

TÉCNICAS AVANÇADAS DE INVESTIGAÇÃO

Perspectivas prática e jurisprudencial

Volume 2



Organizadores

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





REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Antônio Augusto Brandão de Aras
Procurador-Geral da República

Lindôra Maria Araújo
Vice-Procuradora-Geral da República

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Alcides Martins
Diretor-Geral

Manoel Jorge e Silva Neto
Diretor-Geral Adjunto

Carlos Vinícius Alves Ribeiro
Secretário de Educação, Conhecimento e Inovação

Graziane Madureira
Secretária de Comunicação Social

Ivan de Almeida Guimarães
Secretário de Administração

Rajiv Geeverghese
Secretário de Tecnologia da Informação

TÉCNICAS AVANÇADAS DE INVESTIGAÇÃO

Perspectivas prática e jurisprudencial

Volume 2



Organizadores

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



Brasília, 2022

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 2022. 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 e projeto gráfico

Sheylise Rhoden

Diagramação

Natali Andrea Gomez Valenzuela

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Código de Catalogação Anglo-American 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, 2022.
2 v.

ISBN 978-65-88299-89-0 (obra completa)

ISBN 978-65-88299-90-6 (v. 2, impresso)

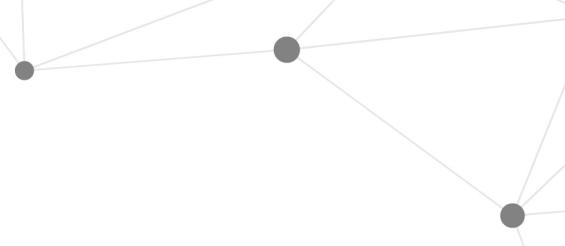
ISBN 978-65-88299-88-3 (v. 2, e-book)

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

ANA CAROLINA CAMPOS TAVARES GOMES FREITAS

Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA), atualmente integrando Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco) do MPBA. Ex-Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG). Graduada pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

ANA PAULA COITÉ DE OLIVEIRA

Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA). Atualmente é Membro do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco). Pós-graduada em Processo Civil e Processo Penal pela Faculdade de Tecnologia e Ciências (UniFTC).

CHRISTOVÃO DE M. VAROTTO JUNIOR

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Integrante do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Estácio de Sá.

FABRÍCIO RABELO PATURY

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA). Atualmente é Assessor Especial da Procuradora-Geral de Justiça. Coordenador do Comitê Gestor de Informação do MPBA e integrante do Núcleo de Combate aos Crimes Cibernéticos. Professor na pós-graduação em Direito Digital da Faculdade Baiana de Direito, na pós-graduação em Direito da Verbo Jurídico e na pós-graduação em Direito do Centro Universitário Nobre (Unifan). Professor de Direito Digital da Faculdade Baiana de Direito e professor de Direito Penal e Processo Penal da Unifan. Coordenador e coautor do livro *Prospecção sobre a evolução e o futuro dos crimes cibernéticos*. Foi coordenador do Núcleo de Combate aos Crimes Cibernéticos,

coordenador da Central de Inquéritos do MPBA, coordenador da pós-graduação em Direito Digital da Faculdade Baiana de Direito. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho (UGF) e em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB).

FELIPE GIARDINI

Procurador da República, em exercício como Membro Auxiliar na Assessoria Jurídica Criminal do Procurador-Geral da República junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ex-Advogado da União. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilha – Espanha. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

GALTIÊNIO DA CRUZ PAULINO

Procurador da República, em exercício como Membro Auxiliar na Assessoria Jurídica Criminal do Procurador-Geral da República junto ao Superior Tribunal de Justiça (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 Secretaria da Função Penal Originária no Supremo Tribunal Federal (STF), vinculada 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 (UCB) em parceria com a ESMPU. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera-Uniderp (Uniderp). Pós-graduado pela ESMPU.

GIOVANNI ANDREI FRANZONI GIL

Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC). Mestrando em Direito pela Universidade de Coimbra (UC).

HEWERTON JORGE BASTOS DE ANDRADE

Oficial da Polícia Militar do Estado da Bahia, atualmente integrando o Núcleo de Extração e Análise de Dispositivos Eletrônicos do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco) do MPBA. Pós-graduando em Gestão da Inteligência Estratégica pela Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra (ADESG). Pós-graduando em Gestão de Negócios pela Unifacs. Bacharel em Segurança Pública e Defesa Social pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Bacharel em Administração com ênfase em Marketing pela Fundação Visconde de Cairu.

JOÃO PAULO SANTOS SCHOUCAIR

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA), é atualmente Coordenador do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco), e Membro Auxiliar do Procurador-Geral da República na Assessoria Jurídica Criminal no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Mestre pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduado em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA.

JORGE FIGUEIREDO JUNIOR

Delegado de Polícia Civil da Bahia (PCBA), atualmente à frente da Assessoria Executiva de Operações de Polícia Judiciária da PCBA (AEXPJ). Professor da Academia da Polícia Civil do Estado da Bahia e Instrutor do Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado da Bahia (ADPEB). Foi Coordenador do Grupo de Repressão a Crimes contra Instituições Financeiras (Garcif); Coordenador do Núcleo de Inteligência do Departamento de Polícia do Interior (Depin); Diretor do Departamento de Narcóticos (Denarc); Diretor do Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa (DHPP); e Diretor do Departamento de Combate ao Crime Organizado (Draco). Ganhador do Prêmio Boas Práticas 2014 da Secretaria da Administração do Estado da Bahia (Saeb). Coautor do livro *Tratado de investigação criminal tecnológica e enfrentamento da corrupção e investigação criminal tecnológica*. Especializado em Ciências Criminais e MBA em Gerenciamento de Projetos. Graduado em *Cybercrime* e *Cybersecurity*.

JULIETE GOMES WANDERLEY

Assessora Técnico-Jurídica de Promotoria do Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA). Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Brasileira de Direito (Ebradi).

LEONARDO AUGUSTO DE ANDRADE CEZAR DOS SANTOS

Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES). Membro da Associação Internacional de Promotores de Justiça (International Association of Prosecutors). Doutor em Estado de Direito e Governança Global pela Universidade de Salamanca – Espanha e Mestre em Estratégias Anticorrupção e Políticas de Integridade pela mesma Universidade. Pesquisador visitante no Centro Judiciário Federal, em Washington D.C. – EUA.

