é basal identificar o quanto antes o responsável pela sustentação do serviço de mensagens eletrônicas. Então, nesse exemplo, quem é o responsável por manter o serviço de e-mail do domínio em questão? O próprio escritório ou uma empresa adicional? Se for uma empresa contratada, qual é essa empresa?

A figura a seguir apresenta uma consulta que buscava identificar o servidor de e-mail (MX) responsável pelo domínio "advocaciafontes.com.br":

FIGURA 21 · CONSULTA TIPO MX, VIA NSLOOKUP, AO NOME "ADVOCACIAFONTES.COM.BR"



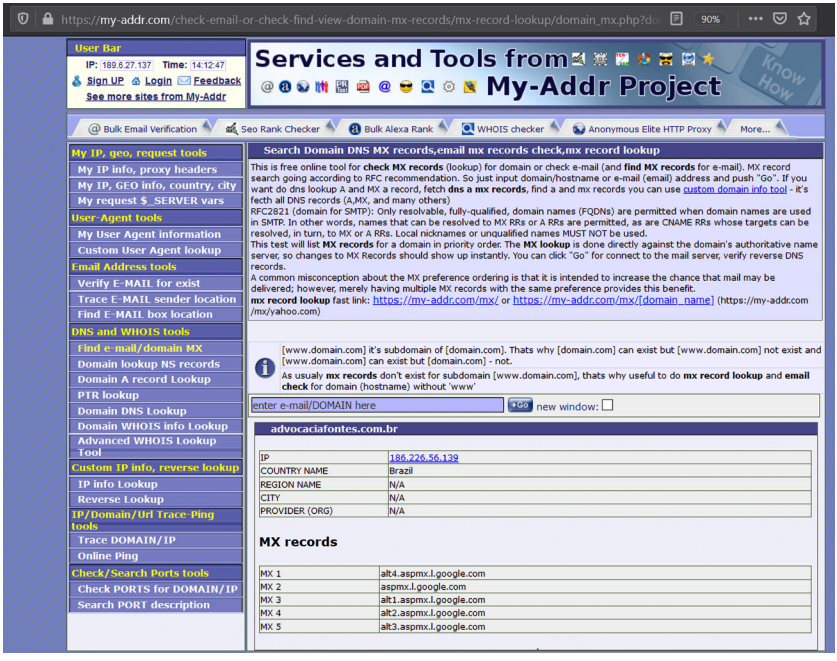
Fonte: Capturada pelos autores nas próprias estações de trabalho.

Conforme apresentado na imagem, a ferramenta aponta que o serviço de e-mail do domínio "advocaciafontes.com.br" é mantido pelos seguintes servidores do domínio google.com: alt3.aspmx.l.google.com, aspmx.l.google.com, alt4.aspmx.l.google.com, alt2.aspmx.l.google.com, alt2.aspmx.l.google.com e alt1.aspmx.l.google.com. Dessa forma, é possível depreender que o serviço é mantido pela empresa Google.

Por fim, como opção à ferramenta NSLookup, existem na internet diversas outras ferramentas gráficas que trabalham no mesmo sentido, com

destaque aos sites https://viewdns.info e https://my-addr.com/, ilustrado na figura a seguir:

FIGURA 22 · CONSULTA TIPO MX, VIA MY-ADDR.COM, AO NOME "ADVOCACIAFONTES.COM.BR"



Fonte: https://my-addr.com/.

4.2.4 · COLETA DE EVIDÊNCIAS EM SITES DE INTERNET

Conforme já mencionado, uma das atividades periciais mais importantes é a coleta das evidências a fim de comprovar a materialidade da suposta ação criminosa. Nesse âmbito, nos termos do Código de Processo Civil (CPC), destaque à ata notarial. Trata-se de um instrumento público pelo qual o tabelião, ou outro agente com fé pública,[361] constata fielmente os fatos observados. Nessa conjuntura, propício transcrever o art. 384 do CPC:

361 Como exemplo, um servidor público, na execução de atos relacionados à sua função, é um agente detentor de fé pública.

> Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.
>
> Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

Outrossim, no contexto digital, a ata notarial[362] também é meio indicado para registrar o fato questionado. Mediante esse documento, por exemplo, podem ser registrados conteúdos de páginas *web*, *posts* em redes sociais, conversas via aplicativos de mensageria e mensagens eletrônicas. Ademais, em regra, é considerada uma prova plena em juízo, pois é envolta de força probatória, executiva e constitutiva.

Além disso, por se tratar de um documento com fé pública, presumem-se a veracidade e a integridade dos fatos registrados, que somente podem ser afastados mediante prova em contrário. Supletivamente, é um documento que pode ser registrado a qualquer dia ou hora, de acordo com a necessidade do interessado.

A partir disso, o que deve conter uma ata notarial? Esse documento deve possuir, por exemplo, a qualificação do requerente, o local, a hora e a data da ocorrência ou da constatação dos fatos, as URLs e os *print screens* associados ao fato.

Já no âmbito do direito processual penal, nada impede que a ata notarial também seja utilizada como elemento a fim de incrementar a comprovação de materialidade da ação investigada. No entanto, o Código de Processo Penal (CPP) apresenta outras questões que devem ser consideradas, principalmente no tocante à cadeia de custódia[363] do vestígio. Adicionalmente, estes autores reforçam que, além dos dados de conteúdo, os metadados sejam coletados e com os devidos cuidados quanto à manutenção da integridade e da cadeia de custódia.

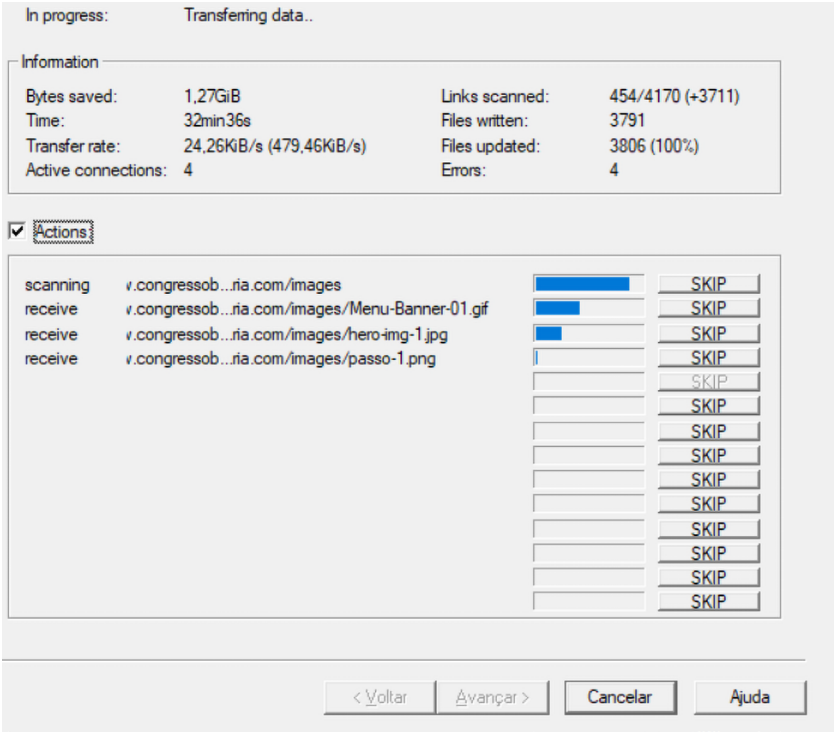
Nessa conjuntura, há algumas ferramentas gratuitas úteis à atividade de coleta de vestígios ou evidências digitais em sites *web*, por exemplo, HTTrack Website

362 Outras informações sobre os serviços notariais estão disponíveis em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

363 O tema *cadeia de custódia* será abordado em outro capítulo específico do segundo volume desta obra. Ademais, os arts. 158 a 184 do CPP, na visão destes autores, é uma leitura obrigatória aos interessados pelo tema.

Copier[364] e WGet. Como ilustração, a figura a seguir apresenta o HTTrack em execução realizando a cópia do site *web* https://www.cfmv.gov.br:[365]

FIGURA 23 · EXECUÇÃO DE CÓPIA DO SITE HTTPS://WWW.CFMV.GOV.BR VIA FERRAMENTA HTTRACK



Fonte: Capturada pelos autores nas próprias estações de trabalho.

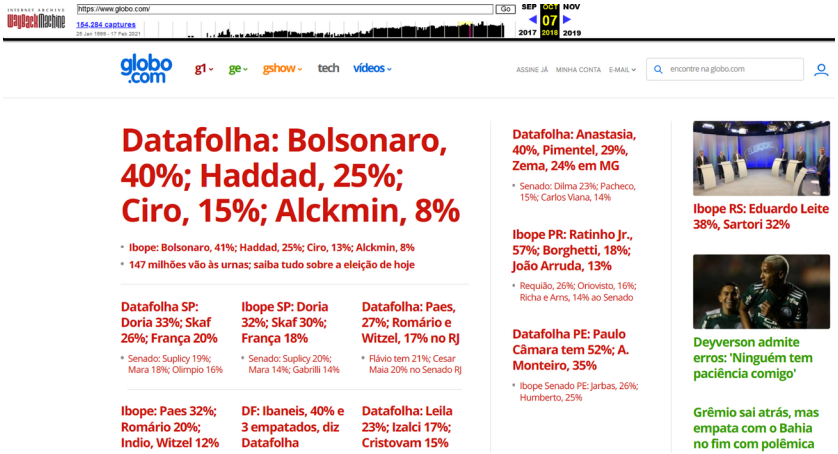
Para finalizar esta seção, convém relembrar que os vestígios digitais, especialmente aqueles publicados em sites *web*, são altamente voláteis. Dessa forma, estes autores consideram pertinente mencionar a ferramenta online Wayback Machine, disponível em https://archive.org/web/. Trata-se de um banco de dados digital que desde 1996 arquiva periodicamente o conteúdo de diversos sites *web*, possibilitando assim

364 Disponível em: https://www.httrack.com/. Acesso em: 17 fev. 2021.

365 Trata-se do site do Conselho Federal de Medicina Veterinária, que foi referenciado meramente como exemplo.

que os investigadores e peritos tenham outra possibilidade de coletar algum conteúdo já excluído. Como exemplo, a figura a seguir, a partir da ferramenta em questão, apresenta a página principal do site *Globo.com*, como se apresentava às 8h16min no dia 4.10.2018:

FIGURA 24 · EXEMPLO DE USO DA FERRAMENTA WAYBACK MACHINE



Fonte: Capturada pelos autores nas próprias estações de trabalho.

4.3 · EXAMES EM DADOS ORIUNDOS DE PROVEDORES DE APLICAÇÃO NA INTERNET

Antes de adentrar especificamente nos procedimentos associados aos exames periciais de dados telemáticos mantidos pelos provedores de aplicação na internet, vale registrar alguns conceitos primários associados ao tema.

Primeiramente, dados telemáticos são quaisquer dados oriundos do uso combinado de um sistema informático e de um sistema de telecomunicação. Por sua vez, o Tratado de Budapeste (2001) optou por utilizar um termo um pouco mais amplo: "dados informáticos". O tratado o define como "qualquer representação de fatos, de informações ou de conceitos sob uma forma suscetível de processamento num sistema de computadores, incluindo um programa, apto a fazer um sistema informático executar uma função".[366] No entanto, apesar de não serem conceitos exatamente idênticos, esta distinção não é um ponto crucial no atendimento desta seção.

366 Art. 1º, item a. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci-en/rules-and-legislation/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf. Acesso em: 3 fev. 2021.

Além disso, no entendimento de Kist[367] e também destes autores, os dados telemáticos (ou informáticos) devem ser divididos em três espécies:

a. dados de base ou dados cadastrais;

b. dados de tráfego ou metadados;

c. dados de conteúdo.

Dados cadastrais são aqueles elementos fornecidos pelo cliente à empresa prestadora de serviço (de conexão ou aplicação), bem como dados de acesso fornecidos pela empresa ao usuário. Exemplos desse tipo de dado são nome, *login* de acesso, endereço, endereço de e-mail e número de contato telefônico.[368] Esses dados são considerados instrumentais, portanto não integram o processo de comunicação. Assim, os dados de base, a princípio, não são cobertos pelas normas protetivas do sigilo das comunicações privadas[369] e devem ser fornecidos às autoridades competentes,[370] sem a necessidade de ordem judicial, sempre que requisitados por elas. A imagem a seguir apresenta um exemplo de envio de dados cadastrais de determinado investigado fictício por parte da Microsoft a determinada autoridade:

FIGURA 25 · PARTE DA PLANILHA REMETIDA PELA MICROSOFT COM NOME, E-MAIL ALTERNATIVO, NÚMERO TELEFÔNICO E ENDEREÇO PARCIAL DO ALVO FICTÍCIO

Microsoft Account Records
Please note that the customer provides subscriber information to Microsoft, and Microsoft cannot guarantee its validity.

Query for: joao.carlos.robo@hotmail.com
Date Range: 1/1/2016 12:00:00 AM to 12/31/2018 11:59:59 PM

Record Type: [Registration]	Sign-in Name:	First Name:	Last Name:	Region / State:	Postal Code:	Country:	Time Zone:	MSA Creation Date and Time:	Alias Name(s):
Registration Profile	joao.carlos.robo@hotmail.com	Joao	Robo	Rio de Janeiro	70000-000	Brazil	Noronha, Fernando de Noronha - FST	10/18/2010 4:02:56 PM	552184761492; joao.carlos.robo@hotmail.com

Record Type: [IP Connection History]	Last Modified Date and Time:	Action:	Addres
No Data Found			

All times are captured in UTC (GMT), and the time-stamps come from the MSA servers and not the user's computer.

Report Created: 4/1/2020 3:42:43 AM

Fonte: Capturada pelos autores, nas próprias estações de trabalho, a partir de arquivo enviado pela empresa Microsoft.

Dados de tráfego, por seu turno, são gerados automaticamente pelo processo de comunicação. Eles revelam informações sobre IPs, datas e

367 KIST, 2019, p. 109-111.

368 A título de informação, no Brasil, não está consolidado o entendimento se o IP utilizado por determinado usuário no momento do cadastramento/solicitação do serviço é um dado cadastral ou dado de tráfego.

369 Isso não significa que os dados cadastrais não devam receber a devida proteção de confidencialidade, em especial quando se tratar de dados pessoais.

370 Em regra, nesses casos, são considerados autoridades os delegados de polícia e os membros do Ministério Público.

horários de conexão, duração da comunicação, volume de dados, tipo e formato do conteúdo trafegado e, em alguns casos, até a geolocalização do investigado. Segundo o texto final da Convenção de Budapeste (2001), art. 1º, item *a*, dados de tráfego podem ser caracterizados como

> [...] todos os dados informáticos relacionados com uma comunicação efetuada por meio de um sistema informático, gerados por este sistema como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando a origem da comunicação, destino, o trajeto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou o tipo de serviço subjacente.

Um cabeçalho de e-mail ou mensagens de extrato de comunicação gerados pelo WhatsApp são bons exemplos de metadados.[371] A figura a seguir ilustra esse consolidado de metadados gerado pela empresa WhatsApp Inc. mediante ordem judicial:

FIGURA 26 · EXTRATO DE COMUNICAÇÃO (METADADOS) GERADO PELO WHATSAPP

Fonte: Capturada pelos autores, nas próprias estações de trabalho, a partir de arquivo enviado pela empresa mantenedora do aplicativo WhatsApp.

Por fim, dados de conteúdo são formados pelo teor da comunicação em si, remetida pelo emitente até o destinatário. O corpo de um e-mail, o conteúdo de uma mensagem remetida via aplicativo de mensageria, um *post* no Facebook ou um *tweet* no Twitter são exemplos de dados de conteúdo.

371 Registra-se que atualmente o WhatsApp não fornece dados de conteúdo, mas somente dados cadastrais e metadados, e, ainda assim, mediante ordem judicial.

Nesse diapasão, o MCI fez uma importante distinção entre os prestadores de serviço na internet ao criar dois agentes: o provedor de conexão e o provedor de aplicação de internet. Nos termos do MCI (art. 5º, inciso V), um provedor de conexão é o responsável pela "habilitação de um terminal[372] para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP". Em outras palavras, esse agente atua como a porta de acesso para a rede mundial de computadores. Claro, Vivo, TIM, OI e SKY são exemplos de empresas que atuam nesse setor.

Já os provedores de aplicação, também segundo o MCI (art. 5º, inciso VI), são pessoas jurídicas responsáveis por ofertar um "conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet". Como exemplos desse tipo de corporação é possível mencionar Apple, Microsoft, Google, Uber, iFood, YouTube, Yahoo, Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp, Telegram, LinkedIn, entre outras.

4.3.1 · ASPECTOS NORMATIVOS RELEVANTES

Relativamente às normas e diretrizes jurídicas, é importante citar novamente a Convenção de Budapeste. É um tratado internacional de direito penal e direito processual penal firmado pelo Conselho da Europa e outros Estados signatários numa tentativa de harmonizar o combate aos crimes cibernéticos. Em que pese o Brasil, atualmente, não ser signatário, essa convenção, ainda assim, vem norteando a produção de normas brasileiras naquilo que tange ao enfrentamento dos crimes informáticos.

Em relação à obtenção de dados informáticos a partir de provedores de serviço, o item 1 do art. 16 da Convenção de Budapeste ratifica que caberá a cada Estado adotar medidas legislativas necessárias que possibilitem às autoridades competentes exigir a conservação expedida de dados informáticos específicos, incluindo dados de tráfego, armazenados em sistemas informáticos.

O item 2, também do art. 16, registra que cabe à parte criar medidas legislativas basais à conservação e à preservação da integridade dos referidos dados por um período de tempo tão longo quanto necessário,

372 O art. 5º, II, do MCI define terminal como "um computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet".

até um máximo de noventa dias, de modo a permitir que as autoridades obtenham o efetivo acesso. Ademais, é prevista a possibilidade de a parte requerer a renovação desse período.

Detalhando um pouco mais, no *Relatório Explicativo da Convenção*, itens 158 e seguintes, lê-se que o termo "preservação" preceitua que os dados, já existentes e armazenados, sejam devidamente protegidos de tudo aquilo que possa vir a provocar alguma alteração de sua qualidade ou estado atual, mantendo-os resguardados de qualquer modificação ou exclusão.

No mesmo sentido e no contexto nacional, o MCI (*caput* do art. 15) ratificou que os provedores de aplicação de internet que exerçam atividades de forma organizada, profissional e com fins econômicos devem manter os registros de acesso a aplicações, sob sigilo, pelo prazo de seis meses.[373] De forma complementar, o § 1º do mesmo artigo definiu que os provedores de aplicação que não se enquadram no *caput*, ou seja, aqueles não executantes de atividade organizada, profissional e com objetivos econômicos, não estarão sujeitos à obrigatoriedade da guarda dos registros, exceto quando imposta por ordem judicial prévia.

Já o § 2º, também do art. 15, deixa claro que os membros do Ministério Público e as autoridades policial ou administrativa "poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no *caput*, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 13". Esclarecendo, o § 3º do art. 13, por sua vez, define o prazo de sessenta dias, a partir do requerimento de guarda, para que a autoridade requerente ingresse com pedido de autorização judicial para ter efetivo acesso aos registros. Por fim, o § 4º do art. 13 é taxativo quanto à indispensável obrigatoriedade de manutenção do sigilo por parte dos provedores em relação aos requerimentos previstos no § 2º.

Voltando à Convenção de Budapeste, o documento (art. 18) estimula as partes a produzirem regulamentação necessária para habilitar as suas autoridades competentes a ordenar uma pessoa física, ou fornecedor de serviços, a apresentar dados informáticos específicos (dados cadastrais, de tráfego e de conteúdo) sob seu controle. Segue a transcrição parcial desse dispositivo:

373 O art. 13 do MCI, por sua vez, trata da guarda de registro de conexão à internet.

> Artigo 18º – Injunção
>
> 1. Cada parte adotará medidas legislativas e outras que se mostrarem necessárias para habilitar as suas autoridades competentes a ordenar:
>
> a) A uma pessoa que se encontre no seu território a comunicar dados informáticos específicos na sua posse ou sob o seu controle e armazenados num sistema informático ou num suporte de armazenamento de dados informáticos.
>
> b) A um fornecedor de serviços que preste os seus serviços no território da Parte a comunicar os dados que tenha na sua posse ou sob seu controle, relativos aos assinantes e usuários desses serviços.
>
> [...]

No caso concreto brasileiro, destaca-se que o acesso aos dados de conteúdo e aos dados de tráfego em posse das empresas provedoras de serviço, diferentemente dos dados cadastrais, só deve acontecer mediante autorização judicial. Nesse sentido, vale transcrever na íntegra o art. 10 da Lei n. 12.965/2014:

> Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.
>
> § 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no *caput*, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.
>
> § 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.
>
> § 3º O disposto no *caput* não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.
>
> § 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e

atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Supletivamente, ressalta-se que, atualmente, há várias formas de obtenção de dados informáticos/telemáticos previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre elas, além das já mencionadas "ordem de conservação expedita" e "injunção sobre terceiros para apresentação de dados informáticos", é possível mencionar as seguintes:

a. pesquisa ou busca e apreensão de dados informáticos;

b. infiltração policial na internet;

c. infiltração de agente não integrante de forças policiais;

d. interceptação de dados telemáticos;[374]

e. cooperações transfronteiriças; e

f. ações encobertas com recurso a *malware*.