LEONARDO LEONEL ROMANELLI

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP). Coordenador do Núcleo de Inteligência e Gestão de Conhecimento (NIGC) e da Assessoria de Segurança Institucional (ASI) do MPSP. Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate às Facções Criminosas e Lavagem de Dinheiro, do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas, do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (GTFac/GNCOC/CNPG). Integrou o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco/MPSP) de 2009 a 2021. Professor do Curso de Pós-Graduação em Inteligência Aplicada da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp).

LUCIANO MEDEIROS ALVES DA SILVA

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA). Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB).

LUÍS HENRIQUE ISHIHARA

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Coordenador do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco/MPDFT). Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

MARCEL BERNARDI MARQUES

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Integrante do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB).

MILENA SANTANA DE ARAÚJO LIMA

Delegada de Polícia Civil no Estado do Tocantins. Atuação especializada na atividade de inteligência, fontes abertas, crimes cibernéticos e violência doméstica. Pós-graduada em Direito Processual (Unisul) e *Cybercrime* e *Cybersecurity: prevenção e investigação de crimes digitais* (Unyleya). Curso de Política, Planejamento e Gestão Estratégica em Segurança Pública (Escola Superior de Guerra). MBA Executivo em Segurança Cibernética

(Unyleya). Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes. Docente da disciplina Crimes Cibernéticos na Escola Superior da Magistratura Tocantinense (Esmat), Academia de Polícia Civil do Tocantins e Escola Superior da Polícia Civil do Tocantins.

OCTAHYDES BALLAN JUNIOR

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins (MPTO). Membro da Força-Tarefa de Tutela do Patrimônio Público do MPTO. Assessor da Corregedoria-Geral do Ministério Público (2015/2016 e 2017/2018). Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do MPTO (2019/2020). Membro Auxiliar do Procurador-Geral da República na Assessoria Jurídica Criminal no Superior Tribunal de Justiça. Doutor e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Pós-graduado em Crime Organizado, Corrupção e Terrorismo (Universidade de Salamanca – Espanha); Estado de Direito e Combate à Corrupção (Esmat); Direitos Humanos (Universidade Pablo de Olavide, Sevilha – Espanha); Direito Processual Civil (PUC Minas); e Ciências Criminais (Unama).

OLAVO EVANGELISTA PEZZOTTI

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP). Integrante do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco). Professor da especialização em Direito e Processo Penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Femperj) e da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (ESMP). Doutorando e Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Foi *Visiting Scholar* na *Stanford Law School*. Possui formação complementar em *Foreign Bribery Law and Compliance, Public Procurement Corruption Risk and Mitigation e US Anti-Corruption Legal Framework* pela *Washington College of Law*.

RAFAEL LIMA LINHARES

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Paraíba (MPPB), 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).

RENATA BASSI BITTENCOURT

Analista do Ministério Público da União, em exercício na Assessoria Jurídica Criminal no Superior Tribunal de Justiça da Procuradoria-Geral da República. Ex-Assessora da Secretaria da Função Penal Originária no Supremo Tribunal Federal da Procuradoria-Geral da República, da Secretaria de Direitos Humanos da Procuradoria-Geral da República e do Núcleo de Combate à Corrupção da Procuradoria da República em Goiás. Especialista em Instituições de Direito Público e Privado.

TATIANE RODRIGUES LEAL

Analista do Ministério Público da União, em exercício na Assessoria Jurídica Criminal no Superior Tribunal de Justiça da Procuradoria-Geral da República. Ex-Assessora da Secretaria da Função Penal Originária no Supremo Tribunal Federal da Procuradoria-Geral da República e do Núcleo de Ações Originárias da Procuradoria Regional da República da 1ª Região. Especialista em Direito Processual Civil.

TIAGO DIAS MAIA

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

VINÍCIUS DE JESUS SANTOS

Técnico do Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA), é atualmente Assistente de Segurança Institucional no Núcleo de Extração e Análise de Dispositivos Eletrônicos do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco) do MPBA. Pós-graduando em Gestão da Inteligência Estratégica pela Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra (ADESG). Graduando em Direito pela Unifacs. Graduado em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário Jorge Amado.

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	17
CAPÍTULO 1 – TESTEMUNHA SEM ROSTO, DIREITO À DEFESA PLENA E EFICÁCIA PROCESSUAL	
1 · Introdução.....	21
2 · A unicidade dos direitos fundamentais e os fins do processo penal	22
3 · Direito à ampla defesa e eficácia do processo penal	26
4 · A testemunha sem rosto no ordenamento nacional e na ordem internacional	28
5 · Os direitos e garantias fundamentais e a testemunha sem rosto.....	31
6 · Considerações finais.....	37
Referências.....	37
CAPÍTULO 2 – INFILTRAÇÃO DE AGENTES NA LEI DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO: A (IM)POSSIBILIDADE DE INFILTRAÇÃO POR PARTICULARS VERSUS A INFILTRAÇÃO POR COLABORADOR	
1 · A infiltração de agentes e suas previsões legais	39
2 · A figura do colaborador à luz da Lei n. 12.850/2013	42
3 · Agentes de polícia: mitigações acerca da atribuição para a infiltração	44
4 · Infiltração de agentes no direito comparado	51
5 · Considerações finais.....	58
Referências.....	60
CAPÍTULO 3 – MALWARE ESTATAL NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....63	
1 · Introdução.....	63
2 · <i>Malware</i> : conceito, funcionalidades, espécies e natureza jurídica	65

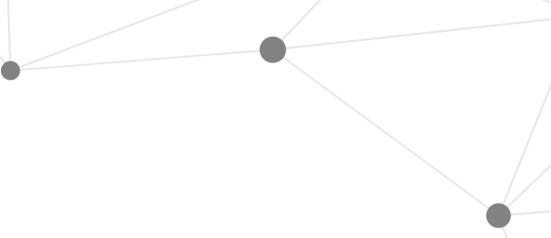
3 · Reserva legal, analogia e interpretação extensiva	70
4 · Colisão entre direitos fundamentais e garantismo penal integral.....	75
5 · Considerações finais.....	78
Referências.....	79
CAPÍTULO 4 – SISTEMA ACUSATÓRIO E PRODUÇÃO DE PROVAS PELO JUIZ NO BRASIL E EM PORTUGAL: A BUSCA PELA VERDADE MATERIAL POSSUI LIMITES?	81
1 · Introdução.....	81
2 · Sistemas processuais penais.....	83
3 · Princípio da acusação	86
4 · Princípio da investigação.....	88
5 · A base constitucional do processo penal: pode o juiz produzir provas?	93
6 · Balizas à atividade probatória do juiz/tribunal	98
7 · Considerações finais.....	103
Referências.....	104
CAPÍTULO 5 – A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ALÉM DA BUSCA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DE UM CRIME – PARA A FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES, JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIADA E A CORRETA DOSIMETRIA DA PENA.....	109
1 · Introdução.....	109
2 · O art. 6º, inciso IX, do CPP como função necessária da investigação criminal.....	110
3 · O interesse de todos os órgãos do processo penal na correta aferição das circunstâncias pessoais dos investigados	113
4 · Algumas soluções para a efetividade das investigações acerca de elementos referentes ao investigado.....	117
5 · Da correlação existente entre o art. 59, <i>caput</i> , do CPB e o art. 6º, inciso IX, do CPP	118
6 · Considerações finais.....	122
Referências.....	122

CAPÍTULO 6 – CADEIA DE CUSTÓDIA: FINALIDADE, RELEVÂNCIA E EFEITOS PARA O PROCESSO PENAL	125
1 · Introdução.....	125
2 · A aplicação da epistemologia jurídica no estudo da prova	127
3 · Cadeia de custódia da prova: garantia epistêmica.....	131
4 · Considerações finais.....	144
Referências.....	145
CAPÍTULO 7 – CUSTÓDIA E ANÁLISE DE DADOS ORIUNDOS DE APARELHOS ELETRÔNICOS APREENDIDOS POR ORDEM JUDICIAL	149
1 · Introdução.....	149
2 · Coleta de dados digitais.....	150
3 · Análise de dados.....	156
4 · Preservação da cadeia de custódia e armazenamento.....	163
5 · Considerações finais.....	166
Referências.....	167
CAPÍTULO 8 – O USO DE KDD E DE <i>RED FLAGS</i> PARA O ENFRENTAMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E PARA A CRIAÇÃO DE MATRIZES DE RISCO NA LAVAGEM DE CAPITAIS	169
1 · Introdução	169
2 · Das medidas de enfrentamento atual das organizações criminosas.....	171
3 · O uso de KDD para a composição de cenários investigativos e de matrizes de risco	175
4 · Do uso de <i>red flags</i> nas investigações complexas e no contexto da lavagem de ativos.....	178
5 · Considerações finais.....	182
Referências.....	182

CAPÍTULO 9 – CRIME ORGANIZADO VIOLENTO E INVESTIGAÇÃO MINISTERIAL 4.0	185
1 · Introdução.....	185
2 · Desenvolvimento recente da criminalidade organizada violenta	185
3 · Desafios à atividade investigativa ministerial no início do século XXI	189
4 · Propostas estruturais para a investigação ministerial 4.0	191
5 · Investigação ministerial 4.0: iniciativas inovadoras.....	198
6 · Considerações finais.....	204
Referências.....	204
CAPÍTULO 10 – INVESTIGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE SISTEMAS DE INFORMAÇÕES	207
1 · Introdução.....	207
2 · Violação de sistemas de informações e tipificação penal.....	209
3 · Perspectivas técnicas para identificação da autoria	218
4 · Desafios jurídicos	224
5 · Considerações finais.....	233
Referências.....	234
CAPÍTULO 11 – INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA, QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E A RESISTÊNCIA DAS BIG TECHS: ALTERNATIVAS DISPONÍVEIS AOS ÓRGÃOS DE PERSECUÇÃO PENAL E AO PODER JUDICIÁRIO.....	237
1 · Introdução.....	237
2 · Interceptação de dados telemáticos e quebra de sigilo de dados armazenados: distinções conceituais	241
3 · Regimes jurídico-constitucionais aplicáveis à interceptação e à quebra de sigilo de dados	245
4 · Requisitos para a decretação das medidas de quebra de sigilo de dados	248
5 · Requisitos para acesso remoto a dispositivos ou servidores de armazenamento que potencialmente detenham dados comunicacionais e para interceptação telemática.....	252

6 · Formas de execução das medidas de interceptação telemática e de quebra de sigilo de dados – A colaboração das big techs é indispensável?	261
7 · Técnicas de acesso remoto a dispositivos e servidores de armazenamento de dados	268
8 · Meios de coerção indireta: possibilidades e limites	274
9 · Considerações finais.....	274
Referências.....	279
 CAPÍTULO 12 – QUEBRA TELEMÁTICA DE WHATSAPP E SUA UTILIZAÇÃO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO 283	
1 · Introdução.....	283
2 · Aplicativo de mensageria WhatsApp.....	284
3 · Investigação criminal tecnológica	284
4 · Do amparo legal e da interceptação telemática.....	285
5 · Da análise de vínculo dos dados obtidos na investigação através do WhatsApp na repressão ao crime organizado	287
6 · Considerações finais.....	289
Referências.....	289
 CAPÍTULO 13 – QUEBRA DO SIGILO DOS DADOS BURSÁTEIS: VISÃO TEÓRICA E ASPECTOS OPERACIONAIS 291	
1 · Introdução.....	291
2 · Breve histórico da bolsa de valores	292
3 · Mercado de capitais.....	294
4 · Panorama da proteção constitucional do sigilo	301
5 · Afastamento do sigilo dos dados bursáteis: previsão normativa, hipóteses de cabimento e requisitos para a decretação pelo Poder Judiciário.....	307
6 · Aspectos operacionais da quebra do sigilo dos dados bursáteis no curso da investigação ou do processo criminal	316

7 · Considerações finais.....	322
Referências.....	323
 CAPÍTULO 14 – TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO E COMPLIANCE CRIMINAL: EM BUSCA DE UMA HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA 329	
1 · Introdução.....	329
2 · Técnicas Especiais de Investigação (TEIs): uma necessidade diante de um novo mundo	330
3 · Compliance criminal: mais um exemplo dos novos tempos	333
4 · Direitos fundamentais: o limitador do compliance criminal.....	337
5 · Considerações finais.....	339
Referências	341
 CAPÍTULO 15 – A COLABORAÇÃO PREMIADA E OS BENEFÍCIOS AO COLABORADOR 345	
1 · Introdução.....	345
2 · Macrocriminalidade e técnicas especiais de investigação.....	346
3 · Conceito	348
4 · Benefícios legais ao colaborador	354
5 · (Im)possibilidade de pactuação de benefícios extralegais.....	359
6 · Homologação judicial e aplicação dos benefícios legais pactuados	363
7 · Considerações finais.....	365
Referências.....	366



PREFÁCIO

Alguns dizem que ainda sou jornalista; eu mesmo, apesar do desejo íntimo de confirmar essa hipótese, tenho, no ainda mais íntimo, minhas dúvidas se mereço o título.