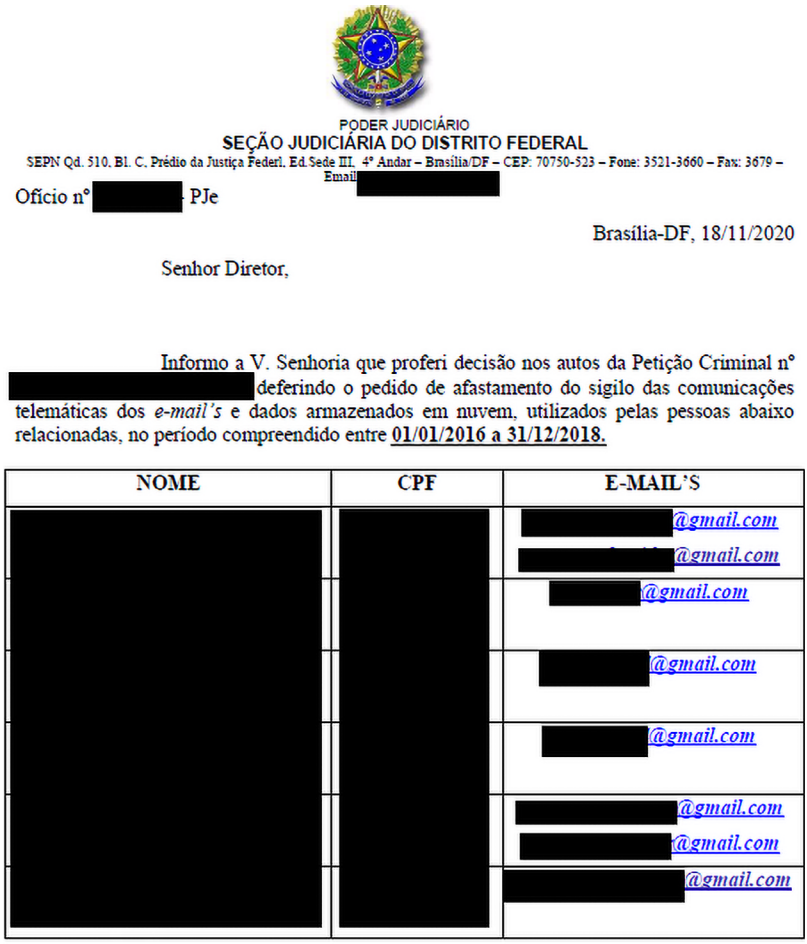
Nesse contexto, importante reforçar que esta seção se limita à análise pericial de dados obtidos a partir da conservação expedita e da apresentação de dados informáticos por parte dos provedores de aplicação. Esses outros meios de obtenção de dados informáticos supracitados não serão abordados nesta oportunidade.

4.3.2 · PROCEDIMENTOS PRÁTICOS PARA A OBTENÇÃO DOS DADOS INFORMÁTICOS

Como já explicado, os dados de conteúdo e os dados de tráfego só podem ser entregues pelos provedores de aplicação às autoridades legalmente constituídas mediante ordem judicial. Assim, como mero exemplo, a figura a seguir ilustra uma ordem judicial desse tipo emitida pela Justiça Federal da 1ª Região:

374 A interceptação de dados telemáticos está associada à captura do fluxo de dados ainda em transmissão. Essa forma de obtenção de dados não deve, em hipótese nenhuma, ser confundida com a injunção sobre terceiros para apresentação de dados informáticos. Esta, em regra, relaciona-se à apresentação de dados armazenados por parte dos provedores de aplicação na internet, mediante ordem judicial.

FIGURA 27 · PARTE DE ORDEM JUDICIAL ILUSTRATIVA



PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL
SEPN Qd. 510, Bl. C, Prédio da Justiça Federl, Ed.Sede III, 4º Andar – Brasília/DF – CEP: 70750-523 – Fone: 3521-3660 – Fax: 3679 – Email [redacted]

Ofício nº [redacted] - PJe

Brasília-DF, 18/11/2020

Senhor Diretor,

Informo a V. Senhoria que proferi decisão nos autos da Petição Criminal nº [redacted] deferindo o pedido de afastamento do sigilo das comunicações telemáticas dos *e-mail's* e dados armazenados em nuvem, utilizados pelas pessoas abaixo relacionadas, no período compreendido entre **01/01/2016 a 31/12/2018.**

NOME	CPF	E-MAIL'S
[redacted]	[redacted]	[redacted]@gmail.com
		[redacted]@gmail.com
		[redacted]@gmail.com
		[redacted]@gmail.com
		[redacted]@gmail.com
		[redacted]@gmail.com
		[redacted]@gmail.com
		[redacted]@gmail.com

Assim, requisito a Vossa Senhoria que adote as seguintes medidas:

a) preserve e envie todo o conteúdo armazenado nas contas dos *e-mail's*, em todas as pastas e subpastas, bem como os dados de criação (data, hora e local) e todas as demais informações pertinentes à conta (todos os dados de contatos e o fluxo de informações, incluindo mensagens enviadas e recebidas, rascunhos, itens excluídos, anexos, documentos armazenados em nuvem, na conta drive vinculada, bate-papos, entre outros), com seus respectivos metadados (dados cadastrais, registros de acessos, contendo data, horário, padrão de fuso horário, endereçamento IP e porta lógica), incluindo arquivos apagados (deletados) pelos usuários. O conteúdo deverá ser encaminhado em mídias digitais ou disponibilizados em sistema de armazenamento virtual, organizados por pastas (caixa de entrada, itens enviados, rascunhos, lixeira, pastas personalizadas do usuário, etc.), preferencialmente **em arquivos formato.MBOX**;

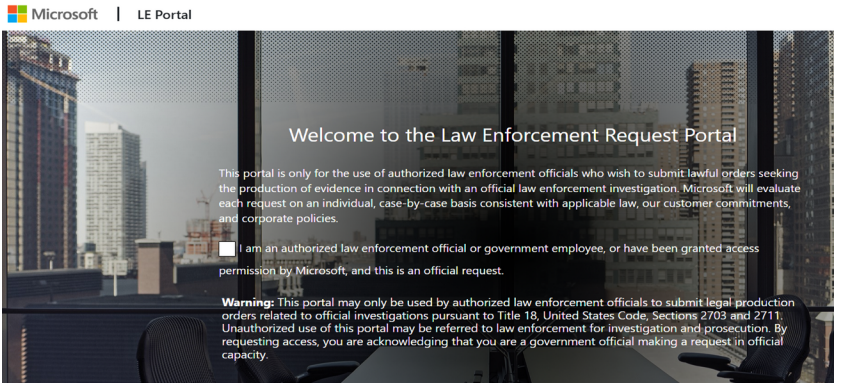
Fonte: Imagem capturada a partir de ordem judicial acessível aos autores.

Quanto à forma ou ao meio de fornecimento dos dados informáticos às autoridades legais, a legislação brasileira não foi taxativa sobre isso. Dessa forma, atualmente, cada provedora de aplicação trabalha de uma maneira. Até meados de 2019, empresas como Apple, Google e Microsoft, por exemplo, optavam frequentemente pelo envio às autoridades de CDs ou DVDs contendo dados informáticos dos alvos. Por outro lado, o incremento da demanda obrigou ao menos as grandes empresas do ramo a pensarem em novas formas de trabalho.

Nos dias atuais, a Apple, por exemplo, ao fornecer os dados em resposta a uma ordem do Poder Judiciário, remete à autoridade responsável pela investigação duas mensagens eletrônicas. Uma delas contém basicamente informações elementares acerca do processo, instruções adicionais e um link para *download* de um arquivo compactado[375] e criptografado.[376] A outra também apresenta informações de identificação do processo e a senha de descriptografia do arquivo viabilizado.

A Microsoft, por seu lado, optou pelo desenvolvimento de um portal próprio para o tratamento das requisições das forças da lei, disponível em https://leportal.microsoft.com. Após o cadastro inicial e a validação do endereço de e-mail corporativo, é disponibilizado um *dashboard* indicando os casos registrados. As figuras a seguir ilustram a interface inicial do *LE Portal* e o painel de casos:

FIGURA 28 · INTERFACE INICIAL DO *LE PORTAL MICROSOFT*

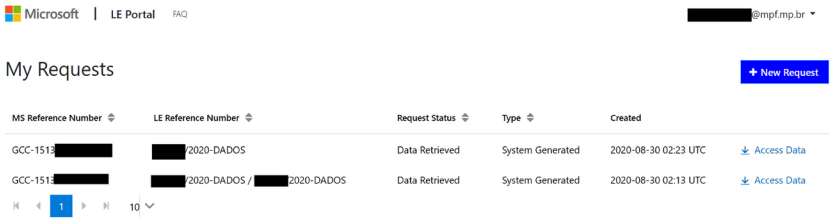


Fonte: https://leportal.microsoft.com.

375 A Apple disponibiliza toda a massa de dados, independentemente do volume, compactada em único arquivo.

376 A Apple orienta que o processo de descriptografia seja realizado mediante a solução Gpg4win.

FIGURA 29 · PAINEL DE CASOS DO *LE PORTAL MICROSOFT*



Fonte: https://leportal.microsoft.com.

Ao clicar sobre a opção "Access Data", relativa ao caso de interesse, será exposta uma lista de arquivos compactados e criptografados, com respectivos links para *download*. A Microsoft, diferentemente da Apple, opta por apresentar os dados informáticos de forma fragmentada. Além disso, ao lado de cada arquivo estão registrados o valor *hash* SHA-256 e a senha de descriptografia.[377]

Adicionalmente, a Microsoft, em conjunto com os dados informáticos de conteúdo, costuma disponibilizar os seguintes documentos:

a. carta de apresentação;

b. manual para coleta dos arquivos informáticos a partir do *LE Portal*;

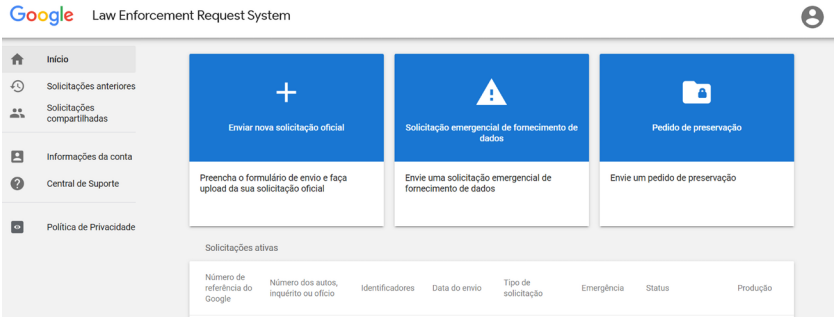
c. planilha com alguns dados cadastrais dos alvos.

Finalmente, o *LE Portal Microsoft* ainda permite que sejam diretamente registradas demandas por parte das autoridades, como, por exemplo, uma requisição de preservação de dados.

A Google, por seu lado, também optou pela produção de um portal próprio para o tratamento das requisições das forças da lei, disponível em https://lers.google.com/. Após o cadastro inicial e a confirmação do endereço de e-mail institucional, é disponibilizado um *dashboard* com algumas opções, tais como: "envio de nova solicitação oficial", "solicitação emergencial de fornecimento de dados", "pedido de preservação", "acesso a solicitações atendidas". Importante observar que, apesar de o portal receber pedidos de dados informáticos de conteúdo e de tráfego, a necessidade de ordem judicial para acessá-los ainda é pré-requisito. A figura a seguir ilustra a interface do portal *Law Enforcement Request System* (*LERS*) após a ação de *login*:

377 Sugere-se que o processo de descriptografia dos arquivos disponibilizados pela Microsoft seja realizado mediante a solução 7Zip.

FIGURA 30 · INTERFACE DO PORTAL *LERS* DA GOOGLE (APÓS A AUTENTICAÇÃO)



Fonte: https://lers.google.com/.

Indo adiante, por meio das opções "Solicitações anteriores"[378] ou "Solicitações compartilhadas",[379] é possível obter acesso aos dados disponibilizados pela empresa. A partir daí, ao clicar sobre o número de referência do caso em questão, relativo ao caso de interesse, será exposta uma lista de arquivos compactados, com respectivos links para *download*.

A Google, diferentemente da Apple e do mesmo modo que a Microsoft, opta por apresentar os dados telemáticos dos alvos de forma fragmentada. Adicionalmente, em paralelo com dados informáticos apresentados, a empresa costuma disponibilizar os seguintes documentos:

a. carta de apresentação;

b. esclarecimentos sobre dados e informações produzidas;

c. carta de apresentação;

d. planilha de produção; e

e. arquivos produzidos[380] e respectivos valores de *hash* MD5 e SHA-512.

Além de Apple, Google e Microsoft, existem outras empresas que prestam serviço de aplicação na internet em território brasileiro, portanto, nos termos da lei, sujeitas ao fornecimento dos dados informáticos às

378 Essa seção apresenta dados oriundos de uma requisição registrada pelo usuário autenticado no momento.

379 Essa seção apresenta dados oriundos de uma requisição registrada por outra autoridade mas que foi compartilhada com o usuário autenticado no momento via portal *LERS*.

380 Os valores de *hash* apresentados fazem referência aos arquivos gerados após o processo de descompactação, ou seja, não são os valores *hashes* dos arquivos .zip baixados no primeiro momento.

autoridades competentes. Nesse âmbito, o quadro a seguir sumariza os canais de contato de algumas dessas empresas:

QUADRO 3 · CONTATOS COM SETORES JURÍDICOS DE ALGUNS PROVEDORES DE APLICAÇÃO

Provedor de aplicação	Canal
Apple	lawenforcement@apple.com
Dropbox	legal@dropbox.com https://www.dropbox.com/report_abuse
Facebook	https://www.facebook.com/records
Google	lis-latam@google.com https://lers.google.com
iFood	privacidade@ifood.com.br e jurídico@ifood.com.br
Mercado Livre	consultasmlb@mercadolivre.com
Microsoft	lelatam@microsoft.com https://leportal.microsoft.com
Netflix	legalprocess@netflix.com
ProtonMail	legal@protonmail.ch
Telegram	legalnotices@telegram.com
TikTok	legal@tiktok.com
Twitter	https://legalrequests.twitter.com/forms/landing_disclaimer
Uber	lert@uber.com https://lert.uber.com/
WhatsApp	records@whatsapp.com https://www.whatsapp.com/records
Yahoo	br-legalpoc@oath.com e br-copyright@cc.yahoo-inc.com

Fonte: Elaborado pelos autores.

Após apresentar alguns conceitos importantes, abordar aspectos normativos relevantes ao objeto em voga, descrever a computação em nuvem e, de forma muito prática, expor como se dá a obtenção dos dados informáticos oriundos dos provedores de aplicação, enfim, chega o momento de dissertar acerca do tratamento pericial desse tipo de dado.

4.3.2.1 · TRATAMENTO DOS DADOS ORIUNDOS DE PROVEDORES DE APLICAÇÃO

De certa forma, a base teórica da análise pericial de dados informáticos bem como a apresentação de normas técnicas relevantes foram trabalhadas na seção "Manuseio das Provas Digitais". Complementarmente a essas normas, atualmente no Brasil existem outros instrumentos normativos voltados ao adequado tratamento e à manutenção da cadeia de custódia dos vestígios digitais, tais como leis, portarias e procedimentos operacionais de alguns institutos de criminalística. Nesse cenário, a partir de todo esse arcabouço normativo e técnico, mas também considerando a experiência profissional destes autores, esta seção apresenta aspectos técnicos e práticos voltados ao tratamento pericial dos dados oriundos de provedores de aplicação.

Ademais, estes autores destacam que o modelo de trabalho a ser apresentado não vislumbra ser um fluxo plenamente assertivo e estático, afinal cada organização possui suas necessidades e sua realidade, mas intenta servir de apoio aos profissionais da área.

Não obstante a Lei n. 13.964/2019 ser objeto de estudo detalhado em momento anterior desta obra, apropriado assinalar que esse dispositivo também serviu de apoio aos procedimentos sugeridos a seguir. Dito isso, a partir da disponibilização dos dados informáticos por parte dos provedores de aplicação, como proceder?

Primeiramente, convém que essas ações sejam conduzidas por um profissional qualificado, preferencialmente um perito computacional forense. Além disso, de forma macro, convém ao perito atentar a todas, ao menos às possíveis, etapas que compreendem uma adequada cadeia de custódia, tomando por base o art. 158-A da Lei n. 13.964/2019.

Na primeira dessas etapas, chamada *Reconhecimento*, deverá ser identificado e validado o acesso aos arquivos disponibilizados pelas empresas. Indo adiante, caberá ao perito ater-se à etapa denominada *Fixação*, apesar de esta não ser imediatamente subsequente à etapa de reconhecimento, nos termos do art. 158-A da Lei n. 13.964/2019. Nela, o profissional forense deverá registrar detalhadamente as informações associadas aos dados disponibilizados. Convém consignar, minimamente, os seguintes pontos:

a. data e hora da disponibilização dos arquivos por parte da provedora de aplicação;

b. forma de disponibilização dos arquivos;

c. identificação do caso perante a provedora de aplicação.

Em seguida, é possível dar início à etapa denominada *Coleta* e efetivamente executar os *downloads* ou capturas dos arquivos disponibilizados, inclusive dos documentos complementares. Além disso, caso esteja disponível, caberá ao perito coletar os valores *hashes* dos arquivos apresentados pela provedora de aplicação. Importante que, ao encontro das etapas denominadas *Isolamento* e *Acondicionamento*, mencionadas, respectivamente, nos incisos II e V do art. 158-A da Lei n. 13.964/2019, o material coletado seja armazenado, isolado e protegido quanto aos aspectos de integridade, confidencialidade e disponibilidade.

A partir deste ponto é possível dar andamento à etapa nomeada, nos termos do inciso VIII do art. 158-A do Pacote Anticrime, como *Processamento*. Ao encontro das boas práticas da adequada manutenção da cadeia de custódia de vestígios digitais, a primeira ação dentro dessa etapa deverá ser o imediato cálculo dos valores *hashes*[381] dos arquivos coletados. Em seguida, se necessário, o profissional deverá descompactar e descriptografar o(s) arquivo(s) para outro local isolado do original.

Ainda na etapa de processamento, deverá o profissional designado trabalhar para efetivamente responder ao quesito registrado pelo demandante, e para isso poderá ser necessária a utilização de diversas técnicas e ferramentas forenses que auxiliem, por exemplo, a checagem de assinatura de arquivos, a categorização, o cruzamento e a indexação dos dados. Tudo isso dependerá muito do caso concreto.

Ademais, todo o procedimento técnico executado, desde a etapa de reconhecimento, deverá ser registrado em documento técnico adequado, em regra um laudo. Além de tudo, toda a massa de dados (original e processada) deverá ser mantida em sistema de armazenamento adequado, preferencialmente com os devidos controles de segurança da informação, e na sequência disponibilizada à autoridade legal.

Acerca da entrega da massa de dados, os autores sugerem, de forma muita clara, ao menos dois grupos de dados: massa de dados originais e massa de dados processados. Por fim, quando devidamente autorizado, os arquivos deverão ser excluídos mediante processo de *wipe* (deleção segura).

Como encerramento desta seção, assinala-se que os procedimentos sugeridos foram direcionados aos dados informáticos de conteúdo; no entanto, nada impede que os dados de tráfego (metadados), com os devidos ajustes, tenham tratamento similar.

381 Sugere-se a utilização do algoritmo SHA-256 ou SHA-512.

5 · DISPOSITIVOS MÓVEIS

Com a disseminação acelerada de dispositivos móveis e o incremento de seu uso em transações bancárias e financeiras, os criminosos buscaram maneiras de explorar suas vulnerabilidades e utilizá-los para armazenar informações e cometer crimes. Assim, a quantidade de dispositivos móveis analisados pela Polícia Federal do Brasil ultrapassou, ainda no ano de 2014, a quantidade de computadores pessoais recebidos para serem periciados.

O termo *smartphone* não possui uma definição oficial, mas essencialmente difere de um celular comum por suportar interfaces de programação de aplicativos (APIs), que permitem a aplicações de terceiros serem desenvolvidas e integradas ao sistema operacional e ao *hardware* do *smartphone*.