O certo é que jamais deixei de ser um juiz criminal. Desde antes de meu ingresso na magistratura, tive conhecimento próximo da realidade de apenados, como Assessor Jurídico do Sistema Penitenciário do Estado de Pernambuco. Deixei de lecionar aulas de processo penal em 1993, mas, mesmo depois da passagem da seção penal para a de direito público do Superior Tribunal de Justiça (STJ), jamais perdi o interesse e a atenção pelo mais severo e grave dos direitos. Não só no apreço pelas questões doutrinárias e filosóficas que lhe tangem senão também pela atuação na respectiva competência originária do STJ.

É verdade que há proximidades entre a atividade jornalística e a de juiz. Que ambas trabalham com a palavra, é a mais óbvia. Ambas visam também buscar a verdade, por meio de suas próprias técnicas e poderes, ouvindo personagens antagônicos entre si, reunindo provas e construindo percepções sobre versões de fatos. O repórter apresenta seus relatos ao editor, assim como os acusadores apresentam sua versão ao juiz. São estes, editor e juiz, que reelaboram as narrativas e provas para apresentar uma outra versão, tida como retrato da realidade, à sociedade, julgadora última de toda a atividade.

Por isso, foi com muita satisfação que recebi o convite para apreciar previamente esta obra e apresentá-la a quem, sabiamente, dispôs-se a lê-la. Espero que a empreitada esteja à altura da distinção com que me premiaram os organizadores. Se a escolha do prefaciador pode deixar dúvidas sobre seus critérios de seleção, os textos e autores que efetivamente compõem a obra as afastam por inteiro. É de se louvar a iniciativa desses organizadores de compartilhar com essa mesma sociedade, aquela que a todos nos julga, os conhecimentos produzidos no âmbito da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) para a qualificação da matriz investigatória brasileira.

Os autores, todos ligados à investigação e à acusação criminal, demonstram como a atividade persecutória pode se desenvolver de forma técnica e profissional em um Estado Democrático de Direito, seguidor de padrões supranacionais de respeito inerente ao ser humano, sejam vítimas ou réus, em especial aos réus afinal eventualmente absolvidos, como deve mesmo ser uma atividade tão crítica e necessária às sociedades civilizadas que todos desejamos integrar e aspiramos fomentar.

Temas clássicos (testemunha sem rosto, infiltração, iniciativa probatória do juiz, cadeia de custódia, colaboração premiada) e inovadores (*mal-ware* estatal de investigação, justiça negociada, KDD e *red flags*, investigação 4.0, big techs e colaboração, quebra de dados de WhatsApp, dados bursátéis, compliance criminal), todos contemporâneos, são reunidos com maestria nesta obra.

Evitarei aborrecer o leitor que se dedicou a ler esta introdução com o repetir do sumário ou a apresentação dos autores, destacando pontos individuais das obras e carreiras; dizem que um bom prefácio, se é que eles existem, não deve ser ocioso. O fato de serem todos professoras e professores de cursos específicos sobre as matérias no âmbito da ESMPU chancela a seriedade, relevância, densidade, zelo, minúcia e esmero com que os problemas foram pesquisados, os textos produzidos e os temas analisados.

A mim cabe exortar que sérias questões técnicas de investigação como as ora apresentadas sejam estudadas, aplicadas e criticadas por seus operadores e pela doutrina. Como mero juiz, a certeza do aprofundamento desse debate tão crucial para a formação da culpa dos que merecem ser culpabilizados é asseguradora da segurança jurídica, intelectual e física da sociedade a que todos prestamos serviço, que nos julga nesses afazeres e a quem se destina toda nossa atuação funcional.

A confiança de que os métodos de investigação produzem resultados sólidos e confiáveis, antes de se tornar um endosso à acusação, prestigia o efetivo contraditório e a ampla defesa ao viabilizar seu questionamento em termos igualmente concretos. A verdade real, conquanto utópica, somente pode ser buscada nesse ambiente dialógico e dialético.

Encontrar e punir o verdadeiro culpado é também respeitar os direitos e sentimentos da vítima e de seus familiares. Casos de falhas investigativas e de apuração jornalística abundam, infelizmente. Para ficarmos em um com marcante convergência de erros nos dois campos, lembremos a inesquecível Escola Base (1994). O episódio mostra os riscos de as investigações mal conduzidas criarem vítimas reais – os educadores falsamente

acusados e os pais, mães e crianças manipulados, estes, diria eu, duplamente vitimados, tanto pelas falsas violações como pela apuração e imputação atabalhoadas que se sucederam.

Lembro, ainda, de como esse caso marcante não é singular. Reproduz, quase como uma montagem teatral moderna de um texto clássico, episódio ocorrido anos antes na Califórnia: o McMartin Trial (1983-1990), retratado no filme *Acusados* (1995). A vida, aqui no Brasil, antecipou-se à arte e reproduziu-se a si mesma antes do próprio lançamento do longa-metragem. Queiramos que as técnicas aqui discutidas permitam que tais fracassos da humanidade fiquem no campo da história e da ficção.

A realidade ainda não é essa. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022 registra mais de 820 mil custodiados no Brasil, um aumento de 7% em 2021. Quantos serão vítimas de técnicas inadequadas de investigação? Segundo o Instituto Sou da Paz, menos de 40% dos homicídios no Brasil foram esclarecidos entre 2019 e 2020, considerando-se a fase investigatória. Nos piores estados, o índice não chega a 20% dos crimes. Uma obra como a presente auxilia, ou assim se pretende, a melhorar esse cenário distópico.

Como juiz, minha posição é a do leitor do jornal. Não me cabe investigar, mas julgar os relatos contrapostos e alcançar um convencimento próprio, apoiado nos fatos e provas apresentados por ambos os lados. Mas assim como conviria ao leitor do jornal conhecer os procedimentos de pesquisa e investigação da imprensa, para melhor avaliar a notícia que lhe é apresentada, o juiz muito ganha em saber as potencialidades e limites do processo investigatório que deve controlar e de seu resultado, para julgá-lo. Tanto mais ganham, é óbvio, os diretamente envolvidos com a investigação, sejam seus condutores, sejam os defensores, bem como a sociedade, cuja plúrima citação não ocorre por acaso.

Ouso discordar de Vargas Llosa (*Cartas a um jovem escritor*): nem sempre quem escreve, escreve por uma insatisfação com o mundo. Vá lá, talvez seja mesmo verdade no caso de ficção, mas, ainda assim, tenho minhas dúvidas. Às vezes, desconfio, apenas se busca revelá-lo. Ao menos, essa é a premissa utópica em que se apoiam o jornalismo e a própria magistratura. Em qualquer caso, talvez, a verdade esteja no mesmo caminho da virtude, reunindo ambas este fim: revelar malfeitos, para mudar, um pouco que seja, o mundo. O mesmo se diga, e com mais razão, da investigação criminal.