5.1 · FUNDAMENTOS DE DISPOSITIVOS MÓVEIS

Os principais sistemas operacionais para dispositivos móveis são o Android (da Google) e o iOS (da Apple), mas também existem outros com menor participação no mercado, e alguns outros foram descontinuados e já saíram do mercado, tais como o Symbian (da Nokia), o Windows Mobile (da Microsoft) e o Palm OS (da Access). Em julho de 2020, o Android possuía uma participação de 74,6% do mercado mundial, enquanto o iOS respondia por 24,82%, segundo dados da Statista.[382]

Lançado oficialmente em 2008 pela Google Inc., o Android tem seu *kernel* baseado em Linux e é livre e de código aberto. A licença utilizada na maioria dos *softwares* do Android é a Apache 2.0. O Android era exclusivamente utilizado em *smartphones* até o lançamento da versão 2.0, quando passou a ser usado também em *tablets*. A versão 3.0 foi lançada exclusivamente para *tablets*, não possuindo suporte oficial para *smartphones*. A partir da versão 1.5, todas as suas versões foram batizadas com nomes de sobremesas ou doces, seguindo uma ordem alfabética.

O iOS (anteriormente batizado de iPhone OS) é o sistema operacional da Apple para seus dispositivos como iPhone, iPod *touch*, iPad e Apple TV, sendo utilizado neste último a partir da segunda geração. Ele é de código fechado e proprietário, tendo sido desenvolvido a partir do sistema operacional de código aberto Darwin.

382 Disponível em: https://www.statista.com/statistics/272698/global-market-share-held-by-mobile-operating-systems-since-2009/. Acesso em: 11 dez. 2020.

Somente os aplicativos disponíveis na Apple Store podem ser instalados em dispositivos iOS, exceto se tiver sido aplicada a técnica de *jailbreak*, que pode ser questionada por violar os termos de garantia, além de abrir maior possibilidade de infecções por *software* malicioso. A presença de *apps* como Evasi0n, Cydia, Mbackup ou Absinthe é um forte indicativo de que foi realizado o *jailbreak* no dispositivo.

O quadro a seguir apresenta algumas das principais terminologias e abreviações relacionadas a dispositivos móveis.

QUADRO 4 · PRINCIPAIS TERMINOLOGIAS DE DISPOSITIVOS MÓVEIS

Conceito/Sigla	Descrição
ADB	Sigla de *Android Debug Bridge*. O seu uso permite estabelecer uma comunicação direta do computador (ou *software* forense) com o dispositivo móvel.
App	Aplicativo escrito para um dispositivo móvel.
Cartão de memória	Cartão de armazenamento externo, geralmente no formato microSD nos dispositivos mais modernos.
Chip-Off	Técnica que faz uso de substituição de chips em um dispositivo móvel. É utilizada somente em situações extremas, em que o acesso não é possível de outra forma, em razão dos riscos de danos associados, além dos custos e de um elevado nível de conhecimento.
GPS	Sigla de *Global Position System*. Sistema de radionavegação baseado em satélites que fornece informação de geolocalização e de tempo para um recebedor compatível. Presente na maioria dos dispositivos móveis.
ICCID	Sigla de *Integrated Circuit Card Identifier*. É o número de série do SIM Card, onde está geralmente impresso.
IMEI[383]	Sigla de *International Mobile Equipment Identity*. Número composto de 15 dígitos, que identifica um aparelho, servindo como uma espécie de número de série do dispositivo móvel. Alguns aparelhos possuem mais de um IMEI.

383 Para localizar o IMEI de um dispositivo móvel, pode-se digitar *#06#, verificar em uma etiqueta atrás da bateria, ou, a depender do aparelho, ele poderá estar gravado na parte traseira, como é o caso nos iPhones.

Conceito/Sigla	Descrição
IMSI	Sigla de *International Mobile Subscriber Identity*. É o número gravado no SIM Card que faz a identificação do usuário na operadora.
JTAG	Sigla de *Joint Test Action Group*. É um protocolo de comunicação comumente suportado por processadores, que permite o seu acesso direto para funções de emulação e de *debug*.
SIM Card	Sigla de *Subscriber Identity Module*. É um pequeno cartão (erroneamente chamado de CHIP), que estabelece a comunicação com a operadora, identificando unicamente um assinante a partir das informações nele gravadas.
SQLite	Banco de dados comumente utilizado por *apps*.
SSID	Sigla de *Service Set Identifier*. É o nome utilizado para conexão a uma rede WiFi, podendo ser encontrado em dispositivos móveis e auxiliando em mapear a sua geolocalização.
SSID	Sigla de *Service Set Identifier*. É o nome utilizado para conexão a uma rede WiFi, podendo ser encontrado em dispositivos móveis e auxiliando em mapear a sua geolocalização.

Fonte: Elaborado pelos autores.

5.2 · MANUSEIO FORENSE DE DISPOSITIVOS MÓVEIS

Na análise de um *smartphone*, *tablet* ou *drone*, o trabalho do investigador é bastante distinto daquele executado em computadores, sendo facilitado com a utilização de sistemas forenses específicos, os quais automatizam procedimentos que seriam bastante demorados se fossem executados manualmente, além de permitirem extrações e análises de forma relativamente simples.

Usualmente tais soluções (que podem incluir *hardware*, além de *software*) possuem características distintas que fazem com que a análise seja facilitada em determinada investigação com a utilização de uma solução, enquanto outra solução pode se sobressair em uma análise diferente. Alguns dos principais fabricantes de soluções forenses para dispositivos móveis são:

- Cellebrite;
- Micro Systemation;
- Oxygen Forensic.

Para exemplificar, em uma forense no Android com a solução da Cellebrite, o UFED 4 PC trabalha basicamente com três tipos de extração: física, lógica e sistema de arquivos. Cada uma dessas extrações realiza um diferente nível de obtenção dos dados, sendo a física a que usualmente consegue mais informações, ressaltando que nem todas as extrações são possíveis com todos os aparelhos; e, além das restrições que podem ser impostas pelo modelo específico, outros fatores precisam ser considerados, como, por exemplo, se a senha de acesso ao aparelho está disponível ou não.[384]

Essas soluções de forense normalmente também proporcionam relatórios sobre o dispositivo, calculam *hashes*, visualizam arquivos de banco de dados e outros tipos de informações sobre mensageiros instantâneos e e-mails (separados em categorias), além de ser comum existir uma versão do *software* mais reduzida e gratuita, sendo específica de cada fabricante, que permite realizar pesquisas básicas.

Ainda utilizando a solução da Cellebrite, para fins exemplificativos, para iniciar a extração dos dados, é escolhido primeiramente o modelo do dispositivo móvel em uma janela com diversas opções de modelos e fabricantes. Posteriormente a essa etapa é apresentada uma janela com os três tipos de extração possíveis, e logo após é escolhido o tipo de extração, quando o *software* processa e gera o relatório com os dados obtidos, categorizando-os conforme a informação e o programa utilizado.

Além disso, as soluções de forense para dispositivos móveis usualmente disponibilizam uma opção que permite checar pela existência de *malware* (podendo ser algum *backdoor*, *trojan*, *worm* etc.) ou de aplicação potencialmente não desejada (como *adware*). Sobre este último tipo, cabe a ressalva de que alguns fabricantes e fornecedores de *adware* conseguiram na justiça americana o direito de não serem categorizados como maliciosos em programas de investigação e soluções forenses, podendo como tal não serem devidamente detectados.

Outras estratégias de investigação da presença de programas maliciosos com soluções de forense envolvem:

- checar aplicações instaladas por arquivos .apk suspeitos;
- verificar a presença de arquivos suspeitos na pasta de *downloads* (pasta Root\App);

384 Existe atualmente no mercado solução específica, composta por *software* e *hardware*, para quebra de senhas de vários aparelhos, cuja extração por ferramentas forenses somente poderia ser realizada com a presença da senha.

- analisar o histórico de navegação, buscando visitas a sites suspeitos;
- checar links de SMS, MMS e e-mail (comumente utilizados como vetores para disseminação de *malware*);
- examinar atividade no dispositivo, no horário da suspeita de infecção (se tal informação estiver disponível);
- pesquisar qualquer mensagem de erro ou notificação que possa fornecer alguma pista sobre possível infecção.

Independentemente do sistema operacional utilizado, é importante adotar sempre uma estratégia de tentar isolar o dispositivo de qualquer conexão, seja com a rede telefônica, via WiFi, ou até mesmo com satélites de GPS. Tal isolamento é importante não apenas para uma devida cadeia de custódia, mas também para evitar que o proprietário do dispositivo realize algum comando remotamente, como efetuar um *wipe* (deleção segura). Uma boa alternativa para tal isolamento é a utilização de sacolas Faraday.

Para conhecer mais sobre as características de um dispositivo móvel, duas boas referências na internet são: www.phonescoop.com e www.gsmarena.com. Nesses sites é possível obter informações como processadores, descrições detalhadas, memória e manuais, entre outras, que podem ser importantes tanto na fase de coleta e armazenamento quanto nas fases de aquisição e análise de um dispositivo móvel.

Além disso, é importante lembrar que deve ser analisado também o computador pessoal do investigado (caso esteja disponível), pois muitas vezes existem informações de *backup* em arquivos localizados nesse dispositivo, as quais podem oferecer valiosos dados que podem não estar acessíveis ou ter sido apagados no computador em data posterior ao *backup*. Do mesmo modo, e conforme já mencionado, a utilização de dados da nuvem, oriundos de quebras de sigilo telemático, também pode trazer importantes informações para a investigação, inclusive alguns dados que estejam criptografados no dispositivo móvel.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO/IEC 27037*: diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm. Acesso em: 3 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.296, de 24 de junho de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm. Acesso em: 5 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 3 nov. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Roteiro de atuação de crimes cibernéticos*. 3. ed. Brasília: Ministério Público Federal – 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2016. Disponível sob demanda em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes. Acesso em: 20 ago. 2020.

CAIADO, Felipe B.; CAIADO, Marcelo. Combate à pornografia infantojuvenil com aperfeiçoamentos na identificação de suspeitos e na detecção de arquivos de interesse. *In*: BRASIL. Ministério Público Federal. *Crimes cibernéticos* – 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Brasília: MPF, 2018. (Coletânea de Artigos; v. 3). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/coletanea_de_artigos_crimes_ciberneticos. Acesso em: 18 ago. 2020.

CAIADO, Marcelo; MILAGRE, José. Cloud forensics: best practice and challenges for process efficiency of investigations and digital forensics. *In*: INTERNATIONAL CONFERENCE ON FORENSIC COMPUTER SCIENCE – ICoFCS, 8th, 2013, Brasília. *Anais* [...]. Brasília: ABEAT, 2013. Disponível em: http://www.icofcs.org/2013/papers-published.html. Acesso em: 18 jan. 2021.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Introdução. *IPv6.br*, São Paulo, 15 maio 2012. Disponível em: http://ipv6.br/post/introducao/. Acesso em: 10 fev. 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2015*. São Paulo: CGI.br, 2016a. Disponível em: https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2015/domicilios/A4/expandido. Acesso em: 18 ago. 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2015* – Indivíduos. São Paulo: CGI.br, 2016b. Disponível em: https://www.cetic.br/pt/tics/domicilios/2015/individuos/C1/. Acesso em: 18 ago. 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2017*. São Paulo: CGI.br, 2018. Disponível em: https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2017/domicilios/A4/expandido. Acesso em: 18 ago. 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2017* – Indivíduos. São Paulo: CGI.br, 2018. Disponível em: https://www.cetic.br/pt/tics/domicilios/2017/individuos/C1/. Acesso em: 18 ago. 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2019*. São Paulo: CGI.br, 2020. Disponível em: https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2019/domicilios/A4/expandido/. Acesso em: 18 ago. 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *TIC Domicílios 2019* – Indivíduos. São Paulo: CGI.br, 2020. Disponível em: https://www.cetic.br/pt/tics/domicilios/2019/individuos/C1. Acesso em: 18 ago. 2020.

EVANS, Colin. *The father of forensics*: the groundbreaking cases of Sir Bernard Spilsbury, and the beginnings of modern CSI. New York: Berkley Books, 2006.

INTERNET ENGINEERING TASK FORCE. RFC 3227 – Guidelines for evidence collection and archiving. Fremont: IETF, 2002. Disponível em: https://www.ietf.org/rfc/rfc3227.txt. Acesso em: 19 ago. 2020.

KIST, Dário José. *A prova digital no processo penal*. Leme: JH Mizuno, 2019.

LEWIS, Lori; CALLAHAN, Chadd. *2017*: this is what happens in an internet minute. [*S. l.*], 8 mar. 2017. Twitter: @lorilewis. Disponível em: https://twitter.com/lorilewis/status/839475921035874306. Acesso em: 12 jul. 2021.

LEWIS, Lori; CALLAHAN, Chadd. *2018*: this is what happens in an internet minute. [*S. l.*], 4 abr. 2018. Twitter: @lorilewis. Disponível em: https://twitter.com/lorilewis/status/981529615884849153. Acesso em: 12 jul. 2021.

LEWIS, Lori; CALLAHAN, Chadd. *2019*: this is what happens in an internet minute. [*S. l.*], 7 mar. 2019. Twitter: @lorilewis. Disponível em: https://twitter.com/lorilewis/status/1103687442727616523. Acesso em: 12 jul. 2021.

LEWIS, Lori; CALLAHAN, Chadd. *2020*: this is what happens in an internet minute. [*S. l.*], 11 mar. 2020. Twitter: @lorilewis. Disponível em: https://twitter.com/lorilewis/status/1237753508201402371. Acesso em: 12 jul. 2021.

NATIONAL INSTITUTE STANDARDS AND TECHNOLOGY. *Guide to integrating forensic techniques into incident response*. NIST Special Publication 800-86. Gaithersburg: NIST, 2006. Disponível em: https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-86/final. Acesso em: 18 ago. 2020.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia de prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

VELHO, Jesus Antônio (org.). *Tratado de computação forense*. Campinas: Millenium, 2016.

VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos conforme a Lei n. 12.737/2012*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VIEIRA, Thiago. Aspectos técnicos e jurídicos da prova digital no processo penal. *In*: SEMINÁRIO NACIONAL DO INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 8., 2019, Salvador. *Palestras* [...]. Salvador: IBADPP, 2019. Disponível em: http://www.ibadpp.com.br/aspectos-tecnicos-e-juridicos-da-prova-digital-no-processo-penal-por-thiago-vieira/. Acesso em: 14 ago. 2020.

CAPÍTULO 11

PESQUISA EM FONTES ABERTAS DIGITAIS

Alessandra Linhares Araújo Cavalcante
Daniele Marques Caldas

1 · INTRODUÇÃO

A investigação criminal é composta por diversas espécies de ferramentas que possibilitam a colheita de informações a respeito de fatos potencialmente ilícitos e seus autores. Integrando e refletindo as dinâmicas sociais, a atividade investigativa não se aparta dos meios digitais e necessita avançar para a obtenção de dados de maneira rápida, econômica e legítima.

A evolução exponencial dos recursos tecnológicos das últimas décadas democratizou o acesso à internet ao promover o encurtamento de distâncias e a celeridade das comunicações. Tal transformação social, experimentada em processo contínuo, traz consigo desafios até então inéditos.

O aumento da inclusão digital é permeado pela expansão do alcance dos atos delitivos ao mundo virtual e, dentre os novos comportamentos observados, surge a utilização das ferramentas digitais na facilitação e dissimulação de crimes tradicionais, bem como a prática de novos tipos de condutas ilícitas resultantes dessas tecnologias. A obtenção de indícios de autoria e materialidade delitiva no cenário exposto requer cada vez mais dinamismo em face da velocidade na qual as interações sociais escalam na era da informação.

A propósito, desde o início do milênio o sociólogo Manuel Castells[385] destaca o protagonismo que a informação assumiu na atualidade e analisa o surgimento de uma sociedade informacional,

> na qual se evidencia a conjunção de uma série de inovações institucionais, tecnológicas, organizacionais, econômicas, políticas e sociais,

385 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 251.

> a partir das quais a informação e o conhecimento passam a desempenhar papel estratégico.[386]

Reconhecida por muitos juristas como vanguardista, ainda em 1988 a Constituição Federal previu o acesso à informação como direito fundamental em seu art. 5º, inciso XXXIII, o qual prevê ser assegurado a todos:

> receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.[387]

A Constituição também previu em seu art. 37, § 3º, inciso II, que lei posterior disciplinaria a participação do usuário na administração pública direta e indireta através da regulação do acesso a registros administrativos e a informações sobre atos de governo.[388] Cite-se ainda, nesse sentido, o art. 216, § 2º, da Carta Magna, o qual preceitua caber "à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem".[389]

Visando regulamentar os dispositivos constitucionais citados, a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), dispôs sobre os procedimentos que deverão ser observados por União, Estados, Distrito Federal e Municípios para garantir o direito fundamental de acesso a informações. Tal norma subordina tanto a Administração Direta quanto a Administração Indireta de todos os poderes, sendo aplicada também às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos.

Além de garantir o direito fundamental de acesso à informação, diversas diretrizes foram previstas pelo art. 3º da citada norma, quais sejam: observância da publicidade como preceito geral e sigilo como exceção;

---

386 BUENO, Gustavo; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. Investigação criminal tecnológica e direitos fundamentais das vítimas de crimes. *Canal Ciências Criminais*, [*s. l.*], 11 dez. 2019. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/791325737/investigacao-criminal-tecnologica-e-direitos-fundamentais-das-vitimas-de-crimes. Acesso em: 22 fev. 2021.

387 BRASIL. *Constituição, de 5 de outubro de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 fev. 2021.

388 BRASIL, 1988.

389 BRASIL, 1988.

divulgação de informações de interesse público; utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; fomento ao desenvolvimento da cultura da transparência na Administração Pública; e desenvolvimento do controle social da Administração Pública.[390]

O art. 5º da Lei de Acesso à Informação prevê ser dever do Estado a garantia de acesso à informação, a qual será repassada, "mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão".[391] O referido texto legal permitiu uma ampliação dos meios de acesso a informações bem como garantiu que o usuário pudesse ter direito a um meio simplificado e rápido.

A Lei de Acesso à Informação definiu, em seu art. 4º, que se considera informação "dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato".[392] Verifica-se que a definição dada pela referida norma é bastante ampla e inclui dados contidos em qualquer meio, incluindo os digitais, o que possibilita o acesso às informações mais completas, atuais e acessíveis sobre o fato em apuração.

Segundo o jurista Eduardo Bolsoni Riboli, a prova digital é fundamental à investigação de cibercrimes e, ainda quantos aos delitos cometidos no mundo físico, apresenta inúmeras vantagens em relação aos meios tradicionais, sobretudo ao fornecer dados como "a localização de um suspeito no momento do crime, a comunicação estabelecida com coautores, a documentação de práticas criminosas ou informações sobre transações relacionadas a uma prática ilícita".[393]

Diante do contexto apresentado, em que a captação de informações valiosas à atividade investigativa atual passa pela utilização de ferramentas

390 BRASIL. *Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

391 BRASIL, 2011.

392 BRASIL, 2011.

393 RIBOLI, Eduardo Bolsoni. "Eu sei o que vocês fizeram no verão passado": o uso de software de espionagem como meio de obtenção de prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 156, 2019. p. 2.

digitais, cabe ao presente estudo identificar os principais métodos de pesquisa disponíveis em meio aberto.

2 · FONTES DE INFORMAÇÃO

A origem de uma informação pode ser entendida como fonte, local onde é possível acessar algum tipo de dado, que, segundo a Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública (DNISP),[394] consiste em

> toda e qualquer representação de fato, situação, comunicação, notícia, documento, extrato de documento, fotografia, gravação, relato, denúncia, etc. ainda não submetida, pelo profissional de ISP, à metodologia de Produção de Conhecimento.

Nesse aspecto, após definir fonte como "qualquer dado ou conhecimento que interesse ao profissional de inteligência ou de investigação para a produção de conhecimentos e/ou provas admitidas em direito",[395] Alesandro Gonçalves Barreto e Emerson Wendt propõem a classificação em fontes de conteúdo aberto e de conteúdo fechado.

Enquanto as últimas possuem restrição de alcance e precisam de algum tipo de autorização para serem disponibilizadas, as fontes de conteúdo aberto estão livremente à disposição do público e não possuem limitação de acesso, sendo obtidas através "da leitura de jornais, periódicos, pesquisas de cunho acadêmico, livros, revistas e principalmente através da Internet".[396]

2.1 · PESQUISA EM FONTES FECHADAS

A atividade investigativa tradicionalmente remete ao acesso de informações que não estão disponíveis a qualquer cidadão. A obtenção de dados em fontes fechadas é mais valorizada na cultura que concede maior relevância ao conteúdo obtido secretamente.

---

394 BRASIL. Ministério da Justiça. *Portaria n. 2, de 12 de janeiro de 2016*. Aprova a Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública, 4ª edição, de acordo com as deliberações do Conselho Especial do SISP. Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2016. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27083673_PORTARIA_N_2_DE_12_DE_JANEIRO_DE_2016. Acesso em: 28 fev. 2021.

395 BARRETO, Alesandro Gonçalves; WENDT, Emerson. *Inteligência e investigação criminal em fontes abertas*. Rio de Janeiro: Brasport, 2020. p. 4.

396 BARRETO; WENDT, 2020, p. 15.

Embora não seja o objetivo deste capítulo, é importante frisar que fonte de conteúdo fechado, além de ser definida como aquela realizada somente com autorização judicial ou utilização de senhas restritas a determinados usuários, também pode ser distinguida quanto à natureza de seus dados.