Dado esse pontapé inicial, meio torto, como costumam ser esses chutes (e certos anjos), passo a bola a eles, verdadeiros e verdadeiras craques do *métier*. Investidas e investidos na promoção de apurações que não sejam nem tortas, nem chutes, nem revelações divinas (daquelas que exigem provas diabólicas), ainda que não tenham querido, contribuem para a mudança do mundo, e uma mudança muito positiva.

A leitura que se seguirá foi, para mim, tão enriquecedora quanto agradável, e estou seguro de que assim também será para você, cara leitora, caro leitor, de cujo tempo já me apropriei indevidamente de forma demasiada. Devo encerrar, antes que o delito ganhe substância e enseje alguma investigação. E, já disse, dou valor à minha palavra; por isso, aqui encerro, com votos de que estas palavras – não as minhas, senão as dos autores – sejam disseminadas, conhecidas, discutidas, aplicadas e – por que não? – contrariadas, para o aprimoramento dessa atividade tão relevante que é a investigação criminal.

Brasília, setembro de 2022.

OG FERNANDES

Ministro do Superior Tribunal de Justiça



CAPÍTULO 1

TESTEMUNHA SEM ROSTO, DIREITO À DEFESA PLENA E EFICÁCIA PROCESSUAL

Galtiênio da Cruz Paulino

1 · INTRODUÇÃO

Modernamente, o processo penal tem como objetivos o respeito aos direitos e garantias fundamentais, bem como deve ser direcionado para uma prestação jurisdicional que proporcione eficácia à persecução penal, como forma de garantir o respeito ao direito fundamental da sociedade à segurança e aos direitos fundamentais das vítimas.

Para atingir esses objetivos, especialmente o segundo, é necessário que o Estado se valha, muitas vezes, de técnicas especiais de investigação, como a colaboração premiada, o agente infiltrado, a testemunha sem rosto etc., que geram questionamentos sobre a possível violação de direitos fundamentais do acusado.

No caso da testemunha sem rosto ou testemunha não identificada, o principal questionamento é se não haveria desrespeito aos direitos fundamentais do acusado ao contraditório e à ampla defesa, possivelmente limitados em decorrência da ausência de identificação da testemunha, que impossibilita, por exemplo, a contradita e (ou) a análise de reação desta no momento do depoimento.

Ocorre que, em muitos casos, a testemunha está sendo (ou se sente) ameaçada pelo acusado, e, caso este possa identificá-la, poderá haver risco à sua integridade física e (ou) psicológica ou originar-se um depoimento deficitário em razão do medo gerado. Nesse cenário, surge a figura da testemunha sem rosto.

Diante dessa problemática, buscar-se-á neste capítulo demonstrar que a admissibilidade da testemunha sem rosto não fere os direitos fundamentais

do acusado ao contraditório e à ampla defesa. Há, em verdade, um contexto de conciliação dos direitos fundamentais em conflito, respeitando e garantindo os direitos à vida e à integridade física e mental da testemunha, bem como o direito da sociedade à segurança, por meio de uma persecução penal eficaz.

Para tanto, será realizada uma análise holística dos direitos fundamentais, com base nos princípios da proporcionalidade e, principalmente, da proibição da proteção deficiente, além de desenvolvida a concepção atual do princípio do contraditório, bem como demonstradas, por meio do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a admissibilidade da testemunha sem rosto nas ordens jurídicas democráticas e a compatibilidade com a proteção dos direitos humanos.

2 · A UNICIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS FINS DO PROCESSO PENAL

Os direitos fundamentais, previstos expressamente ou não na Constituição Federal, deverão sempre prevalecer nas relações privadas estabelecidas entre os cidadãos e nas relações entre estes e o Estado. Em muitos casos, os direitos fundamentais entram em conflito, ocasião em que se questiona qual direito deverá prevalecer.

Não se pode olvidar que os direitos fundamentais possuem dupla face, visto que podem ser considerados como direitos subjetivos individuais ou como elemento objetivo fundamental de uma sociedade.¹ Por conseguinte, além de servirem como mecanismo dos indivíduos ante o Poder Público, os direitos fundamentais são valores constitucionais de caráter objetivo, com eficácia sobre todo o ordenamento jurídico; servem como norte para a atuação de todos os poderes constituídos.

Nessa perspectiva, todos os direitos fundamentais transpassam a esfera do indivíduo. Na perspectiva objetiva, é possível restringir direitos individuais, ainda que fundamentais, quando o interesse da sociedade prevalecer e desde que respeitado o núcleo essencial. A face objetiva dos direitos fundamentais apresenta-se como um dever imposto ao Estado de concretizar e implementar esses direitos. Há a denominada influência objetiva e valorativa dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva é autônoma e serve de norte à interpretação e à aplicação do direito infraconstitucional.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 166.

Esse enquadramento dos direitos fundamentais impossibilita que as normas geradas pela interpretação dos enunciados nelas inseridos sejam compreendidas em sua literalidade. As normas advêm não apenas da literalidade do enunciado, por mais claro que ele seja; deve-se considerar a conjuntura fática, normativa e jurídica. A norma pode variar em razão de alguma transformação contextual.

A gramaticalidade de um enunciado, embora seja um requisito necessário de sua compreensão, não determina suficientemente como sejam os elementos que compõem, superficialmente, o enunciado em questão.²

É sob esse enfoque que os direitos fundamentais devem ser aferidos de maneira una, evitando-se, em muitos casos, que ocorra a proteção deficiente de algum desses direitos sob a justificativa de se proteger outro direito fundamental. Nesse cenário, eventual conflito entre direitos fundamentais deve ser resolvido com base no princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade é um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, buscando limitar as possíveis restrições a esses direitos, principalmente em situações de aparente conflito, por meio de um juízo de ponderação.

A análise de uma norma sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, antes de se adentrar na aferição dos elementos desse preceito (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), passa pela verificação de dois pressupostos, o da legalidade e o da justificação teleológica.³ Em razão do primeiro pressuposto, impõe-se que todas as restrições a direitos fundamentais estejam previstas em lei e, como consequência do segundo pressuposto, é necessário que a restrição seja “justificada teleológica e constitucionalmente, isto é, seja fruto de um aceitável sopesamento constitucional ao menos no campo abstrato da norma”.⁴ A restrição a direitos fundamentais, em termos teleológicos, só será admitida se estiver em consonância com os valores constitucionais. O juiz será o responsável pela análise desses pressupostos e por decidir de maneira fundamentada se eles estão presentes no caso que lhe é posto.