De acordo com a DNISP,[397] as fontes fechadas podem conter dados protegidos, os quais necessitam de credenciamento para o acesso, ou dados negados, que demandam uma operação de busca para sua obtenção.

Dados protegidos podem ser acessados em cadastro de consumidores das empresas privadas e concessionárias de serviços públicos. Dentre as informações com restrição de acesso, o conteúdo inserido nos bancos de dados dos diversos órgãos de segurança pública do País assume relevância.

Para unificar as principais bases de dados brasileiros, em 2003, a Polícia Civil do Estado de São Paulo criou o Sistema Ômega. A ferramenta de inteligência artificial disponibiliza informações de cadastros dos registros civil e criminal somente a policiais com senha autorizada.

Ainda merece destaque programa do Ministério da Justiça, lançado oficialmente em 16 de dezembro de 2004. A rede Infoseg, a qual permite o acesso ao cadastro de contribuintes da Receita Federal, reúne inúmeros dados de segurança pública dos órgãos de fiscalização do Brasil.[398]

Quanto aos dados negados, são incontestes a preponderância e a assertividade de provas resultantes das medidas cautelares de quebra de sigilo telefônico, bancário, fiscal e bursátil, bem como das interceptações telefônica, telemática e ambiental. Ocorre que tais medidas somente podem ser concedidas por meio de decisão judicial, consoante prevê o ordenamento jurídico brasileiro.

Não é raro que a investigação parta de um cenário no qual os elementos indiciários sejam insuficientes para autorização judicial a dados negados. Ao investigador cabe o desafio de amealhar evidências que justifiquem a mitigação de direitos individuais, ponto em que a importância da pesquisa em fontes abertas ganha ênfase.

---

397 BRASIL, 2016.

398 INFOSEG. *In*: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/INFOSEG. Acesso em: 22 fev. 2021.

2.2 · PESQUISA EM FONTES ABERTAS

Informações disponibilizadas ao público sem qualquer restrição de acesso são então denominadas fontes de conteúdo aberto, sendo permitidos sua livre utilização, o consumo ou o cruzamento por qualquer pessoa. O crescimento da pesquisa em fonte aberta possui relação direta com a democratização da rede mundial de computadores, uma vez que o fenômeno social afeta os hábitos de grande parte da população.

Com efeito, o fluxo contínuo da produção de dados facilita o rastreamento de pessoas e fatos necessários à elucidação de uma conduta criminal. Ao discorrer sobre o uso de imagens em atividades de inteligência, Jó Klanovicz acrescenta que "a oferta de 'fontes abertas' de informações tornou a circulação de dados praticamente irrestrita, e reduziu, do ponto de vista qualitativo, os procedimentos de obtenção de dados de acesso controlado".[399]

Em contraponto à facilidade de acesso a inúmeras informações, antes da aprovação da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) havia grande dificuldade nas investigações de crimes eletrônicos e nas pesquisas realizadas em fontes abertas, sobretudo porque os provedores de conexão e de aplicativos de internet afirmavam que não eram obrigados por lei a manter os registros dos dados e acessos de seus usuários.

Somente após a aprovação do Marco Civil ficaram estabelecidos princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. O art. 13 da mencionada lei, por exemplo, estabelece a obrigação de o provedor de conexão armazenar os registros relativos a seus clientes pelo período de um ano.

Tal prazo poderá ser dilatado, a pedido do Ministério Público ou da autoridade policial ou administrativa, nos termos do § 2º do mencionado dispositivo.[400] No entanto, os provedores de aplicações de internet, consoante prevê o art. 15 da Lei n. 12.965/2014, são obrigados a manterem os registros de acesso de seus usuários apenas pelo prazo de seis meses.[401]

---

399 KLANOVICZ, Jó. Fontes abertas: inteligência e o uso de imagens. *Revista Brasileira de Inteligência*, ABIN, Brasília, v. 2, n. 2, abr. 2006. p. 1.

400 BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Senado Federal, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

401 BRASIL, 2014.

3 · TIPOS DE PESQUISA EM FONTES ABERTAS

A internet disponibiliza as mais variadas informações em meio aberto, de forma rápida e fácil, promovendo maior celeridade às investigações. Todavia, ao escolher o tipo de pesquisa, é importante conhecer as especificidades de cada uma das plataformas tanto para assertividade na extração dos dados quanto para garantir a legitimidade do conteúdo.

Destacam-se as ferramentas em que há maior autenticidade nas informações obtidas, como os Portais de Transparência dos governos federal e estaduais, os endereços eletrônicos dos conselhos profissionais e os sites de tribunais.

Em outra vertente, temos os dados majoritariamente inseridos por particulares, como os obtidos na rede mundial de computadores por meio do Google e outros sites de busca equivalentes, bem como nas diversas redes sociais (Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn, Pinterest, Skype, YouTube, WhatsApp), entre outros.

3.1 · BUSCADORES DISPONÍVEIS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

Os buscadores – também conhecidos como motores de pesquisa ou ferramentas de busca – são programas desenvolvidos com o objetivo de executar diversas tarefas simultâneas que possibilitam a localização dos dados com maior correspondência ao comando do usuário. A partir das palavras-chave fornecidas, são capazes de buscar ocorrências de um determinado assunto em uma página da internet, dentro de uma rede corporativa ou de um computador pessoal.

Ao conceituar essa espécie de ferramenta, a *Wikipédia*[402] a compara a uma espécie de catálogo mágico, pois "permite que uma pessoa solicite conteúdo de acordo com um critério específico (tipicamente contendo uma dada palavra ou frase) e responde com uma lista de referências que combinam com tal critério".[403]

---

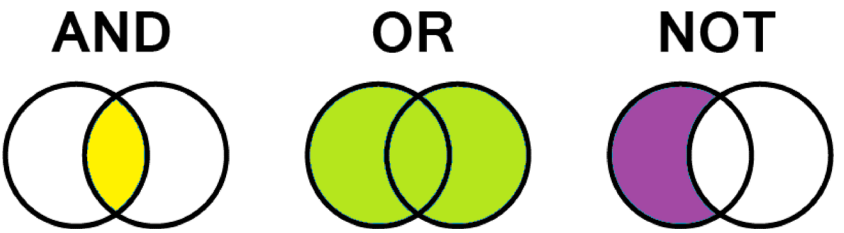
402 O referido site possui características de enciclopédia livre, com edição colaborativa e anônima, razão pela qual não é recomendada sua utilização como única fonte de pesquisa, devendo ser checada a veracidade da informação nele obtida.

403 MOTOR DE BUSCA. *In*: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Motor_de_busca. Acesso em: 22 fev. 2021.

Entre as ferramentas disponíveis, o buscador mais utilizado pelos brasileiros é o Google,[404] seguido por Yahoo[405] e Bing.[406] Para a atividade investigativa é importante destacar a funcionalidade do 20Search,[407] uma vez que a busca é feita em vinte mecanismos de pesquisa, concedendo maior assertividade aos resultados.

Escolhida a ferramenta a ser utilizada, é possível usar símbolos ou palavras que tornem os resultados mais precisos. Com o intuito de racionalizar os filtros para o conteúdo desejado, podem ser empregados operadores *booleanos*[408] – expressão dada em homenagem ao matemático britânico George Boole (1815-1864), que desenvolveu a teoria da lógica binária – para que sejam realizadas operações lógicas como conjunção, disjunção, disjunção exclusiva, equivalência lógica e negação.

FIGURA 1 · REPRESENTAÇÃO DE CONJUNTOS



Fonte: Imagem do site *News Monitor*.[409]

Além das palavras inglesas *AND, OR* e *NOT*, existem diversos outros comandos de pesquisa, que podem variar de acordo com o mecanismo de busca utilizado. Merecem destaque operadores aplicáveis à ferramenta mais popular entre os usuários de todo o mundo (Google):

404 Disponível em: https://www.google.com/. Acesso em: 22 fev. 2021.

405 Disponível em: https://br.yahoo.com/. Acesso em: 22 fev. 2021.

406 Disponível em: https://www.bing.com/?cc=br. Acesso em: 22 fev. 2021.

407 Disponível em: https://www.20search.com/. Acesso em: 22 fev. 2021.

408 BBC. Como matemático inventou há mais de 150 anos a fórmula das buscas no Google. *G1*, [*s. l.*], 2 nov. 2015. Disponível em: http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/11/como-matematico-inventou-ha-mais-de-150-anos-a-formula-das-buscas-no-google.html. Acesso em: 22 fev. 2021.

409 Disponível em: https://www.newsmonitor.com.br/blog/busca-avançada-e-operadores-booleanos. Acesso em: 22 fev. 2021.

QUADRO 1 · PRINCIPAIS COMANDOS DE PESQUISA DO GOOGLE

Operador	Função	Exemplo	Resultado
(")	Para buscar um termo específico, em um contexto mais próximo do que o usuário deseja localizar, deve-se utilizar o sinal de aspas (") no início e no fim da frase.	"investigação criminal"	O resultado da pesquisa mostrará as páginas que contenham exatamente o termo incluído entre aspas. Esta forma de pesquisar é bastante utilizada com nomes completos.
(*)	Para realizar uma pesquisa na qual o usuário não se recorda do nome completo de determinada pessoa ou de uma expressão, utiliza-se o sinal de asterisco (*) em um termo entre aspas.	"Promotor * Masson"	Neste caso, haverá a substituição do asterisco por qualquer palavra que exista entre *Promotor* e *Masson*. O resultado mostrará a palavra *Cleber*.
(+)	Para incluir palavras na pesquisa a ser realizada, deve-se digitar o sinal de adição (+) antes do termo que deseja incluir sem espaço.	investigação criminal +tribunais	O resultado da pesquisa incluirá nos resultados o termo *tribunais*.
(-)	Para excluir palavras na pesquisa a ser realizada, deve-se digitar o sinal de subtração (-) antes do termo que se deseja eliminar sem espaço.	investigação criminal -notícias	O resultado da busca excluirá da pesquisa todos os sites que incluam o termo *notícias*.

Operador	Função	Exemplo	Resultado
(~)	Para buscar termos similares, deve-se utilizar o sinal til (~) antes da palavra.	investigação ~criminal	O resultado exibirá, além do termo *criminal*, palavras similares, tais como *penal*, etc.
(|)	Para buscar dois ou mais termos em uma mesma pesquisa, deve-se digitar a palavra OU ou OR, em letras maiúsculas, ou a barra vertical (|) entre as palavras que se procuram.	investigação | criminal	O resultado da pesquisa incluirá sites que contenham o termo *investigação* ou o termo *criminal*.
(..)	Para pesquisar entre intervalos numéricos, deve-se utilizar dois pontos (..) entre as datas sem espaço.	"investigação criminal 2000..2020"	O resultado mostrará informações sobre investigações criminais ocorridas entre os anos de 2000 e 2020.
site:domínio	Para buscar em um determinado site ou domínio, deve-se inserir a palavra *site* seguida de dois pontos (*site*:) e, em seguida, descrever qual endereço eletrônico ou domínio se deseja pesquisar.	investigação criminal site:stj.jus.br	O resultado apontará todas as referências ao termo *investigação criminal* contidas no endereço eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. Na pesquisa por domínio, o resultado revelará todas as referências ao termo *investigação criminal* contidas em qualquer *website* .jus.

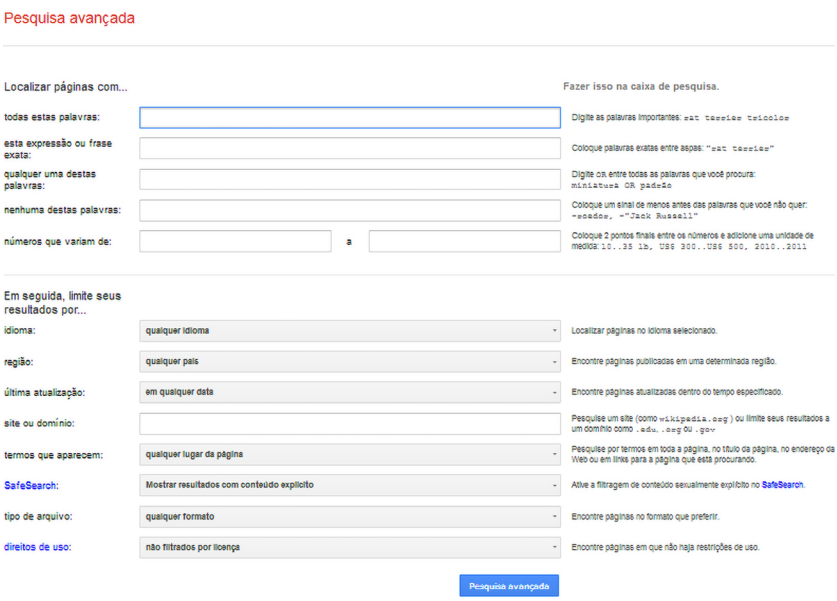
Operador	Função	Exemplo	Resultado
allinurl	Para pesquisar em sites que contenham nas URLs os termos buscados, deve-se digitar a expressão *allinurl* seguida de dois-pontos (:) e do vocábulo pesquisado.	allinurl:investigação	O resultado mostrará os endereços eletrônicos que possuam a palavra *investigação* na própria URL.
allintitle	Para pesquisar em sites que contenham o termo buscado no título das páginas, deve-se digitar a expressão *allintitle* seguida de dois-pontos (:) e da palavra pesquisada.	allintitle:investigação	O resultado exibirá os *websites* que contenham o vocábulo *investigação* no título das páginas.
allintext	Para pesquisar em sites que contenham o termo pesquisado no próprio corpo do texto, deve-se digitar a expressão *allintext* seguida de dois-pontos (:) e do vocábulo.	allintext:investigação	O resultado irá expor os *websites* que contenham a palavra *investigação* no corpo do texto.
allinanchor	Para pesquisar em sites que contenham o termo pesquisado no próprio link de entrada, deve-se digitar a expressão *allinanchor* seguida de dois-pontos (:) e da palavra.	allinanchor:investigação	O resultado apresentará os endereços eletrônicos que possuam links de entrada com o vocábulo *investigação*.

Operador	Função	Exemplo	Resultado
define	Para buscar a definição do termo pesquisado, deve-se digitar a palavra *define* seguida de dois-pontos (:) e da palavra.	define:investigação	O resultado revelará a definição de *investigação*.
filetype	Para pesquisar tipos específicos de extensão de arquivos sobre o termo pesquisado, deve-se digitar a palavra *filetype* seguida de dois-pontos (:) e da extensão desejada.	filetype:pdf investigação	O resultado exibirá os arquivos em PDF que contenham o vocábulo *investigação*.

Fonte: JORGE, Higor Vinicius Nogueira. *Investigação criminal tecnológica*: contém modelos de representações e requisições, além de procedimentos para investigação em fontes abertas. Rio de Janeiro: Brasport, 2018. v. 1. p. 53 [com adaptações].

Além dos comandos específicos mencionados anteriormente, a pesquisa no buscador Google poderá ser potencializada através da "Busca avançada". Há duas formas de acesso: 1) digita-se no navegador o endereço www.google.com.br/advanced_search; neste caso, pode-se buscar o conteúdo desejado com a utilização de diversos filtros; 2) inserem-se os termos a serem explorados, clica-se em "Pesquisa Google", depois em "Configurações" e, por fim, em "Pesquisa avançada".

FIGURA 2 · PESQUISA AVANÇADA



Fonte: Endereço eletrônico do Google.[410]

Ainda é possível criar alertas de pesquisa, nos quais buscadores como Google Alerts[411] e TalkWalker[412] são programados para que não haja a necessidade de o usuário fazer a mesma pesquisa todos os dias. Conforme destacado por Alesandro Barreto, "o princípio a ser seguido é deixar a Internet trabalhar para você".[413] O autor cita que, a partir da inclusão de nomes de foragidos no serviço de alertas, mandados de prisão puderam ser cumpridos em outros estados da federação em decorrência de notícias veiculadas em portais da imprensa.

410 Disponível em: https://www.google.com/advanced_search. Acesso em: 19 nov. 2020.

411 Disponível em: https://www.google.com.br/alerts. Acesso em: 19 nov. 2020.

412 Disponível em: https://www.talkwalker.com/pt. Acesso em: 19 nov. 2020.

413 BARRETO, Alesandro Gonçalves. Utilização de fontes abertas na investigação policial. *Direito & TI – Debates Contemporâneos*, [*s. l.*], 13 nov. 2015. Disponível em: www.direitoeti.com.br/artigos. Acesso em: 19 nov. 2020.

3.2 · PESQUISA NAS REDES SOCIAIS

O mundo digitalmente integrado favorece a cooperação entre indivíduos com diversos propósitos. Não obstante a preponderância dos efeitos positivos das redes sociais, a falsa sensação de anonimato e impunidade concedida por elas tem a capacidade de potencializar os danos provocados por certas condutas criminosas.

Com precisão, Cristina Kunrath afirma que "a criminalidade informática absorveu as características da transnacionalidade, universalidade e ubiquidade".[414] Ocorre que as mesmas características citadas também podem ser empregadas para o desenvolvimento da atividade investigativa, sobretudo com o uso das redes sociais como ferramenta de pesquisa.

A cada minuto, centenas de informações pessoais são voluntariamente disponibilizadas na internet e devem ser vistas como elementos muito importantes no processo de investigação. Dados como localização geográfica em tempo real, acontecimentos e vínculos interpessoais são facilmente monitorados a partir das publicações dos usuários.

Além do próprio investigado, o compartilhamento de fotos, acontecimentos, locais e textos por qualquer pessoa pode ser monitorado e analisado para servir como registros e consequentemente provas de algum crime em investigação.

A renúncia à privacidade intrínseca a esses meios pode favorecer a coleta e a verificação de importantes indícios probatórios. Informações que seriam de acesso restrito ou negado passam a ser facilmente obtidas nas páginas pessoais dos milhões de usuários das diferentes redes sociais existentes.

Ao discorrer sobre pesquisa e monitoramento de redes sociais, Alesandro Barreto e Emerson Wendt destacam a importância da utilização do Facebook e do Twitter pelos profissionais da área de segurança pública, pois através das citadas ferramentas é "possível ter conhecimento sobre venda de drogas, brigas de gangues ou outras atividades criminosas".[415]

Além da pesquisa de forma direta, destaca-se a possibilidade da utilização de ferramentas desenvolvidas para o acompanhamento de redes

414 KUNRATH, Cristina. *A expansão da criminalidade no cyberespaço*. Feira de Santana: Universidade de Feira de Santana, 2017. p. 25.

415 BARRETO; WENDT, 2020, p. 106.

sociais. Embora existam opções gratuitas, os mecanismos mais completos demandam investimento financeiro do usuário, ponto a ser observado pelos órgãos de investigação.

Uma das formas mais práticas de se localizar dados sobre os usuários da popular rede Facebook é a utilização de *websites* de consulta. O site *StalkFace*[416] é muito utilizado em razão de sua simplicidade, pois basta inserir o endereço do perfil ou de uma publicação para ter acesso a diversas opções de pesquisa.

Através do referido *StalkFace*, consoante ressaltou o delegado de Polícia Civil do Estado de São Paulo Higor Vinicius Nogueira Jorge, é possível obter as seguintes informações:

> Perfil: fotos, publicações (histórias), vídeos, grupos, eventos futuros, eventos passados, jogos, apps (aplicativos).
>
> Tag (marcações): fotos, publicações (histórias), vídeos.
>
> Interesses: páginas, partidos políticos, religião, música, filmes, livros, locais.
>
> Curtidas em: fotos, publicações (histórias), vídeos.
>
> Pessoas: família, amigos, colegas de trabalho, colegas de classe, moradores locais.
>
> Comentários em: fotos, histórias, vídeos.
>
> Locais: todos, bares, restaurantes, lojas, ao ar livre, hotéis, teatros.[417]

O referido autor cita ainda outros *websites* que podem ser utilizados para a realização da pesquisa de usuários da rede social Facebook, quais sejam: IntelTechniques,[418] Lookup[419] e Fbookscraper.[420] Nos mesmos moldes, é possível realizar busca na rede social Twitter, com a localização de *tweets* recentes, palavras-chave e *hashtags*, por meio do *website* https://twxplorer.knightlab.com.[421]

---

416 Disponível em: https://stalkface.com/pt/. Acesso em: 19 nov. 2020.

417 JORGE, 2018, p. 81.

418 Disponível em: https://inteltechniques.com. Acesso em: 19 nov. 2020.

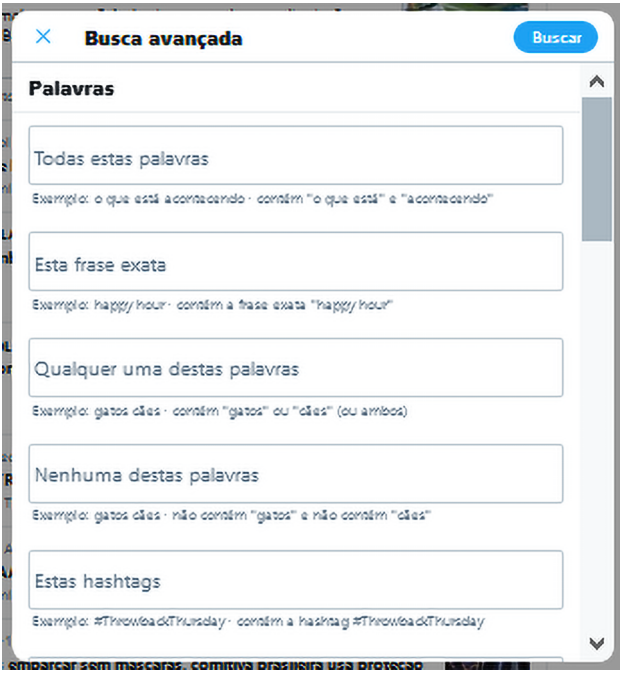
419 Disponível em: lookup-id.com. Acesso em: 19 nov. 2020.

420 Disponível em: http://fbookscraper.com. Acesso em: 19 nov. 2020.

421 Disponível em: https://twxplorer.knightlab.com/. Acesso em: 19 nov. 2020.

A própria plataforma do Twitter também permite a exploração avançada de dados em seu endereço eletrônico. Com acesso similar ao apresentado pelo Google, a pesquisa está disponível por meio do link https://twitter.com/search-advanced.

FIGURA 3 · BUSCA AVANÇADA NO TWITTER



Fonte: Endereço eletrônico da rede social Twitter.[422]

3.3 · PESQUISA EM PORTAIS DE TRANSPARÊNCIA

O art. 8º da Lei de Acesso à Informação[423] determinou ser dever dos órgãos e entidades públicas divulgar as informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. A fim de que fosse cumprida a determinação legal, a própria norma estabeleceu que os órgãos e entidades públicas divulgassem tais dados em endereços eletrônicos

422 Disponível em: https://twitter.com/search-advanced. Acesso em: 19 nov. 2020.

423 BRASIL, 2011.

oficiais da rede mundial de computadores. O § 3º do mencionado artigo dispôs que os sites deverão atender aos seguintes requisitos:

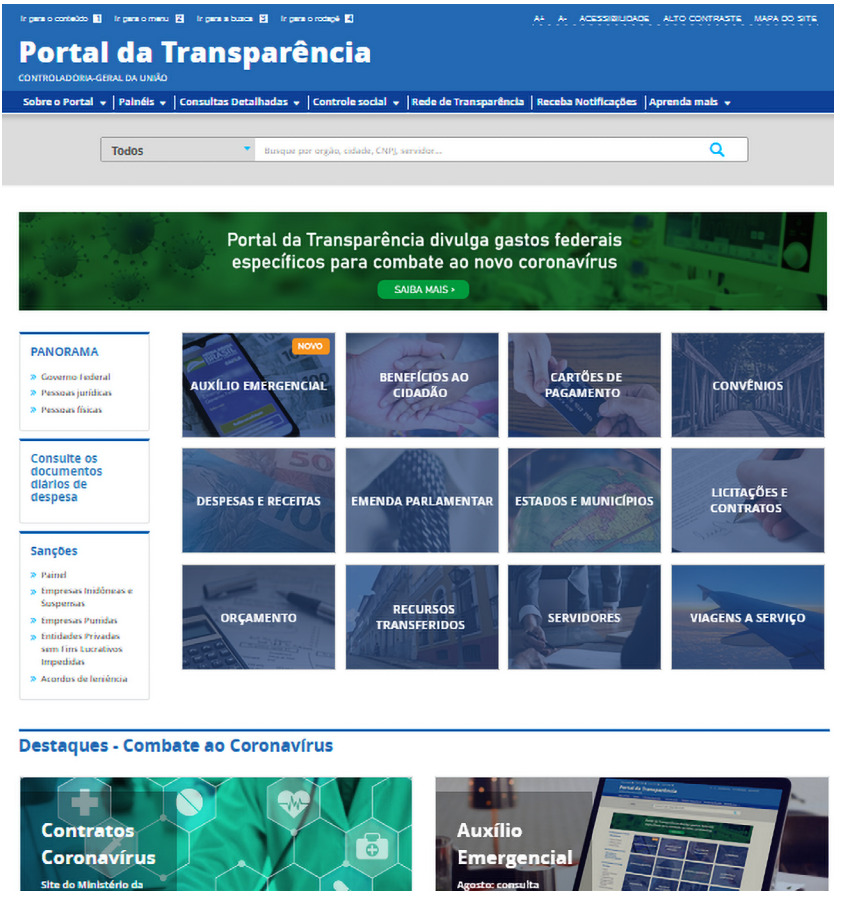
> [...]
>
> I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;
>
> II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;
>
> III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;
>
> IV - divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;
>
> V - garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso;
>
> VI - manter atualizadas as informações disponíveis para acesso;
>
> VII - indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; e
>
> VIII - adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência, nos termos do art. 17 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, e do art. 9º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008.

3.3.1 · PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO GOVERNO FEDERAL

A principal ferramenta de acesso do Poder Executivo Federal é o Portal da Transparência,[424] no qual constam diversas informações relativas a orçamento, receitas e despesas públicas, recursos transferidos, gastos por cartão de pagamento, áreas de atuação do governo, programas de governo, benefícios aos cidadãos, programas e ações orçamentárias, emendas parlamentares, órgãos do governo, servidores públicos, viagens, imóveis funcionais, licitações, contratos, convênios, sanções, entre outras.

424 Disponível em: www.portaldatransparencia.gov.br. Acesso em: 19 nov. 2020.

FIGURA 4 · PÁGINA INICIAL DO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA



Fonte: Endereço eletrônico do Portal da Transparência do Governo Federal.[425]

O Portal da Transparência do Governo Federal foi, inicialmente, lançado em 2004 e reestruturado em 2018 pela Controladoria-Geral da União. Em consulta ao endereço eletrônico, verifica-se como ocorre o funcionamento do site:

> Os dados divulgados no Portal são provenientes de diversas fontes de informação, entre as quais estão os grandes sistemas estruturadores do

425 Disponível em: http://www.portaldatransparencia.gov.br/. Acesso em: 19 nov. 2020.

> Governo Federal – como o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi) e o Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (Siape) –, as bases de benefícios sociais, as faturas de Cartão de Pagamentos do Governo Federal, as bases de imóveis funcionais, entre diversas outras.
>
> Os órgãos responsáveis por cada fonte de informação encaminham seus dados para a CGU, que recebe, reúne e disponibiliza as informações na ferramenta. A periodicidade de envio dos dados depende do assunto tratado, assim como a periodicidade de atualização das informações no Portal. [...]
>
> Uma vez carregadas no Portal, as informações são disponibilizadas para conhecimento do cidadão de diversas formas, como: painéis, consultas detalhadas, gráficos, dados abertos.
>
> O acesso ao Portal não requer usuário nem senhas, sendo permitido a qualquer cidadão navegar pelas páginas de forma livre, bem como visualizar e utilizar os dados disponíveis da forma que melhor lhe convier.[426]

De acordo com o conteúdo publicado no endereço eletrônico, é possível baixar todas as informações em formato aberto, a fim de que os usuários possam fazer cruzamento e análise dos dados. O formato do arquivo escolhido foi o CSV, abreviação do termo em inglês *comma separated values*, que, em português, significa "valores separados por vírgulas". Tal formato "é suportado por quase todos os aplicativos de planilhas eletrônicas e sistemas gerenciadores de banco de dados (SGDB) disponíveis".[427]

É possível realizar consultas detalhadas por temas[428] no site do Portal da Transparência do Governo Federal. Após selecionar o tema desejado, abre-se a opção de filtrar por diversos itens, de acordo com a opção selecionada. Os dados serão detalhados em tabelas, das quais

---

426 Disponível em: http://www.portaltransparencia.gov.br/sobre/o-que-e-e-como-funciona. Acesso em: 2 nov. 2020.

427 Disponível em: http://www.portaltransparencia.gov.br/perguntas-frequentes/dados-abertos. Acesso em: 2 nov. 2020.

428 Os temas possíveis para pesquisa são os seguintes: Benefícios ao Cidadão, Cartões de Pagamento, Contratos, Convênios e outros Acordos, Despesas Públicas, Emendas Parlamentares, Imóveis Funcionais, Licitações, Orçamento, Pessoas Físicas, Pessoas Jurídicas, Receitas Públicas, Recursos Transferidos, Sanções, Servidores Públicos e Viagens a Serviço.

é permitido o *download* ou a impressão bem como se admite ao usuário remover ou adicionar colunas das tabelas. O endereço eletrônico oferece ainda a visualização gráfica em formato de pizza, rosca, barras ou *treemap*.

O primeiro item disponível para pesquisa detalhada são os "Benefícios ao cidadão". O Portal da Transparência do Governo Federal permite buscar informações sobre os recursos públicos transferidos pela União aos cidadãos que sejam participantes dos seguintes programas sociais: Auxílio emergencial,[429] Bolsa Família,[430] Benefício de Prestação Continuada (BPC),[431] Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Peti),[432] Garantia-Safra[433] e Seguro Defeso.[434] As opções de filtro oferecidas pelo site são: busca livre; período; tipo de benefício; UF; município; e valor.

O segundo item disponível para consulta detalhada são os "Cartões de Pagamento". É possível pesquisar no Portal da Transparência do

429 A Lei n. 13.982/2020, em seu art. 2º, concedeu um auxílio financeiro no valor de R$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumprisse os requisitos nela estabelecidos.

430 Consiste em um programa de transferência de renda do Governo Federal, instituído pela Medida Provisória n. 132, de 20 de outubro de 2003, convertida em lei em 9 de janeiro de 2004 pela Lei Federal n. 10.836.

431 O art. 20 da Lei n. 8.742/1993 define como benefício de prestação continuada a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

432 O art. 24-C da Lei n. 8.742/1993 instituiu o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Peti), de caráter intersetorial, integrante da Política Nacional de Assistência Social, que, no âmbito do Sistema Único de Assistência Social (Suas), compreende transferências de renda, trabalho social com famílias e oferta de serviços socioeducativos para crianças e adolescentes que se encontrem em situação de trabalho.

433 O Garantia-Safra foi criado em 2002 e está vinculado ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa). Esse benefício social garante ao agricultor familiar o recebimento de um auxílio pecuniário, por tempo determinado, caso perca sua safra em razão do fenômeno da estiagem ou do excesso hídrico.

434 Pago no valor de um salário mínimo ao pescador artesanal que trabalha de forma ininterrupta e tem sua atividade profissional paralisada durante o período de defeso para a reprodução das espécies.

Governo Federal as transações realizadas nos seguintes cartões de pagamento: Cartões de Pagamento do Governo Federal (CPGF); Cartões de Pagamento do Governo Federal – Compras Centralizadas (CPCC); e Cartões de Pagamento da Defesa Civil (CPDC). Permite-se a filtragem com as seguintes opções: busca livre; mês extrato; período de transação; tipo de cartão; órgão portador; favorecido; e valor.

O terceiro item disponibilizado para consulta detalhada são os "Contratos". Quanto aos contratos, pode-se filtrar a pesquisa por termo livre; período de vigência; período de assinatura do contrato; órgão; forma de contratação; grupo de objeto de contratação; fornecedor; UF do fornecedor; município do fornecedor; número do contrato; situação do contrato; e valor do contrato.

O quarto item disponibilizado no endereço eletrônico do Portal da Transparência do Governo Federal são os "Convênios e outros acordos". O sistema possui dados contidos no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse do Governo Federal (Siconv) e do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi). As opções de filtragem são as seguintes: busca livre; número do convênio; período da última liberação de recurso; período de vigência; convenente; tipo de convenente; órgão; UF; município; situação; tipo de instrumento; função/subfunção; valor liberado; e valor total.

Destaca-se que a pesquisa por convênios e outros acordos não mostra os beneficiários finais dos recursos públicos, mas se restringe a informar um link que direciona o usuário ao endereço eletrônico do Siconv, onde podem ser identificados os fornecedores contratados pelo convenente.

O quinto item disponibilizado pelo Portal da Transparência do Governo Federal são as "Despesas Públicas". Admite-se a utilização dos seguintes filtros: órgão/entidade executora; área de atuação do governo; programação orçamentária; classificação contábil da despesa; favorecido da despesa; e documentos diários da despesa.

Na consulta de despesa pública por favorecido, é possível verificar os gastos públicos federais dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, salvo aquelas que não executam despesas pelo Siafi. Nesse sentido, confira-se a figura a seguir:

FIGURA 5 · CONSULTA DA DESPESA PÚBLICA NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO GOVERNO FEDERAL

Fonte: Endereço eletrônico do Portal da Transparência do Governo Federal.[435]

O sexto item disponibilizado pelo Portal da Transparência do Governo Federal são as "Emendas Parlamentares". Trata-se das emendas que os congressistas apresentam ao orçamento da União. As opções de filtragem são: busca livre; período; nome do autor; função e subfunção; valor empenhado; valor liquidado; e valor pago. Caso o usuário queira identificar o beneficiário dos valores, deverá primeiramente detalhar a emenda e clicar no número do documento de pagamento.

O sétimo item prevê a opção de busca relativa aos imóveis funcionais de propriedade da União, situados no Distrito Federal e administrados pelo Ministério do Planejamento, pelo Ministério da Defesa, pelo Ministério das Relações Exteriores, pela Presidência da República e pela Secretaria de Coordenação e Governança do Patrimônio da União. A pesquisa pode ser realizada a partir da "Relação dos Imóveis" ou da "Relação de Ocupantes".

A partir da relação de imóveis,[436] a pesquisa pode ser filtrada por busca livre, órgão responsável pela gestão, situação do imóvel, região, CEP ou

435 Disponível em: http://www.portaldatransparencia.gov.br/despesas/lista-consultas. Acesso em: 4 dez. 2020.

436 Disponível em: http://www.portaldatransparencia.gov.br/imoveis-funcionais/imoveis?ordenarPor=endereco&direcao=asc. Acesso em: 4 dez. 2020.

endereço. A partir da relação de ocupantes, é possível filtrar a pesquisa por busca livre, pelo nome do ocupante do imóvel ou pelo CPF, pelo órgão de exercício e pelo período da ocupação.

O oitavo item admite a busca por "Licitações do Poder Executivo Federal". As opções de filtragem são: busca livre; data de resultado da compra; data de abertura; situação; modalidade; instrumento legal de contratação; e órgão. Verifica-se que a pesquisa por licitações não admite que a busca seja realizada por nome ou CNPJ da empresa participante. Ao clicar em detalhar, aparecem os dados da licitação, itens licitados, participantes da licitação, contratos e empenhos.

O nono item refere-se ao "Orçamento", no qual podem ser pesquisados o "Orçamento da Receita Pública" e o "Orçamento da Despesa Pública". Os filtros que podem ser usados para o orçamento da despesa pública são: busca livre; período; órgão; orçamento inicial; orçamento atualizado; orçamento realizado; função e subfunção; programa orçamentário; ação orçamentária; grupo de despesa; e elemento de despesa. Já para a receita pública as opções de filtros são: busca livre; período; órgão; natureza da receita; orçamento inicial; e orçamento atualizado.

O décimo e o décimo primeiro item preveem a busca por pessoas físicas e jurídicas respectivamente. Para investigar pessoas físicas ou jurídicas no site da transparência do Governo Federal, deve-se inserir nome, completo ou parcial, Número de Identificação Social (NIS) ou CPF/CNPJ. Na pesquisa por pessoa física, é possível refinar a busca com as seguintes opções: servidor público; beneficiário de programa social; portador de cartão de pagamento do Governo Federal; portador de cartão da Defesa Civil; possuidor de sanção vigente; ocupante de imóvel funcional; possuidor de contrato com o Governo Federal; e favorecido de recurso público.

Na pesquisa por pessoa jurídica, é possível refinar a busca com as seguintes opções: natureza jurídica da empresa (Administração Pública, entidades empresariais privadas, entidades sem fins lucrativos, organizações internacionais e outras instituições extraterritoriais); valor recebido em gastos diretos do Governo Federal; valor recebido por meio de transferências de recursos; fornecedor (bens patrimoniais, materiais, obras, serviços, outros); possuidor de sanção vigente; e localidade da pessoa jurídica.

Para restringir o resultado das pesquisas, é recomendável a utilização de aspas no início e no fim quando o critério escolhido for nome. Nesse caso, o resultado da busca mostrará apenas os registros em que apareçam todos os termos pesquisados independentemente da ordem.

O décimo segundo item admite a busca por "Receita Pública da União". A pesquisa permite a utilização dos seguintes filtros: busca livre; período; órgão; natureza da receita; orçamento atualizado; e receita realizada.

O décimo terceiro item prevê a busca por "Recursos Transferidos". Trata-se dos valores públicos que a União transfere para estados, municípios e entidades privadas. É possível filtrar a pesquisa com as seguintes opções: busca livre; período; tipo de transferência; tipo de favorecido; UF; município; área de atuação; programa orçamentário; ação orçamentária; órgão; grupo de despesa; elemento de despesa; e modalidade de aplicação.

O décimo quarto item permite a busca por sanções civis e administrativas aplicadas a pessoas físicas e jurídicas constantes em acordos de leniência, Cadastro de Entidades Privadas sem Fins Lucrativos Impedidas (Cepim),[437] Cadastro de Expulsões da Administração Federal (Ceaf),[438] Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis)[439] e Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep).[440]

O décimo quinto item admite busca de informações sobre os servidores e agentes públicos constantes no Sistema Integrado de Administração de Pessoal (Siape), no Banco Central do Brasil (Bacen) e nos Comandos Militares (Aeronáutica, Exército e Marinha). A partir do CPF ou nome do servidor, realiza-se a pesquisa dos vínculos atuais da pessoa em tabelas. O Portal da Transparência admite o detalhamento da pesquisa por órgão ou por vínculo. Ao clicar na opção "detalhar", abrem-se diversos dados do servidor, com detalhamentos em abas sobre vínculos vigentes, ficha de remuneração e histórico dos vínculos com o Poder Executivo Federal.

437 O Cadastro de Entidades Privadas sem Fins Lucrativos Impedidas (Cepim) apresenta a relação de entidades privadas sem fins lucrativos que estão impedidas de celebrar novos convênios, contratos de repasse ou termos de parceria com a Administração Pública Federal, em razão de irregularidades não resolvidas em convênios, contratos de repasse ou termos de parceria firmados anteriormente.

438 O Cadastro de Expulsões da Administração Federal (Ceaf) é um banco de dados mantido pela Controladoria-Geral da União (CGU) que reúne informações, desde 2004, sobre os servidores civis do Poder Executivo Federal punidos com demissão, destituição ou cassação de aposentadoria.

439 O Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) apresenta a relação de empresas e pessoas físicas que sofreram sanções que implicaram a restrição de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública.

440 O Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep) apresenta a relação de empresas que sofreram qualquer das punições previstas na Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

Por fim, o décimo sexto item permite a opção de busca por "Viagens a serviço", desde que tenham sido encerradas no Sistema de Concessão de Diárias e Passagens (SCDP) ou Diárias e Passagens (Bacen). As opções de filtragem são as seguintes: busca livre; identificador do processo de viagem; número da proposta; início e fim do afastamento; órgão; pessoa que realizou as viagens; tipo de viagem; situação (realizada ou não realizada); se a viagem é ou não urgente; valores das diárias; valores das passagens; outros gastos; e valor total. Além disso, ao detalhar a viagem, pode-se obter a íntegra do itinerário realizado.

4 · VALIDADE DAS PESQUISAS EM FONTES DE CONTEÚDO ABERTO

Do estudo proposto, constata-se que a evolução tecnológica traz o aprimoramento dos métodos de investigação tradicionais promovendo resultados mais satisfatórios. Nesse sentido, Eduardo Bolsoni Riboli assevera que:

> A mudança para uma sociedade da informação, cada vez mais vinculada ao ciberespaço, apresenta novos desafios para os órgãos policiais, para as autoridades judiciais e para o sistema jurídico de cada país, especialmente quanto à obtenção de prova penal em ambiente digital. As diferentes possibilidades de se obter, guardar e processar dados em sistemas informáticos desafiam o modo como as autoridades policiais e judiciais operam em matéria de investigação criminal, pois os métodos tradicionais de obtenção de prova mostram-se cada vez mais inadequados para a consecução de dados que não mais se encontram em um local físico, mas sim em um ambiente digital.
>
> Atualmente, a prova digital não é unicamente relevante à investigação de cibercrimes, ela ganha cada vez mais destaque na averiguação de crimes cometidos no mundo físico. Informações digitais contidas em dispositivos eletrônicos, sistemas informáticos e redes de comunicação podem fornecer dados valiosos para as autoridades encarregadas pela investigação criminal, como a localização de um suspeito no momento do crime, a comunicação estabelecida com coautores, a documentação de práticas criminosas ou informações sobre transações relacionadas a uma prática ilícita.[441]

O ordenamento jurídico brasileiro não proíbe a utilização de prova de conteúdo eletrônico. Apesar de não existir previsão legal específica validando

441 RIBOLI, 2019, p. 91/139.

os elementos de prova colhidos em meios digitais, é possível interpretar os dispositivos legais existentes de forma extensiva.