Esses pressupostos do princípio da proporcionalidade têm como supedâneos constitucionais o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), o princípio

² VERNENGO, Roberto J. *La interpretación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma, 1977. p. 57. Trad. livre.

³ MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 313.

⁴ MORAES, 2010, p. 313.

da legalidade (art. 5º, inciso II) e a legalidade sob a perspectiva criminal (art. 5º, inciso XXXIX), que justificam a imprescindibilidade de “uma lei formalmente correta e com um fim constitucionalmente justificável”⁵.

Em decorrência do caráter de preceito constitucional assumido, os direitos fundamentais podem ser restringidos apenas por normas de envergadura constitucional. As restrições infraconstitucionais só são admissíveis quando autorizadas pela própria Constituição. Surgem as denominadas restrições indiretamente constitucionais.

As restrições infraconstitucionais ou indiretamente constitucionais devem ser mensuradas pelo núcleo essencial do direito fundamental em jogo e pela incidência da proporcionalidade.

Para se determinar o conteúdo essencial de um direito fundamental, pode-se partir de uma perspectiva objetiva, por meio de uma fixação expressa mínima no âmbito constitucional, ou subjetiva. Essa pode ser entendida em um enfoque relativo, por meio do qual o núcleo essencial dos direitos fundamentais resulta da proporcionalidade, a depender do caso de colisão de direitos, ou absoluto, pelo qual todo direito fundamental tem um núcleo essencial fixo, inviolável em qualquer situação, partindo do pressuposto de que existem direitos absolutos que não podem ser relativizados.

Nesse ponto, surge a necessidade de um juízo de ponderação por meio do princípio da proporcionalidade, que, segundo Carlos Pulido, cumpre a função de estruturar o procedimento interpretativo para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais.⁶ Tal princípio se faz necessário em razão de os direitos fundamentais serem normativamente indeterminados.

O conteúdo do princípio da proporcionalidade é fixado pelos seguintes princípios ou valores: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). Tais princípios atuam com base na otimização dos direitos fundamentais; os dois primeiros englobam a otimização sob o aspecto fático, e o terceiro a ponderação propriamente dita.

Por sua vez, a ponderação se desenvolve em três etapas sequenciais: a) deve-se comprovar os reflexos do não cumprimento de um dos princípios em conflito, de acordo com o grau de descumprimento; b) deve-se aferir a

⁵ MORAES, 2010, p. 315.

⁶ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. E-book. pos.1506. Trad. livre.

importância de se cumprir o princípio contrário; c) deve-se comprovar se o cumprimento do princípio contrário justifica que o outro seja prejudicado.⁷

Haverá atuação desproporcional se, diante de princípios em contraposição, não se estabelecer uma relação de balanceamento entre os princípios envolvidos, praticamente suprimindo o papel do princípio relegado.

O juízo de ponderação (proporcionalidade em sentido estrito), na interpretação dos direitos fundamentais, estabelece que

a finalidade da intervenção constitui um elemento essencial da mesma, de sorte que a relevância do fim perseguido se faz ponderar com a relevância do prejuízo causado ao direito fundamental.⁸

Diante dessa perspectiva, todos os direitos fundamentais, portanto, devem ser protegidos pelo Poder Público, tanto no momento da elaboração legislativa quanto no momento da aplicação.

No campo do processo penal, esses direitos devem ser conciliados com a ideia de eficácia processual. Nessa área do Direito, a todo instante ocorre uma forte tensão entre os direitos e garantias fundamentais do acusado e o poder persecutório estatal.⁹ De um lado se apresenta o *jus libertatis* dos indivíduos, e do outro o *jus consequendi* estatal, em uma relação que deve primar por um contexto de equilíbrio entre direitos e interesses em litígio.

Diante dessa realidade, o processo penal atualmente se apresenta como um instrumento essencial para a proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado e para a materialização do Direito Penal, enquanto mecanismo de respaldo da ordem jurídica violada. Deve proporcionar uma relação de equilíbrio entre a proteção do acusado e a da sociedade. Desse modo, é necessário que atue de maneira eficaz, por meio da produção de resultados que proporcionem respeito aos interesses de todos os atores do processo, que inclui as partes, a sociedade (mesmo que indiretamente representada), as testemunhas, os peritos, entre outros.

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 111.

⁸ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 166.

⁹ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Estrutura normativa dos meios para obtenção de elementos de informação e os limites à investigação do crime organizado. *Revista dos Tribunais Nordeste*, São Paulo, v. 7, p. 255-275, set./out. 2014.

É nessa perspectiva que, para a aplicação de todas as normas jurídicas, deve-se centrar na diferença entre a eficácia jurídica e a social. Essa é enquadrada como efetividade da norma,¹⁰ ou seja, sua aplicabilidade no plano dos fatos. A “efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”.¹¹ Apresenta-se como “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o ‘dever-ser’ e o ‘ser’ da realidade social”¹² Já a eficácia jurídica foca na capacidade da norma de produzir o resultado ao qual se destina, gerando, desse modo, a proteção, no caso dos direitos fundamentais, para a qual foi designada.

Nessa toada, as normas que envolvem direitos e garantias fundamentais devem resultar da interpretação jurídica que proporcione máxima eficácia a esses direitos, ao passo que desenvolva na sociedade a ideia de proteção integral desses direitos. Mesmo em situações de possível conflito de direitos fundamentais, deve-se buscar sempre a interpretação que redunde em normas que sejam juridicamente eficazes e socialmente aceitas, não se admitindo em nenhuma hipótese que se suprimam por completo a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais, em virtude da necessária observância do núcleo duro desses direitos.

Essa visão integral dos direitos fundamentais deverá ser levada em consideração no momento em que se aferir a possibilidade de se utilizarem instrumentos probatórios, como a testemunha sem rosto, que possam gerar algum questionamento sobre a plenitude do exercício do direito de defesa.

3 · DIREITO À AMPLA DEFESA E EFICÁCIA DO PROCESSO PENAL

O direito à ampla defesa tem como base de sustentação, no âmbito processual, o princípio do contraditório,¹³ que, atualmente, possui duas dimensões, a formal e a substancial. Esse princípio, em sua concepção clássica, sustenta-se no direito de informação e no direito de reação (dimensão

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 48.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 221.

¹² BARROSO, 2010, p. 221.