O Código de Processo Civil (CPC), em seu art. 193,[442] dispõe que os atos processuais podem ser produzidos, comunicados, armazenados e validados na forma digital, consoante previsão em lei. Além disso, visando dar eficácia ao princípio da instrumentalidade das formas, o referido dispositivo considera válidos os atos processuais praticados por meio eletrônico que não foram objeto de certificação digital, contanto que tenham atingido a finalidade e não haja prejuízo às partes.

A lei processual civil possui norma de conteúdo geral, afirmando que as partes poderão utilizar-se de todos os meios de prova admitidos em direito para comprovar a veracidade dos fatos alegados, ainda que não sejam especificados naquele código (art. 369, CPC).[443] Destaca-se que o Código Civil, em seu art. 107,[444] também pressupõe de modo amplo que a validade de uma declaração de vontade não dependerá de forma especial, salvo quando a lei o exigir de maneira expressa.

Desse modo, a lei civil admite que as provas digitais relativas a condutas ou coisas são aceitas e, inclusive, fazem prova plena, caso não sejam impugnadas pela parte contrária. Nesse sentido, confira-se o inteiro teor do art. 225 do Código Civil: "As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão".[445]

Já o Código de Processo Penal (CPP) admite que as partes podem apresentar documentos em qualquer fase do processo, salvo as exceções previstas em lei (art. 231, CPP). O dispositivo seguinte considera documentos quaisquer "escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares" (art. 232, CPP).[446]

---

442 BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

443 BRASIL, 2015.

444 BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

445 BRASIL, 2002.

446 BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

Dessa forma, demonstrada a aceitação das provas colhidas em meio eletrônico, é possível verificar vários exemplos de casos julgados com o auxílio desses elementos digitais tanto na área civil quanto criminal. Cite-se, nesse sentido, um *habeas corpus* julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), autuado sob o n. 103425, proveniente do Estado do Amazonas.

Naquela hipótese, discutia-se a validade das provas eletrônicas colhidas em meio aberto sem autorização judicial. O *writ* foi impetrado pela Defensoria Pública da União em favor do paciente Efrain Santos da Silva, condenado em primeira instância, pela prática dos crimes previstos nos arts. 155, 216 e 298, todos do Código Penal Militar, à pena de 3 anos, 6 meses e 9 dias de reclusão, em regime aberto, e à exclusão das Forças Armadas do Brasil.

Segundo a peça acusatória, o paciente, sargento do Exército, por meio de panfletos eletrônicos divulgados na rede mundial de computadores, incitou militares à desobediência, à indisciplina, à prática de delitos contra as instituições bem como desacatou diversos militares e ofendeu sua dignidade.

No mencionado *habeas corpus*, a Defensoria Pública questionou a validade das provas colhidas em uma *lan house*. Durante a investigação criminal, verificou-se que os mencionados panfletos digitais teriam sido enviados através de computadores localizados no referido estabelecimento. O proprietário da empresa reconheceu que o paciente havia estado no local nos dias e horários dos envios das mensagens e permitiu que os investigadores realizassem a perícia do computador utilizado.

Tais provas subsidiaram a identificação do paciente como o autor das mensagens eletrônicas enviadas, ocasionando a sua condenação. Segundo a Defensoria Pública, os referidos elementos probatórios seriam ilícitos por violação ao direito de privacidade do paciente, na medida em que o acesso às informações contidas no computador da *lan house* foi obtido sem a sua autorização e na ausência de determinação judicial.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, através da Primeira Turma, reconheceu ser desnecessária a autorização judicial ou o assentimento do próprio usuário temporário do computador, em razão de a investigação na *lan house* não ter tido o objetivo de desvelar o conteúdo das mensagens enviadas pelo paciente, pois estas, inclusive, já eram conhecidas pelos investigadores. Entendeu a Corte Suprema que

> [...] a investigação na *Lan House* apenas propiciou o acesso pela investigação a dados que permitiram identificar o paciente como o responsável

> pelo envio da mensagem criminosa, e não a própria mensagem, o que já se tinha anteriormente em decorrência da própria ação delitiva.[447]

Ademais, ressaltou o STF que o paciente não teria direito ao sigilo dos dados registrados na *lan house*, pois o computador pertencia ao proprietário do estabelecimento, o qual poderia ter pleno acesso às informações registradas pelo cliente bem como compartilhá-las com a autoridade policial. Neste sentido, concluiu o Tribunal Superior que

> [...] se o criminoso utiliza momentaneamente computador alheio, o acesso pela autoridade policial ao conteúdo desse computador demanda o assentimento do proprietário, e não do usuário temporário, não mantendo este qualquer expectativa de privacidade que não esteja ao alcance da vontade do proprietário.[448]

Outro exemplo de validação das provas produzidas com fundamento em fontes abertas ocorreu no julgamento do Recurso Especial n. 1.861.383/SC (2020/0031502-9),[449] no qual se reconheceu a possibilidade de realizar investigações preliminares de notícias anônimas a partir de fontes abertas. Na hipótese discutida, os réus alegavam nulidade da interceptação telefônica deferida sob o fundamento de que o procedimento investigatório se baseava apenas em uma notícia anônima.

Não obstante a tese defensiva, o ministro Joel Ilan Paciornik negou provimento à irresignação especial ao reconhecer que, após a notícia anônima, foram realizadas investigações preliminares pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco), as quais apuraram por meio de fontes abertas a plausibilidade da notícia apócrifa.

Embora as redes sociais sejam meios inovadores, os tribunais superiores já reconhecem sua utilização para comprovar condutas das partes envolvidas nos processos. Com cada vez mais frequência a jurisprudência valida o histórico da vida de uma pessoa, as fotos, a localização, as

---

447 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus n. 103.425*. Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2541738. Acesso em: 28 fev. 2021.

448 BRASIL, 2012.

449 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.861.383* – Decisão Monocrática. Brasília, 14 de agosto de 2020a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=%28%221861383%22%29+E+%2216091+113650332%22.COD.&thesaurus=&p=true. Acesso em: 28 fev. 2021.

postagens e até mesmo as curtidas e os comentários virtuais como elementos idôneos para elucidação de um crime.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão proferida nos autos do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 119.577/AL,[450] manteve a prisão preventiva do réu Luiz Felipe da Silva Macena. A custódia cautelar do recorrente foi mantida em razão da gravidade concreta do delito (art. 157, § 2º, inciso II, e § 2º-A, do Código Penal) aliada ao fato de a vítima ter sofrido ameaças contra si e sua família por meio da página do Instagram de seu estabelecimento.

Em julgamento proferido em sede de *habeas corpus* (HC n. 628870/PR),[451] o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, inclusive, a incidência da figura do erro de tipo em delito de estupro no qual o réu conheceu a vítima pelo Facebook e na referida rede social constava a informação de que ela era maior de 14 anos.

No caso discutido, o réu marcou encontro com a ofendida pela referida rede social e a levou para sua casa, onde, mediante consentimento, mantiveram relações sexuais. Consta que o paciente, além de conferir a idade no Facebook, perguntou à menor sua idade, que teria afirmado ter 15 anos. Após a primeira relação sexual, a vítima contou que tinha 13 anos, e mesmo assim o réu manteve, em outra oportunidade, conjunção carnal com a menor.

Diante desses fatos reconhecidos pelas instâncias ordinárias, o STJ concluiu que haveria a incidência de erro de tipo em relação ao primeiro estupro, diante da ausência de dolo do réu, na medida em que o agente desconhecia o fato de estar se relacionando com menor de 14 anos, por afirmação da própria ofendida e em razão da idade dela inserida no perfil da rede social Facebook. Quanto ao segundo estupro, o Superior Tribunal de Justiça manteve a condenação do paciente, pois este já tinha ciência de que a vítima tinha 13 anos de idade e ainda assim manteve relação sexual com ela.

---

450 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 119.577/AL*. Brasília, 4 de fevereiro de 2020c. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903178007&dt_publicacao=10/02/2020. Acesso em: 12 mar. 2021.

451 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus n. 628.870/PR*. Brasília, 15 de dezembro de 2020b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003115236&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em: 12 mar. 2021.

5 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

A era da informação permitiu um grande avanço nas investigações criminais, sobretudo por meio da multiplicação de fontes abertas. Atualmente, o investigador tem acesso às inúmeras informações que podem ser obtidas sem a necessidade de senhas ou credenciamento especial, o que permite coleta rápida de dados e celeridade na instrução processual.

Em algumas situações, os registros colhidos em fontes abertas podem necessitar de eventual validação ou complementação em fontes de conteúdo fechado. Isso pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses de pessoas físicas ou jurídicas que sejam homônimas ou quando os sites contenham erros nos dados. Ainda, é preciso observar a facilidade com que as informações podem ser inseridas na internet, muitas vezes não passando por qualquer controle de veracidade.

A cada dia a propagação de *fake news* é mais comum, podendo ser verificada a dimensão dos danos ocasionados por informações anônimas. Conforme destacado por Alesandro Barreto, "a internet é 'território livre', onde as pessoas postam ou escrevem assuntos que podem não ser verdadeiros e não devem ser levados em conta nessa coleta".[452]

De todo modo, o fluxo contínuo de dados produzidos na rede mundial de computadores deve ser visto como meio vantajoso. A pesquisa em fontes abertas é de fundamental importância para a fluidez das investigações, especialmente para orientar quanto à viabilidade de determinada linha investigativa.

Durante uma investigação criminal, a verificação da autenticidade do conteúdo obtido em meio aberto merece ser ponto de atenção. Cabe ao pesquisador dar preferência a dados oriundos de endereços eletrônicos que gozem de maior grau de confiança, como os sites de domínio do Poder Público.

A coleta de informações em fontes abertas pode permitir ao pesquisador o acesso a diversos dados, tais como: rendimentos, processos judiciais, atuações profissionais, vínculos pessoais, etc. A partir de dados iniciais colhidos em sites de domínio público, é possível concluir, por exemplo, se determinada notícia anônima registrada nos órgãos de investigação tem indícios de autoria e materialidade que devem ou não ser aprofundados com outras diligências.

452 BARRETO, 2015.

De todo modo, não se afasta a importância das informações trazidas por pesquisas em redes sociais, que podem figurar como elemento norteador da atividade investigativa e, sendo possível sua corroboração, até mesmo como indício probatório a ser utilizado durante a persecução criminal. As opções de coletas em fontes abertas são infinitas e a cada dia se incorporam mais ao campo da inteligência investigativa; contudo, Jó Klanovicz salienta que trabalhar com elas implica considerar "aspectos jurídicos que ora favorecem sua aquisição e ora a cerceiam".[453]

Essa relação se deve à necessidade de acompanhar a exponencial evolução nas relações sociais sem ultrapassar o limite de mitigação das liberdades individuais do investigado. Cabe aos órgãos do Poder Judiciário o constante desafio de modernizar as técnicas que possibilitem a busca da verdade real intrínseca ao direito criminal em equilíbrio com a tutela conferida pelos direitos fundamentais à privacidade, à inviolabilidade do domicílio e ao segredo das comunicações.

Ainda de maneira restrita, os tribunais superiores têm reconhecido a validade das pesquisas em fontes abertas para admitir aberturas de inquéritos, deferir quebras de sigilo e outras diligências investigativas solicitadas pelo Ministério Público. O sistema jurídico brasileiro demonstra caminhar para a validação das evidências colhidas em meio aberto digital de acordo com as demais provas e os indícios colhidos no caso concreto.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Alesandro Gonçalves. Utilização de fontes abertas na investigação policial. *Direito & TI – Debates Contemporâneos*, [*s.l.*], 13 nov. 2015. Disponível em: www.direitoeti.com.br/artigos. Acesso em: 19 nov. 2020.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; WENDT, Emerson. *Inteligência e investigação criminal em fontes abertas*. Rio de Janeiro: Brasport, 2020.

BBC. Como matemático inventou há mais de 150 anos a fórmula das buscas no Google. *G1*, [*s. l.*], 2 nov. 2015. Disponível em: http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/11/como-matematico-inventou-ha-mais-de-150-anos-a-formula-das-buscas-no-google.html. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. *Constituição, de 5 de outubro de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 fev. 2021.

453 KLANOVICZ, 2006, p. 1.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Senado Federal, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Portaria n. 2, de 12 de janeiro de 2016*. Aprova a Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública, 4ª edição, de acordo com as deliberações do Conselho Especial do SISP. Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2016. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27083673_PORTARIA_N_2_DE_12_DE_JANEIRO_DE_2016. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.861.383* – Decisão Monocrática. Brasília, 14 de agosto de 2020a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=%28%221861383%22%29+E+%2216091+113650332%22.COD.&thesaurus=&p=true. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus n. 628.870/PR*. Brasília, 15 de dezembro de 2020b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003115236&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 119.577/AL*. Brasília, 4 de fevereiro de 2020c. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903178007&dt_publicacao=10/02/2020. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus n. 103.425*. Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2541738. Acesso em: 28 fev. 2021.

BUENO, Gustavo; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. Investigação criminal tecnológica e direitos fundamentais das vítimas de crimes. *Canal Ciências Criminais*, [*s. l.*], 11 dez. 2019. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/791325737/investigacao-criminal-tecnologica-e-direitos-fundamentais-das-vitimas-de-crimes. Acesso em: 22 fev. 2021.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

INFOSEG. *In*: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/INFOSEG. Acesso em: 22 fev. 2021.

JORGE, Higor Vinicius Nogueira. *Investigação criminal tecnológica*: contém modelos de representações e requisições, além de procedimentos para investigação em fontes abertas. Rio de Janeiro: Brasport, 2018. v. 1.

KLANOVICZ, Jó. Fontes abertas: inteligência e o uso de imagens. *Revista Brasileira de Inteligência*, ABIN, Brasília, v. 2, n. 2, abr. 2006.

KUNRATH, Cristina. *A expansão da criminalidade no cyberespaço*. Feira de Santana: Universidade de Feira de Santana, 2017.

MOTOR DE BUSCA. *In*: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Motor_de_busca. Acesso em: 22 fev. 2021.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. "Eu sei o que vocês fizeram no verão passado": o uso de software de espionagem como meio de obtenção de prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 156, 2019.

CAPÍTULO 12

QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL

Marco Antônio Coutinho

1 · INTRODUÇÃO

Neste capítulo, é trabalhada toda a problemática envolvendo o sigilo bancário e fiscal, tentando, de maneira clara e objetiva, demonstrar o panorama jurídico que circunda o tema.

Inicialmente, será exposta a natureza jurídica dos sigilos bancário e fiscal, evidenciado pelo arcabouço normativo dedicado à sua proteção. Em sequência, verificar-se-ão as hipóteses de seu afastamento (quebra), bem como os requisitos necessários que devem ser observados para a decretação da medida.

Serão, ainda, apresentadas questões de ordem prática que possam surgir quando da requisição dos dados financeiros ou até mesmo quando de sua análise pelos órgãos de persecução.

Assim, o leitor compreenderá todo o panorama jurídico existente envolvendo as possibilidades de afastamento do sigilo bancário e fiscal, com suas respectivas hipóteses e requisitos. Também poderá entender como melhor operacionalizar referida quebra, sempre a buscar a efetividade da investigação, sem deixar de lado a observância dos direitos assegurados às pessoas investigadas.

2 · DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL

De modo geral, algumas informações ou dados relativos ao sujeito, às vezes em posse de terceiros, dizem muito sobre a intimidade e a vida privada das pessoas. A fim de preservar essa intimidade do sujeito de

direitos, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 5º, incisos X e XII, a proteção a tais informações e dados.

Prescreve a Constituição, respectivamente, que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"[454] e que

> é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.[455]

Ao dar concretude a esses comandos constitucionais, o legislador ordinário editou algumas leis em que submete diversos profissionais a uma regra de manutenção de segredo, quando em posse de dados e informações pessoais de terceiros no exercício profissional.[456] É o que ocorre com o advogado, o médico, o psicólogo, o contador, o agente público e o banqueiro, por exemplo.

Esse é o caso do sigilo bancário e fiscal. Tratado como medida de proteção à vida privada e à intimidade dos indivíduos, foi alçado pela Constituição como direito fundamental não por uma matriz expressa e específica, mas decorrente da cláusula geral de proteção à intimidade (incisos X e XII do art. 5º da CF).

De fato, o sigilo bancário e fiscal tem sido considerado pelos nossos tribunais superiores como assunto sujeito à proteção da vida privada dos indivíduos.[457]

Corroboram esse entendimento as lições de Ingo Sarlet:

> No caso da Constituição Federal, a proteção do sigilo fiscal e bancário foi, de acordo com a voz majoritária no direito brasileiro, deduzida dos direitos à privacidade e à intimidade, constituindo uma particular

454 BRASIL. *Constituição, de 5 de outubro de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

455 BRASIL, 1988.

456 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. p. 553.

457 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. p. 435.

> manifestação destes, em que pese alguma controvérsia inicial sobre a sede mais adequada de tais direitos.
>
> A própria discussão sobre o caráter fundamental do sigilo fiscal e bancário – discussão que se legitima pelo fato de não se tratar de direito expressamente consagrado no texto constitucional – coloca algumas questões dignas de nota, pois há quem encare com reservas o fato de se incluir na esfera dos direitos pessoais, além de um "direito ao segredo de ser", também um "direito ao segredo de ter", ainda mais em virtude da magnitude dos direitos e interesses, especialmente públicos, colidentes com tal segredo em matéria patrimonial, fiscal e bancária, o que não afetaria os casos de sigilo profissional (médicos, psiquiatras, psicoterapeutas, advogados etc.), que guardam relação com a privacidade de quem deposita legítima (e mesmo necessária) confiança em tal segredo.
>
> Independentemente das possíveis objeções ao reconhecimento de um direito (garantia) fundamental ao sigilo fiscal e bancário, doutrina e jurisprudência, como já sinalado, como tal o consagraram na ordem constitucional brasileira.[458]

Partindo dessas premissas, agora especificamente em relação ao sigilo bancário, pode-se defini-lo como o dever legal imposto aos bancos e aos agentes financeiros de não devassar informações, dados e negócios de seus clientes para preservar-lhes a intimidade e a vida privada.

Outro importante conceito é dado por Paulo Gonet Branco, pois o sigilo bancário, para ele,

> consiste na obrigação imposta aos bancos e a seus funcionários de discrição, a respeito de negócios, presentes e passados, de pessoas com que lidaram, abrangendo dados sobre a abertura e o fechamento de contas e a sua movimentação.[459]

Nelson Abrão, ao discorrer sobre o tema, assevera que:

> [O] sigilo bancário se caracteriza como sendo a obrigação do banqueiro – a benefício do cliente – de não revelar certos fatos, atos, cifras ou outras informações de que teve conhecimento por ocasião do exercício de sua atividade bancária e notadamente aqueles que concernem a seu cliente, sob pena de sanções muito rigorosas, civis, penais ou disciplinares.[460]

---

458 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. p. 461.

459 MENDES; BRANCO, 2019, p. 436.

460 ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*. p. 60.

O dever legal de manutenção do sigilo bancário está previsto na Lei Complementar n. 105/2001, a qual prevê, em seu art. 1º, que "as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados".[461]

Os dados bancários, de modo geral, estão em poder de instituições privadas, salvo os casos de instituições financeiras estatais (federais, estaduais e municipais), que, contudo, regem-se pelos princípios da iniciativa privada (art. 173, § 1º). Desse modo, o dever de manutenção de sigilo bancário é dirigido às instituições financeiras em geral e a seus funcionários. Já os dados fiscais encontram-se, em princípio, sob a guarda do fisco federal, estadual e municipal, sendo o dever de sigilo dirigido a essas entidades estatais e a seus agentes.[462]

O dever legal de salvaguardar o sigilo fiscal está previsto no art. 198 do Código Tributário Nacional, que determina:

> Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.[463]

Partindo do comando legal, o *Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil* define o sigilo fiscal do seguinte modo:

> Tem-se, portanto, que sigilo fiscal é o dever, a obrigação imposta à Fazenda Pública e a seus servidores de não divulgar informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo, ou de terceiros, e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.[464]

---

461 BRASIL. *Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001*. Regulamenta o sigilo bancário e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2001a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

462 TAVARES, 2017, p. 551.

463 BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Código Tributário Nacional. Brasília: Senado Federal, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

464 BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil*. Coordenação de Aylton Dutra Leal. Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2011a. p. 14. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/manual-sigilo-fiscal-receita-federal.pdf. Acesso em: 25 nov. 2020.

Percebe-se, portanto, que os sigilos bancário e fiscal possuem matriz constitucional, sendo tratados como direitos fundamentais pelo texto maior e pelas legislações correlatas.

3 · RELATIVIZAÇÃO DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL

Apesar de a proteção ao sigilo bancário e fiscal representar expressão do direito fundamental à intimidade e à vida privada, ela não é absoluta, podendo ser afastada em determinadas situações.