¹³ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, ano VII, n. 9, p. 119-144, dez. 2006.

formal). Com base no primeiro direito, as partes devem ter ciência da atuação processual da parte contrária, para melhor aferição da estratégia defensiva, ao tempo que é garantido o direito de reação, consistente na possibilidade de o acusado se contrapor às alegações da parte adversa.¹⁴

Atualmente, acrescentou-se ao princípio do contraditório a dimensão substancial, que possui como supedâneos a democracia deliberativa e o princípio do processo democrático. Essa dimensão agregou ao referido princípio o direito de influência e o dever de colaboração, como forma de garantir aos indivíduos a participação nos atos decisórios do Estado.¹⁵ A ampla defesa, inclusive, “corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório”¹⁶.

Diante dessa nova perspectiva do princípio do contraditório, só haverá legitimidade em uma decisão após prévio “acordo ou posição racional sobre a conduta a ser praticada”¹⁷. A legitimidade de um ordenamento jurídico se sustenta nas ideias de que “os cidadãos são aqueles que decidem sobre o direito, as normas a serem vinculativamente aplicadas; e que o procedimento decisório é racional e controlável”¹⁸. Dessa perspectiva surgem o direito de influência e o dever de colaboração das partes. A cooperação do acusado, agindo de maneira leal e de boa-fé, é, em verdade, uma forma de exercício do direito de defesa de maneira plena, “pois a efetividade e eficiência da defesa não se confundem com a tese de exculpação ou de negação de autoria [...]”¹⁹. O dever de cooperação envolve, portanto, a obrigação de as partes agirem de forma leal e o dever de colaborarem com o poder jurisdicional²⁰ e de respeitarem os direitos e garantias fundamentais de todos os atores processuais.

O agir desleal de um acusado, por meio de ameaças a testemunhas e atores processuais, deve ser combatido, bem como se deve resguardar a integridade da vítima, no caso a testemunha, muitas vezes por meio da

¹⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 104.

¹⁵ CABRAL, 2010, p. 106.

¹⁶ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 86. v. 1.

¹⁷ CABRAL, 2010, p. 109.

¹⁸ CABRAL, 2010, p. 109.

¹⁹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. 2. ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015. p. 543.

²⁰ CABRAL, 2010, p. 207.

não revelação de seus dados identificativos. Essas situações ocasionam a violação de direitos e garantias fundamentais da testemunha, bem como ferem o princípio do contraditório e o direito à ampla defesa, em razão do desrespeito do dever de cooperação. Essas ofensas devem ser reprimidas.

Além disso, é necessário ter em mente que o processo atualmente deve se preocupar com o respeito aos direitos do acusado, sem se olvidar da obrigação de proporcionar uma célere e eficaz solução ao litígio penal, como forma de resguardar também os direitos das vítimas e o direito da sociedade à segurança. Por conseguinte, é necessária, no campo do processo penal, uma relação de equilíbrio entre todos os direitos e garantias fundamentais envolvidos, não se admitindo que, sob a justificativa de proteção de algum direito fundamental do acusado, que muitas vezes está abusando desse direito, outros direitos fundamentais, como os da sociedade e das testemunhas, sejam totalmente extirpados.

4 · A TESTEMUNHA SEM ROSTO NO ORDENAMENTO NACIONAL E NA ORDEM INTERNACIONAL

A ameaça a testemunhas é uma realidade vivenciada em casos envolvendo a criminalidade organizada, que, além de propalar em sua estrutura normativa a lei do silêncio, garante a manutenção da estrutura criminosa por meio da violência, muitas vezes pela utilização de ameaças a pessoas que tenham presenciado atos delitivos praticados pela organização.

No Brasil, o art. 7º, inciso IV, da Lei n. 9.807/1999 é apontado como um marco normativo processual de proteção às testemunhas.²¹⁻²² Esse dispositivo passa a integrar o sistema de proteção à testemunha, constituído por tipificações delitivas previstas no Código Penal – como é o caso dos

²¹ "Art. 7º 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;"

²² "[M]arco jurídico que vem a ser princípio e fim da regulação do complexo fenômeno da *proteção processual* das testemunhas, em complemento à tutela tradicional dispensada no âmbito penal e processual penal." (LEITE FILHO, José. Testemunha sem rosto: anotações ao regime estabelecido na Lei 9.807/99. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de [org.]. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 188).

delitos de ameaça (art. 147) e coação no curso do processo (art. 344) – e no Código de Processo Penal, com a hipótese da prisão preventiva por coação às testemunhas, destinada à proteção não apenas da testemunha mas também da persecução penal.

A proteção gerada pela Lei n. 9.807/1999 engloba as testemunhas em sentido estrito, bem como todas as pessoas que tenham sido intimidadas ou ameaçadas em razão de terem colaborado com a persecução penal, o que inclui outros investigados, peritos, entre outros.²³

Para ocorrer a incidência da proteção do art. 7º, inciso IV, da Lei n. 9.807/1999, é necessário que se demonstre a existência de risco à integridade da testemunha (art. 1º da Lei n. 9.807/1999²⁴) ou que a coação ou ameaça seja direcionada a cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha.²⁵ A proteção, porém, é destinada apenas para quem colaborar com a persecução penal (ou pessoas próximas de quem

²³ OLIVEIRA, Thais Marques Zecchin. *Estudo crítico da tipicidade na prova testemunhal*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 160.

²⁴ “Art. 1º As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta Lei.

§ 1º A União, os Estados e o Distrito Federal poderão celebrar convênios, acordos, ajustes ou termos de parceria entre si ou com entidades não-governamentais objetivando a realização dos programas.

§ 2º A supervisão e a fiscalização dos convênios, acordos, ajustes e termos de parceria de interesse da União ficarão a cargo do órgão do Ministério da Justiça com atribuições para a execução da política de direitos humanos.” (BRASIL. *Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm. Acesso em: 25 fev. 2022).

²⁵ “Art. 2º A proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova.

§ 1º A proteção poderá ser dirigida ou estendida ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, conforme o especificamente necessário em cada caso.

§ 2º Estão excluídos da proteção os indivíduos cuja personalidade ou conduta seja incompatível com as restrições de comportamento exigidas pelo programa, os condenados que estejam cumprindo pena e os indiciados ou acusados sob prisão cautelar em qualquer de suas modalidades. Tal exclusão não trará prejuízo a eventual

colaborou), assim como devem ser levadas em consideração a gravidade da coação/ameaça e a dificuldade para reprimi-la. Em princípio pode ser direcionada para testemunha que tenha sido ameaçada durante a persecução penal de qualquer crime.