Paulo Gonet Branco ensina que:

> Tornou-se voz corrente na nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais.[465]

Do mesmo modo, George Marmelstein leciona que:

> Embora os direitos fundamentais tenham o *status* constitucional, tem-se aceitado que a norma infraconstitucional pode ser utilizada para restringir ou limitar o seu conteúdo, especialmente quando há autorização constitucional (reserva legal).
>
> [...]
>
> E mesmo quando não há previsão constitucional, tem-se admitido que os direitos fundamentais podem ser restringidos, desde que a limitação seja para proteger ou preservar outro valor constitucional.[466]

Também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde que observados os ditames legais, por decisão devidamente fundamentada, vem aceitando o afastamento do sigilo bancário e fiscal, pois o sigilo "deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça".[467]

---

465 MENDES; BRANCO, 2019, p. 210.

466 MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 369-370.

467 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo* [recurso digital]. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação do STF, 2011b. p. 106.

Assim, como o sigilo bancário e fiscal encontra-se restrito ao predomínio do interesse individual, havendo conflito entre este e o interesse público, há que se fazer um juízo de ponderação entre eles.

A quebra do sigilo bancário e fiscal, na seara processual penal, vem sendo classificada "como meio de obtenção de prova, funcionando como ferramenta adequada para a revelação das informações referentes à utilização dos serviços disponibilizados pelas instituições financeiras".[468]

Ressalte-se que parte da doutrina e, inclusive, a jurisprudência correlacionam o instituto da quebra bancária e fiscal como, além de meio de obtenção de prova, medida cautelar.[469]

Seja de um ou de outro modo considerada, a efetivação da quebra bancária e fiscal pode ser operacionalizada, em casos específicos, por ordem da Autoridade Fazendária, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, das Comissões Parlamentares de Inquérito e da Autoridade Judiciária.

3.1 · PELA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA

A Administração Fazendária Federal, Estadual, Distrital e Municipal, quando instaurado processo administrativo ou houver procedimento fiscal em curso e sendo indispensável a análise dos dados bancários do contribuinte, poderá requisitá-los às instituições financeiras, diretamente, sem prévia autorização judicial, conservando-se, todavia, o sigilo dos resultados dos exames, das informações e dos documentos obtidos.[470]

A hipótese do afastamento do sigilo bancário diretamente pelo fisco está prevista no art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, que prevê:

> Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive

468 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal* – Volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 860.

469 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.197.444/RJ. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 27 de agosto de 2013. *DJe*, 5 set. 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30552704&num_registro=201001073020&data=20130905&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 jan. 2021.

470 BRASIL, 2001a.

> os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.
>
> Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.[471]

O Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de repercussão geral, manifestou-se pela constitucionalidade do dispositivo legal citado, ao fixar que

> [...] o art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.[472-473]

Interessante observar que a norma legal prevê hipótese de inoponibilidade do sigilo bancário ao fisco, quando preenchidos os requisitos legais; mas, ao mesmo tempo, estabelece uma espécie de translado das informações obtidas com as instituições financeiras, que passariam a ser protegidas agora pelo sigilo fiscal.

Ademais, recentemente, o Supremo Tribunal Federal enfrentou tema relacionado ao desmembramento de acesso dos dados bancários diretamente pelo fisco. A Lei n. 9.430/1996, que dispõe, entre outras coisas, sobre a legislação tributária federal, determina em seu art. 83 que:

> A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.[474]

---

471 BRASIL, 2001a.

472 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 601.314/SP. Relator: Min. Edson Fachin, 24 de fevereiro de 2016. *DJe*, 16 set. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur356216/false. Acesso em: 14 mar. 2021.

473 No mesmo sentido, ADIs 2390, 2859, 2386 e 2397.

474 BRASIL. *Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996*. Dispõe sobre legislação tributária e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

A hipótese legal impõe ao fisco que, após a constituição do débito tributário, encaminhe representação fiscal para fins penais aos órgãos responsáveis por inaugurar a ação penal.

O tema central da controvérsia que chegou ao Supremo girava em torno da constitucionalidade de, com base no citado dispositivo legal, haver o compartilhamento dos dados bancários, que o fisco obteve diretamente, sem prévia autorização judicial, com o Ministério Público para fins de representação penal.

Em recente julgamento no Recurso Extraordinário n. 1.055.941, o STF fixou a tese de que é possível o

> compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário.[475]

Assim, é possível que o fisco compartilhe dados obtidos diretamente por ele, no curso de execução fiscal ou de processo administrativo, após a constituição do débito tributário com os órgãos de persecução penal. Tal entendimento, aliás, está em consonância com a Súmula Vinculante n. 24, que exige a constituição do crédito tributário para a caracterização de crimes contra a ordem tributária, nos seguintes termos: "[n]ão se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo".[476]

3.2 · PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Com relação ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem aceitando a possibilidade de esses órgãos requisitarem informações bancárias e fiscais diretamente, sem prévia decisão judicial, quando houver apuração de fatos que envolvam desvio ou malversação de verbas públicas e tais dados forem indispensáveis para formar um juízo de convicção.

---

475 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 1.055.941/SP. Relator: Min. Dias Toffoli, 4 de dezembro de 2019. *DJe*, 6 out. 2020a. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433179/false. Acesso em: 14 mar. 2021.

476 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 24. *DJe,* 11 dez. 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265. Acesso em: 14 mar. 2021.

Decerto, para o STF, "o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos".[477] Além do mais, as

> [...] operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.[478]

Relativamente aos Tribunais de Contas, no Mandado de Segurança n. 33.340, o STF decidiu que, tendo em vista o dever de atuação transparente dos administradores públicos em um Estado Democrático de Direito, as cortes de contas devem ter livre acesso às operações financeiras realizadas pelas pessoas submetidas ao seu controle financeiro, mormente porquanto operacionalizadas mediante o emprego de recursos de origem pública.[479]

No caso concreto, estava-se a decidir se o Tribunal de Contas da União poderia ter acesso aos gastos de uma empresa privada, cujos recursos financeiros foram capitaneados no Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), a fim de aferir a legalidade, a motivação e a conformidade do repasse de valores.

Já em relação ao Ministério Público, André Ramos Tavares leciona que,

> [. . .] quando se trata de dinheiro ou verba pública, dado o caráter aberto que se exige da atuação da Administração Pública, poderá o Ministério Público requisitar diretamente às instituições financeiras os dados que estejam em seu poder. E isso com duplo fundamento: poder de requisição conferido ao Ministério Público e dever de publicidade dos atos públicos, conforme reconheceu o próprio Supremo Tribunal Federal.[480]

De fato, o Supremo Tribunal Federal, em decisão no âmbito do Recurso em *Habeas Corpus* n. 133.118, decidiu que é possível ao Ministério Público obter, diretamente, sem a necessidade de prévia autorização judicial,

---

477 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 33.340/DF. Relator: Min. Luiz Fux, 26 de maio de 2015. *DJe,* 3 ago. 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur313576/false. Acesso em: 14 mar. 2021.

478 BRASIL, 2015.

479 BRASIL, 2015.

480 TAVARES, 2017, p. 551-552.

"acesso aos registros das operações bancárias realizadas por particulares a partir das verbas públicas creditadas naquela conta".[481]

No caso concreto, o Ministério Público, por autoridade própria, diante de indícios de autoria e materialidade de diversos crimes praticados por autoridades municipais, em prejuízo ao ente público, havia requisitado informações bancárias, como cópias de extratos bancários e microfilmagens da conta-corrente da municipalidade, além de fitas de caixa, para a apuração do real destino das verbas.

Um dos investigados, diante desse cenário, arguiu a nulidade das provas obtidas pelo MP por suposta afronta ao sigilo bancário. No entanto, de maneira semelhante ao decidido no MS n. 33.340 (TCU), inclusive citado como precedente, o STF reconheceu a validade das provas, pois o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de conhecer o destino dos recursos públicos. Cabe ressaltar, ainda, que não houve, na hipótese, devassa ao sigilo bancário de particulares, mas tão somente das contas bancárias do ente público.

Ressalte-se, também, que há muito o STF já vinha decidindo que o Ministério Público, por autoridade própria, poderia requisitar informações e dados bancários relativos a empréstimos subsidiados pelo Tesouro Nacional, tendo em vista a publicidade inerente a operações que envolvam direito público.[482]

3.3 · PELAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) estão previstas na Constituição, art. 58, § 3º, do seguinte modo:

> Art. 58. [...]
>
> § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos

481 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 133.118/CE. Relator: Min. Dias Toffoli, 26 de setembro de 2017. *DJe,* 9 mar. 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur381568/false. Acesso em: 14 mar. 2021.

482 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 21.729/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 5 de outubro de 1995. *DJ*, 19 out. 2001b. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur101299/false. Acesso em: 14 mar. 2021.

> Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.[483]

Percebe-se do texto constitucional que as CPIs foram instrumentalizadas com poderes instrutórios "próprios das autoridades judiciais". De fato, como adverte Paulo Gonet Branco:

> De pouco adiantaria que fosse previsto o direito de o Congresso Nacional investigar se não estivesse aparelhado, normativamente, para a função. Por isso, a Constituição em vigor resolveu que as CPIs dispõem dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.[484]

Com base nesses poderes instrutórios, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo que as CPIs requisitem de instituições financeiras informações, documentos e dados de investigados.

Ora, justamente porque o direito ao sigilo bancário representa "uma projeção do direito à intimidade, que não se acha submetida ao princípio da reserva de jurisdição", é possível que as Comissões possam determinar a devassa do conteúdo protegido, desde que observados os requisitos impostos constitucionalmente.[485]

As CPIs, portanto, podem requerer o afastamento do sigilo bancário. Pelo mesmo raciocínio, o STF reconhece às CPIs a prerrogativa de quebrar o sigilo fiscal.

3.4 · POR DECISÃO JUDICIAL

Entre as hipóteses de afastamento do sigilo bancário e fiscal a mais comum é operacionalizada por meio de decisão judicial. Tanto em demandas cíveis (tutela coletiva, por exemplo) quanto em demandas criminais é possível o afastamento do sigilo bancário e fiscal por determinação judicial.

No âmbito infraconstitucional, a possibilidade de afastamento do sigilo bancário está prevista no art. 3º da Lei Complementar n. 105/2001:

---

483 BRASIL, 1988.

484 MENDES; BRANCO, 2019, p. 1573.

485 MENDES; BRANCO, 2019, p. 1580.

> Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.[486]

Destarte, preenchidos os requisitos legais e amparado por fundamentação suficiente, o afastamento do sigilo bancário pela autoridade judiciária é sempre admissível.[487]

Do mesmo modo, o art. 198, § 1º, I, do Código Tributário Nacional prevê a hipótese de afastamento do sigilo fiscal pelo Poder Judiciário, sempre que houver interesse da justiça.

No entanto, não se pode confundir a ampla possibilidade de afastamento do sigilo bancário pelo Poder Judiciário com ato afetado pela reserva de jurisdição. Como já visto, apesar de se tratar de direito fundamental consagrado constitucionalmente, órgãos estatais vinculados aos Poderes Legislativo (CPIs e Tribunais de Contas) e Executivo (fisco) e até mesmo o Ministério Público podem, por autoridade própria, desde que preenchidos os requisitos legais e com fundamentação idônea, afastar o sigilo bancário e fiscal.

Ademais, a amplitude dos dispositivos legais acima mencionados não dispensa a observância dos requisitos necessários e a devida motivação para a implementação da medida. Pelo contrário, a quebra do sigilo bancário e fiscal deverá observar, fundamentalmente, as balizas e os limites impostos pelas peculiaridades do caso concreto, como elementos justificadores para a decretação judicial da medida, com observância da razoabilidade e da necessidade de sua decretação, em respeito à excepcionalidade que lhes é congênita.

Não por menos, a jurisprudência dos tribunais superiores exige, para o deferimento da medida, a presença dos seguintes requisitos: a) demonstração de indícios de existência de ilícito e autoria; b) demonstração da necessidade do afastamento do sigilo; c) indicação da pertinência temática entre as informações a serem obtidas e a natureza do ilícito; d) delimitação dos sujeitos titulares dos dados a serem obtidos; e e) delimitação

486 BRASIL, 2001a.

487 TAVARES, 2017, p. 551.

do lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira e fiscal.[488]

Assim, tanto o pedido de quebra do sigilo quanto a decisão que a autoriza devem, efetivamente, demonstrar esses requisitos.

A demonstração de indícios da existência do delito e da autoria nada mais é do que a verificação dos pressupostos fáticos e do arcabouço probatório que justificam a investigação. Deve-se, portanto, destacar os fatos em apuração e apontar os elementos indiciários até então colhidos, que dão suporte à possível existência do fato narrado.

Na demonstração dos indícios de materialidade e autoria, como ínsito a toda medida cautelar, basta a plausibilidade de sua ocorrência, ainda que sem juízo de certeza, para o deferimento da medida, tendo em vista que o que se busca com a quebra é justamente a confirmação do fato investigado.

Com efeito, quando se requer a quebra de sigilo bancário ou fiscal de determinado investigado, é porque a investigação não apresenta elementos suficientes para justificar a propositura de uma denúncia criminal, sendo certo que a medida requerida é meio investigativo para complementar os elementos probatórios já existentes.

No entanto, apesar de não se exigir um juízo de cognição exauriente para o deferimento da medida, ela somente pode ser decretada com base concreta nesses indícios de autoria e materialidade, nunca de modo genérico. Assim, a consideração dos elementos fáticos e os indícios probatórios ensejadores da investigação, seja ela cível ou criminal, devem ser concretos o suficiente para permitir o deferimento da quebra do sigilo bancário e fiscal.

Nesse ponto, há que se ressaltar que os indícios da prática do delito devem ser anteriores à quebra, ou estar a acontecer no momento do requerimento, ou seja, deve haver, antes mesmo do requerimento da quebra bancária e fiscal, indícios mínimos da prática de ilícitos. Não se pode de maneira alguma, sem a existência desses elementos concretos, requerer e deferir tal medida ante a evidente ausência de causa justificadora do afastamento.

---

488 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC no MS n. 25.812/DF. Relator: Min. Nelson Jobim, 27 de janeiro de 2006. *DJ,* 6 fev. 2006. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho40214/false. Acesso em: 14 mar. 2021.

Ressalte-se, ainda, que o § 4º do art. 1º da Lei Complementar n. 105/2001 enumera alguns crimes que podem justificar a medida:

> Art. 1º [...]
>
> § 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:
>
> I - de terrorismo;
>
> II - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
>
> III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;
>
> IV - de extorsão mediante sequestro;
>
> V - contra o sistema financeiro nacional;
>
> VI - contra a Administração Pública;
>
> VII - contra a ordem tributária e a previdência social;
>
> VIII - lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;
>
> IX - praticado por organização criminosa.[489]

A demonstração da necessidade do afastamento do sigilo é o esclarecimento quanto ao objetivo a ser alcançado com a efetivação da quebra financeira. Geralmente, busca-se a confirmação dos indícios já existentes, para obter a prova tanto da autoria quanto da materialidade do ilícito, a justificar a propositura de uma ação penal.

Ademais, deve-se demonstrar que o resultado por apurar não pode advir de nenhum outro meio ou fonte lícita de prova.[490] De fato, se houver outro meio probatório menos gravoso ao investigado apto a demonstrar o que se pretende com a quebra, esta seria desnecessária, pois o objetivo poderia ser alcançado sem o afastamento do direito fundamental.

Assim, deve-se demonstrar a importância da quebra do sigilo bancário e fiscal como meio de obtenção de dados imprescindíveis à apuração do ilícito sob investigação.

---

489 BRASIL, 2001a.

490 BRASIL, 2006.

Já a indicação da pertinência temática entre as informações a serem obtidas e a natureza do ilícito é a demonstração de que os dados financeiros guardam correlação com os delitos praticados.

Imagine-se, por exemplo, um pedido de quebra do sigilo bancário e fiscal para apuração do crime previsto no art. 131 do Código Penal[491] (perigo de contágio de moléstia grave). Não se verifica, nesse caso, em princípio, a correlação necessária entre os dados a serem obtidos e a natureza do delito, pois, em tese, o levantamento da situação patrimonial e as movimentações financeiras do investigado em nada contribuiriam para a apuração dos fatos.

Diferente, no entanto, é a situação de quebra do sigilo bancário e fiscal para apuração de fatos relacionados ao crime de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal),[492] quando a vantagem solicitada pelo agente público é uma prestação pecuniária.

Em crimes dessa natureza, evidentemente, a obtenção dos dados bancários e fiscais se revela extremamente útil para elucidação da atividade criminosa, não podendo a medida investigativa ser desprezada pelos órgãos de persecução.

Também é necessária *a delimitação precisa das pessoas a serem atingidas pela quebra bancária e fiscal*. Como se trata de uma mitigação de direito fundamental, há a necessidade de direcionar a medida a pessoas determinadas, que possuam correlação com a investigação, bem como de apontar a justa causa em relação a cada pessoa afetada pela diligência.

Dessa forma, a quebra de sigilo bancário e fiscal deverá observar as necessárias balizas e os limites impostos pelo grau de envolvimento de cada um dos investigados, devendo a medida investigativa envolver períodos específicos de acordo com esse grau de envolvimento.

---

491 "Perigo de contágio de moléstia grave

Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa."

492 "Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa."

Importante esclarecer que, por sua excepcionalidade, não pode ocorrer, por via de regra, a quebra em relação a terceiros que não integram a lide ou não sejam investigados formalmente.

No entanto, havendo justificativa plausível e com base em elementos concretos constantes dos autos, é possível o deferimento da medida em face de terceiros, ainda que não investigados formalmente.

Exemplificando, seria possível a quebra do sigilo bancário e fiscal em relação a empresas de pessoa investigada por crime de corrupção, quando concreta a possibilidade de utilização das contas dessas pessoas jurídicas para a prática do delito. Ou até seria possível a extensão da medida em relação a pessoas que possuem estreita relação financeira e patrimonial com a pessoa investigada (cotitular de conta conjunta), pelo mesmo motivo.

Em síntese, basta a demonstração de uma relação financeiro-patrimonial prévia e singular da pessoa investigada com terceiros para justificar a extensão da diligência em relação a esses terceiros, mesmo que não integrem ou sejam investigados formalmente na apuração.

Nesses casos, tanto o requerimento de quebra quanto a decisão que a defere devem assinalar às instituições financeiras que o afastamento do sigilo bancário deve abranger, também, contas, operações financeiras, investimentos e outros serviços prestados pelas instituições financeiras/bancárias, ainda que em nome de terceiros (fundos de investimentos, outras pessoas físicas ou jurídicas), em que constem os investigados apontados como representantes legais, contratuais, procuradores, responsáveis, curadores ou qualquer outra forma de representação.

Tal indicação é necessária tendo em vista que as instituições financeiras interpretam a ordem judicial de maneira restritiva. Assim, se não constar expressamente esse pedido na ordem de requisição bancária, mesmo que o investigado possua poderes de movimentações em contas de terceiros (por procuração, por exemplo), os dados não serão remetidos pelas instituições financeiras, sob o argumento de que o efetivo titular da conta não foi alvo da quebra bancária.

Importante destacar que tal hipótese não se confunde com pedido genérico de quebra bancária, pois os dados remetidos pelas instituições financeiras dizem respeito tão somente àqueles em que o investigado possui poder de ingerência, o que por si só, concretamente, justifica a análise dos dados bancários pelos órgãos de persecução.

O requerimento de quebra e a decisão que a determina devem especificar o termo inicial e final da medida. Essas balizas temporais são delimitadas pelas circunstâncias concretas em virtude dos eventos a se apurar.

Assim, deve-se apontar um elemento fático, que ensejará a delimitação temporal. Por exemplo, na apuração do crime de corrupção passiva, o ato de ofício praticado em benefício do corruptor poderá ser a circunstância fática a delimitar a quebra bancária e fiscal no tempo; ou seja, sabendo quando o ato de ofício foi praticado, pode-se requerer a quebra bancária em período razoável que o abranja.

Há que se distinguir, porém, tal circunstância fática delimitadora da data de sua ocorrência. Decerto, nem sempre se pode precisar, indene de dúvidas, quando determinada circunstância fática ocorreu no tempo, ou seja, sabe-se que determinado fato ocorreu, mas não se sabe exatamente quando.

Mesmo nesses casos a circunstância fática delimitadora das quebras pode justificar e balizar as medidas investigativas, desde que se aponte interstício de tempo razoavelmente dedutível dos elementos de prova já colhidos da sua ocorrência, a despeito da ausência de data precisa.

Dessa forma, pode-se dizer que há certa independência entre a circunstância delimitadora da quebra bancária e fiscal no tempo e a data apontada como de sua ocorrência.

Aliás, há decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que dão validade à prova colhida com base em determinada circunstância factual delimitadora, mas com indicação de data de sua ocorrência de maneira equivocada, por mero erro material:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. DESEMBARGADOR E OUTROS SEM PRERROGATIVA. CORRUPÇÃO PASSIVA EM CONCURSO DE PESSOAS. CORRUPÇÃO ATIVA. VENDA DE LIMINAR DURANTE PLANTÃO JUDICIAL. DENUNCIADO SEM PRERROGATIVA. CONEXÃO INSTRUMENTAL E INTERSUBJETIVA. NECESSIDADE *SIMULTANEUS PROCESSUS*. RECEBIMENTO DE VANTAGEM. INTERLIGAÇÃO DOS ELEMENTOS INFORMATIVOS. MENSAGENS DE TEXTO TROCADAS ENTRE UM DOS ACUSADOS E O PAI DO BENEFICIÁRIO DO *HABEAS CORPUS*. DECISÃO LIMINAR CASSADA PELA CÂMARA. MOMENTO PROCESSUAL DE RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. PRESENÇA DE ELEMENTOS SATISFATÓRIOS AO DESENCADEAMENTO DA AÇÃO CRIMINAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA QUE ATENDE ÀS PRESCRIÇÕES DO ART. 41 DO CPP. DEMONSTRAÇÃO DE JUSTA CAUSA. SUFICIÊNCIA. JUÍZO DE PRELIBAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR

> DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA (ART. 319, VI, CPP). DESEMBARGADOR. ART. 29 DA LEI COMPLEMENTAR N. 35/1979.
>
> 1. Cuida-se de ação penal que imputa a prática do crime de corrupção passiva, previsto no art. 317, *caput* e § 1°, do Código Penal, a Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em concurso de pessoa com ex-motorista, por meio da venda de decisão liminar proferida em plantão judiciário, e o delito de corrupção ativa, tipificado no art. 333, *caput*, e parágrafo único, do mesmo diploma, a outro indivíduo sem prerrogativa de foro.
>
> [...]
>
> 6. Embora tenha sido mencionado, nas decisões posteriores, que a quebra do sigilo de dados telefônicos ocorreu no período de 25.10.2015 a 31.12.2016, os elementos de informação considerados para a investigação foram os registros telefônicos realizados nas proximidades da data da expedição do segundo mandado de prisão contra o beneficiário da liminar supostamente negociada, período identificado até 31.12.2015.
>
> 7. Por se tratar de informações estáticas, ou seja, registros de comunicações telefônicas, afigura-se plenamente possível o decote do período excessivo no Relatório de Análise n. 49/2019, para o fim de atender critérios de razoabilidade e de relativa congruência com o período investigado, limitando-se o âmbito de cognição sobre estas informações, sem que disso resulte qualquer reconhecimento de nulidade ou de contaminação dos demais elementos de prova.
>
> [...]
>
> 23. Denúncia recebida nos moldes em que foi ofertada.[493]

No precedente citado, o órgão de persecução havia apontado a circunstância delimitadora da medida (ocorrência de uma prisão), mas, ao indicar a data precisa em que tal circunstância se realizara, por erro material, indicou a data errada (9.11.2016, ao contrário de 9.11.2015). Com isso, a quebra dos dados telefônicos realizou-se por um ano a mais.

Ao analisar a validade da medida, o STJ entendeu que tal erro não teria o condão de invalidar toda a medida decretada, mas, apenas, de reduzir a

493 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. APN n. 951/DF. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 16 de setembro de 2020. *DJe*, 12 nov. 2020b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117231252&num_registro=202000795552&data=20201112&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 mar. 2021.

cognição judicial da análise probatória ao marco factual existente e indicado para delimitar a medida no tempo (data efetiva da prisão).

No caso, apesar de o precedente dizer respeito à quebra do sigilo de dados telefônicos, é perfeitamente aplicável à quebra do sigilo bancário e fiscal. Ademais, tais proteções constitucionais encontram respaldo no mesmo dispositivo (art. 5º, XII, da CF/88).

Cabe, por fim, destacar que a *decisão judicial que defere a medida investigativa precisa ser devidamente fundamentada*. Tal requisito não é exclusivo para o deferimento do pedido de quebra bancária e fiscal, mas ínsito a toda e qualquer decisão judicial por força de mandamento constitucional (art. 93, IX, da CF/88).[494]

Considera-se fundamentada a decisão que concretamente demonstrar os requisitos necessários ao deferimento da medida, acima mencionados. A demonstração é concreta na medida em que explicita os requisitos mencionados com a causa ou a questão decidida, não se limitando à reprodução ou paráfrase desses requisitos autorizadores sem explicar sua relação com os fatos sob apuração.

Percebe-se, portanto, que a quebra do sigilo bancário e fiscal sempre poderá ser operacionalizada por meio de decisão judicial, desde que concretamente demonstrados os requisitos necessários ao deferimento da medida, por decisão devidamente fundamentada.

4 · ASPECTOS PRÁTICOS DO SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO E MOVIMENTAÇÕES BANCÁRIAS (SIMBA)

Estabelecidos os requisitos e as hipóteses do afastamento do sigilo bancário e fiscal, necessária a apresentação de alguns aspectos práticos quanto ao Sistema de Investigação e Movimentações Bancárias (Simba).

O Simba é um *software* desenvolvido pela Procuradoria-Geral da República que permite o fluxo, pela internet, de dados bancários entre instituições financeiras e os órgãos de persecução, mediante prévia autorização judicial.[495]

494 BRASIL, 1988.

495 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Manual Simba* [recurso digital]. Versão 1.0. Brasília. Disponível em: https://www.tst.jus.br/web/autoatendimento/simba-sistema-de-investigacao-de-movimentacoes-bancarias. Acesso em: 22 fev. 2021.

Atualmente, entre as ferramentas disponíveis para o processamento e a análise de dados bancários, o Simba é a mais utilizada pelos órgãos de persecução justamente por sua forma simples de comunicação com os usuários (interface), sendo também o meio mais difundido de requisição desses dados, estando disponível a cerca de 90 órgãos em todo o Brasil (MPF, PF, CGU, Ministérios Públicos, Polícias Civis, entre outros).[496]

O Simba é composto por quatro módulos de utilização: (I) processador bancário; (II) validador bancário; (III) transmissor bancário; e (IV) módulo de análise bancária.[497] Cada módulo tem uma função específica no tráfego das informações bancárias.

Ao verificar a necessidade da quebra do sigilo bancário e fiscal, a autoridade responsável pela investigação protocolará no sistema Simba um pedido de cooperação técnica, que receberá um número específico (número do caso).[498]

Esse pedido de cooperação técnica deverá ser formulado no módulo processador bancário, em que será necessário que a autoridade responsável pelas investigações preencha os dados relacionados às pessoas investigadas e ao processo em questão (inquérito, ação penal etc.).

Com o número do caso gerado no módulo processador bancário, o responsável pelas investigações solicitará a quebra do sigilo bancário das pessoas mencionadas, informando o número de caso à autoridade judiciária.

Deferido o pedido de quebra bancária, a autoridade judiciária oficiará ao Banco Central (Bacen) determinando que a entidade repasse a ordem de quebra bancária às instituições financeiras e estabelecendo prazo para o atendimento. Informará, ainda, o número do caso aberto no módulo processador do Simba ao Bacen, para que também remeta o número às instituições bancárias.

---

496 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Relatório de Informação n. 051/2020-SPPEA/PGR* [Documento sigiloso]. Brasília: MPF, 2020c. Acesso em: 14 mar. 2021.

497 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Polícia Federal. *Simba*. Brasília: PF, 2017. Disponível em: https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/sigilo-bancario/simba. Acesso em: 26 jul. 2021.

498 CONHEÇA o Simba – Sistema de Investigação e Movimentações Bancárias. Brasília: Ministério Público Federal, 2020. 1 vídeo (3 min). Publicado pelo Canal MPF. Disponível em: https://youtu.be/QKAKJR6LUfQ. Acesso em: 28 fev. 2021.

Recebida a ordem de quebra, o Banco Central consultará o Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS). Trata-se de um cadastro de cunho declaratório, no qual as instituições financeiras registram o histórico de relacionamentos com os seus clientes, não informando, todavia, as movimentações financeiras.[499]

O CCS possui informações que permitem a identificação do cliente e de seus representantes legais e procuradores, bem como das instituições financeiras nas quais o cliente mantém seus ativos e (ou) investimentos, com data de início e fim de relacionamento.

Nesse momento, como já exposto, verifica-se a importância de tanto o requerimento de quebra quanto a decisão que a defere assinalarem às instituições financeiras que o afastamento do sigilo bancário deve abranger contas, operações financeiras, investimentos e outros serviços prestados pelas instituições financeiras/bancárias, ainda que em nome de terceiros (fundos de investimentos, outras pessoas físicas ou jurídicas), em que constem os investigados apontados como representantes legais, contratuais, procuradores, responsáveis, curadores ou qualquer outra forma de representação.

Caso não conste expressamente esse pedido na ordem de requisição bancária, mesmo que o investigado possua poderes de movimentações em contas de terceiros (por procuração, por exemplo), os dados não serão remetidos pelas instituições financeiras, sob o argumento de que o efetivo titular da conta não foi alvo da quebra bancária.

Após consultar o CCS, o Bacen, através do módulo validador bancário, remeterá a ordem judicial, com o respectivo número do caso, somente às instituições financeiras que mantêm relacionamento com a pessoa investigada ("circularização do correio Bacen").

A partir da data da "circularização do correio Bacen", iniciará o prazo, estabelecido na decisão judicial, para que as instituições financeiras remetam os dados bancários à justiça.

Ao mesmo tempo, o Bacen, no próprio módulo validador bancário, fará a inserção, no sistema Simba, de informações relativas às contas bancárias objeto da devassa financeira, como, por exemplo, banco, número da conta, início e término do relacionamento bancário, eventuais procuradores, entre outras informações relativas às pessoas investigadas.

499 Disponível em: https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/cadastroclientes. Acesso em: 14 mar. 2021.

Esses dados fornecidos pelo Bacen permitem que o próprio sistema Simba faça, automaticamente, a gestão do recebimento dos dados bancários requisitados. É possível, por exemplo, controlar o prazo de atendimento (estabelecido na decisão judicial), quando constatado que alguma instituição financeira está em mora. Neste caso, o sistema, de maneira automática, informará à instituição financeira o vencimento do prazo e requisitará as informações faltantes.

O prazo de atendimento deve ser estritamente observado pelas instituições financeiras. No Brasil, os bancos dispõem de pessoal qualificado, estrutura informática adequada e, principalmente, capital financeiro de investimento, não justificando qualquer atraso na prestação dessas informações. No entanto, não é raro que investigações fiquem paradas à espera do atendimento bancário.

Para se evitar a mora, recomenda-se que, no ato do pedido de quebra do sigilo bancário, se requeira à autoridade judiciária a fixação de prazo adequado para atendimento da diligência pelos bancos, sob pena de multa diária.

Recebida a ordem do Bacen, as instituições financeiras, dentro do prazo estabelecido na decisão judicial, também no módulo transmissor bancário, fornecerão diretamente no Simba, através do número do caso, as informações requisitadas.

O grande avanço investigativo, que pode ser atribuído ao sistema Simba, é verificado nesta etapa do fluxo de transmissão dos dados requisitados. As instituições financeiras, por regulamentação do Bacen, devem observar um leiaute especificado na Carta-Circular n. 3.454/2010-Bacen, bem como na Instrução Normativa n. 3/2010 do Conselho Nacional de Justiça.[500]

Assim, as informações recebidas diretamente no Simba são processadas de forma padronizada, o que facilita a análise e a compreensão dos dados bancários pelas autoridades de persecução.[501]

Ademais, o atendimento na forma especificada no leiaute é condição necessária para que o Simba receba as informações. Caso haja alguma inconsistência ou divergência, o próprio sistema rejeitará as informações prestadas pelas instituições financeiras.

---

500 BRASIL. Banco Central do Brasil. *Carta-Circular n. 3.454, de 14 de junho de 2010*. Brasília: Bacen, 2010. Disponível em: https://www.economia.go.gov.br/images/imagens_migradas/upload/arquivos/2018-02/carta-circular-3454-2010---bcb1.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.

501 CONHEÇA…, 2020.

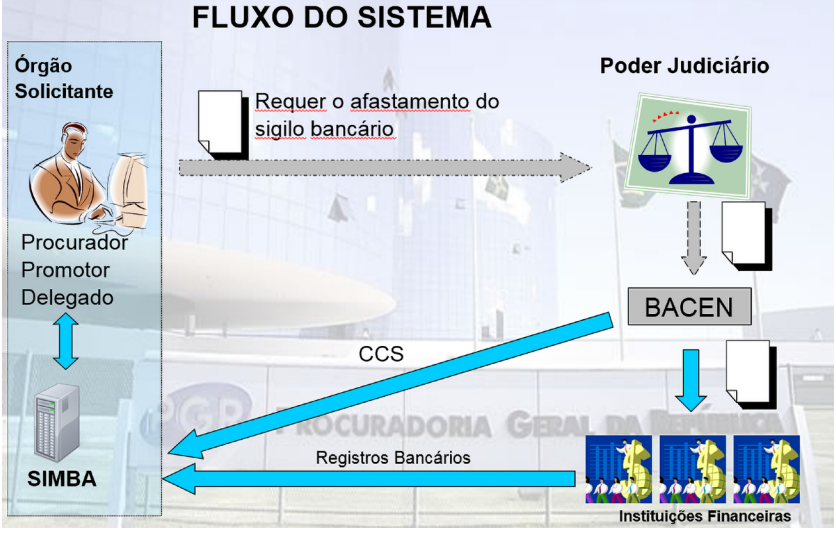
Todo o fluxo de comunicação e remessa de dados é criptografado, o que garante a confidencialidade e a integridade das informações requisitadas.[502]

Por fim, com todas as informações requisitadas disponíveis no sistema Simba, de modo padronizado e informatizado, os peritos auxiliares da justiça, utilizando o módulo de análise bancária, poderão analisar esses dados e prestar as informações necessárias ao órgão solicitante, esclarecendo o modo de ser de determinadas relações econômico-financeiras e descortinando eventuais intermediários em pagamentos ilícitos (laranjas) ou até mesmo operadores financeiros.

Nesse módulo, o próprio sistema gera relatório com informações específicas, que poderão ser imprescindíveis à correta compreensão dos fatos em apuração.

Assim, pode-se resumir o fluxo das informações bancárias do seguinte modo, com todas as suas etapas:[503]

FIGURA 1 · FLUXO DAS INFORMAÇÕES BANCÁRIAS



Fonte: BRASIL, 2020d.

502 CONHEÇA…, 2020.

503 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Ciclo de Capacitação*: perícia, pesquisa e análise. Sistema Simba. Brasília: Secretaria de Pesquisa, Perícia e Análise da Procuradoria-Geral da República, 2020d.

5 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, portanto, que o sigilo bancário e fiscal é tratado como medida de proteção à vida privada e à intimidade dos indivíduos, e foi alçado pela Constituição como direito fundamental não por uma matriz expressa e específica, mas como decorrência da cláusula geral de proteção à intimidade (incisos X e XII do art. 5º da CF).

No entanto, apesar de a proteção ao sigilo bancário e fiscal representar expressão do direito fundamental à intimidade e à vida privada, ela não é absoluta, podendo ser afastada em determinadas situações.

Decerto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde que observados os ditames legais, por decisão devidamente fundamentada, vem aceitando o afastamento do sigilo bancário e fiscal, pois entende que ele deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça.

Assim, como o sigilo bancário e fiscal encontra-se restrito ao predomínio do interesse individual, havendo conflito com o interesse público, há que se fazer um juízo de ponderação entre eles, podendo aquele ser afastado.

Aliás, a própria legislação de regência prevê a possibilidade de efetivação da quebra bancária e fiscal, em casos específicos, por ordem da Autoridade Fazendária, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, das Comissões Parlamentares de Inquérito e da Autoridade Judiciária.

Decerto, a Administração Fazendária Federal, Estadual, Distrital e Municipal, quando instaurado processo administrativo ou houver procedimento fiscal em curso e sendo indispensável a análise dos dados bancários do contribuinte, poderá requisitá-los às instituições financeiras, diretamente, sem prévia autorização judicial, conservando-se, todavia, o sigilo dos resultados dos exames, das informações e dos documentos obtidos.

Com relação ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem aceitando a possibilidade de tais órgãos requisitarem informações bancárias e fiscais diretamente, sem prévia decisão judicial, quando houver apuração de fatos que envolvam desvio ou malversação de verbas públicas e esses dados forem indispensáveis para formar um juízo de convicção.

As Comissões Parlamentares de Inquérito, por possuírem poderes de instrutórios próprios das autoridades judiciárias, também podem

requisitar os dados bancários e fiscais de investigados, desde que observados os requisitos legais.

A quebra do sigilo bancário e fiscal pelo Poder Judiciário é sempre admitida. A amplitude da possibilidade de quebra pelos órgãos judiciários não dispensa a observância dos requisitos necessários e a devida motivação para a implementação da medida. Pelo contrário, a quebra dos sigilos bancário e fiscal deverá observar, fundamentalmente, as balizas e os limites impostos pelas peculiaridades do caso concreto, como elementos justificadores para a decretação judicial da medida, com observância da razoabilidade e da necessidade de sua decretação, em respeito à excepcionalidade que lhes é congênita.

Não por menos, a jurisprudência dos tribunais superiores exige, para o deferimento da medida, a presença dos seguintes requisitos: a) demonstração de indícios de existência de ilícito e autoria; b) demonstração da necessidade do afastamento do sigilo; c) indicação da pertinência temática entre as informações a serem obtidas e a natureza do ilícito; d) delimitação dos sujeitos titulares dos dados a serem obtidos; e e) delimitação do lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira e fiscal.

De maneira geral, essas são as possibilidades de afastamento do sigilo bancário e fiscal, que devem ser operacionalizadas sempre em benefício dos fatos em apuração, observando-se a legislação de regência, para não deixar de lado o respeito às garantias das pessoas investigadas.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Carta-Circular n. 3.454, de 14 de junho de 2010*. Brasília: Bacen, 2010. Disponível em: https://www.economia.go.gov.br/images/imagens_migradas/upload/arquivos/2018-02/carta-circular-3454-2010---bcb1.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. *Constituição, de 5 de outubro de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. *Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001*. Regulamenta o sigilo bancário e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2001a.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Código Tributário Nacional. Brasília: Senado Federal, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. *Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996*. Dispõe sobre legislação tributária e dá outras providências, Brasília: Senado Federal, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Polícia Federal. *Simba*. Brasília: PF, 2017. Disponível em: https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/sigilo-bancario/simba. Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Ciclo de Capacitação*: perícia, pesquisa e análise. Sistema Simba. Brasília: Secretaria de Pesquisa, Perícia e Análise da Procuradoria-Geral da República, 2020d.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Relatório de Informação n. 051/2020-SPPEA/PGR* [Documento sigiloso]. Brasília: MPF, 2020c. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil*. Coordenação de Aylton Dutra Leal. Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2011a. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/manual-sigilo-fiscal-receita-federal.pdf. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo* [recurso digital]. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação do STF, 2011b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC no MS n. 25.812/DF. Relator: Min. Nelson Jobim, 27 de janeiro de 2006. *DJ*, 6 fev. 2006. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho40214/false. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 21.729/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 5 de outubro de 1995. *DJ*, 19 out. 2001b. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur101299/false. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 33.340/DF. Relator: Min. Luiz Fux, 26 de maio de 2015. *DJe*, 3 ago. 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur313576/false. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 601.314/SP. Relator: Min. Edson Fachin, 24 de fevereiro de 2016. *DJe*, 16 set. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur356216/false. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 1.055.941/SP. Relator: Min. Dias Toffoli, 4 de dezembro de 2019. *DJe*, 6 out. 2020a. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433179/false. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 133.118/CE. Relator: Min. Dias Toffoli, 26 de setembro de 2017. *DJe*, 9 mar. 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur381568/false. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 24. *DJe*, 11 dez. 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. APN n. 951/DF. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 16 de setembro de 2020. *DJe*, 12 nov. 2020b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117231252&num_registro=202000795552&data=20201112&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.197.444/RJ. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 27 de agosto de 2013. *DJe*, 5 set. 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30552704&num_registro=201001073020&data=20130905&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Manual Simba* [recurso digital]. Versão 1.0. Brasília. Disponível em: https://www.tst.jus.br/web/autoatendimento/simba-sistema-de-investigacao-de-movimentacoes-bancarias. Acesso em: 22 fev. 2021.

CONHEÇA o Simba – Sistema de Investigação e Movimentações Bancárias. Brasília: Ministério Público Federal, 2020. 1 vídeo (3 min). Publicado pelo Canal MPF. Disponível em: https://youtu.be/QKAKJR6LUfQ. Acesso em: 28 fev. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal* – Volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

Obra composta em Myriad Pro
e impressa em papel Pólen Soft 80 g/m² pela
Gráfica e Editora Qualytá Ltda. · Brasília-DF
qualyta@qualytadf.com.br
Tiragem: 900 exemplares
Recursos gráficos: freepik.com

2021 · BRASÍLIA-DF