Em Portugal, a proteção da testemunha, por meio da não revelação de sua identidade, está prevista no artigo 16 da Lei n. 93/99, que, além dos requisitos exigidos no Brasil, estabelece que a proteção é admitida apenas na hipótese de o depoimento ocorrer em razão de processos relativos a algum dos delitos elencados (crime de maior gravidade) e desde que o depoimento da testemunha possua grande relevância probatória.²⁶

Na Europa, no campo da proteção dos direitos humanos, toma-se como referência o art. 6º, 3, d, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, responsável por estabelecer que o acusado possui o direito de

interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação.²⁷

prestação de medidas de preservação da integridade física desses indivíduos por parte dos órgãos de segurança pública.

§ 3º O ingresso no programa, as restrições de segurança e demais medidas por ele adotadas terão sempre a anuência da pessoa protegida, ou de seu representante legal.

§ 4º Após ingressar no programa, o protegido ficará obrigado ao cumprimento das normas por ele prescritas.

§ 5º As medidas e providências relacionadas com os programas serão adotadas, executadas e mantidas em sigilo pelos protegidos e pelos agentes envolvidos em sua execução." (BRASIL. *Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm. Acesso em: 25 fev. 2022).

²⁶ "Art. 16. A não revelação da identidade da testemunha pode ter lugar durante alguma ou em todas as fases do processo, se estiverem reunidas cumulativamente as seguintes condições: a) O depoimento ou as declarações disserem respeito a crimes previstos nos artigos 169º, 299º, 300º ou 301º do Código Penal e no artigo 28º do Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, ou a crimes puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a oito anos, cometidos por quem fizer parte de associação criminosa, no âmbito da finalidade ou actividade desta; b) A testemunha, seus familiares ou outras pessoas que lhes sejam próximas correrem um grave perigo de atentado contra a vida, a integridade física, a liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado; c) Não ser fundadamente posta em dúvida a credibilidade da testemunha; d) O depoimento ou as declarações constituírem um contributo probatório de relevo." (PORTUGAL. *Lei n. 93, de 14 de julho de 1999*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/93-1999-357514>. Acesso em: 10 mar. 2022).

²⁷ Disponível em: https://echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022.

Em princípio, toda testemunha deve ser identificada, não sendo admissível, portanto, a figura da testemunha sem rosto. Contudo, observados alguns requisitos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem admitindo que uma testemunha não seja identificada, como mecanismo de resguardo de sua integridade, quando houver demonstração de efetiva ameaça, desde que respeitados alguns requisitos.

5 · OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A TESTEMUNHA SEM ROSTO

Conforme ressaltado, a principal discussão sobre a admissibilidade de testemunhas não identificadas no curso da persecução penal envolve o possível conflito entre direitos e garantias fundamentais do acusado, da testemunha e da sociedade. O acusado tem o direito ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, a testemunha possui o direito de ser garantida sua integridade física e moral, já à sociedade lhe deve ser assegurado o direito à segurança.

Um primeiro questionamento em face da admissão da testemunha anônima ou sem rosto é a restrição da publicidade inerente ao processo. No Brasil, prevalece a regra da publicidade do processo e, por conseguinte, de todos os atos processuais. Ocorre que a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LX, quando trata da questão da publicidade, possibilita a existência de exceção à regra da publicidade do ato processual, apenas “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, devendo a restrição ocorrer por meio de lei.

No caso da testemunha, a restrição à publicidade encontra-se prevista na Lei n. 9.807/1999, na Lei n. 12.850/2013 e na Convenção de Palermo, incorporada pelo Decreto n. 5.015/2004,²⁸ que impõe aos Estados-Partes que

²⁸ Artigo 24

Proteção das testemunhas

1. Cada Estado Parte, dentro das suas possibilidades, adotará medidas apropriadas para assegurar uma proteção eficaz contra eventuais atos de represália ou de intimidação das testemunhas que, no âmbito de processos penais, deponham sobre infrações previstas na presente Convenção e, quando necessário, aos seus familiares ou outras pessoas que lhes sejam próximas.
2. Sem prejuízo dos direitos do argüido, incluindo o direito a um julgamento regular, as medidas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo poderão incluir, entre outras:
 - a) Desenvolver, para a proteção física destas pessoas, procedimentos que visem, consoante as necessidades e na medida do possível, nomeadamente, fornecer-lhes

adotem medidas apropriadas para assegurar a proteção de testemunhas que estejam sofrendo represália ou intimidação, em processo penal relativo aos delitos previstos na Convenção. Em nível infralegal, é de importante referência o Provimento n. 32 da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, que, ao regulamentar o procedimento de operacionalização da proteção da testemunha ameaçada, fixa, entre outras previsões normativas, que, buscando resguardar o direito ao contraditório do acusado, os dados da testemunha protegida serão guardados em uma pasta cujo acesso será franqueado apenas ao Ministério Público e ao defensor constituído ou nomeado nos autos. A restrição ao direito à publicidade, direito fundamental, por lei, atende ao pressuposto da legalidade inerente à incidência do princípio da proporcionalidade em tais situações.

Além da questão da restrição da publicidade dos atos processuais, discute-se se a admissão da testemunha sem rosto no processo penal fere os direitos do acusado ao contraditório e à ampla defesa, que estariam limitados em razão da impossibilidade de o acusado contraditar a testemunha ou aferir possíveis reações durante a inquirição.²⁹⁻³⁰ Ocorre que esses direitos devem ser conciliados com os direitos à vida, à integridade física e mental e à liberdade de declarar o que sabe da testemunha e

um novo domicílio e impedir ou restringir a divulgação de informações relativas à sua identidade e paradeiro;

b) Estabelecer normas em matéria de prova que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados.

3. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos com outros Estados para facultar um novo domicílio às pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo.

4. As disposições do presente Artigo aplicam-se igualmente às vítimas, quando forem testemunhas." (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: 25 fev. 2022).

²⁹ O contraditório estaria sendo violado: "a) pela impossibilidade de a defesa fazer uso da arguição de parcialidade, ou contradita; e b) a depender do modo como realizada a oitiva, pelas limitações à verificação da sua fiabilidade, pela dificuldade em avaliar as reações da testemunha". (LEITE FILHO, 2015, p. 190).

³⁰ Nesse sentido, Gomes Filho e Badaró afirmam: "Mesmo no caso em que a testemunha esteja presente, sendo visualmente identificada, o desconhecimento de seus dados de qualificação poderá prejudicar o exercício do contraditório". (GOMES FILHO, Antônio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Prova*. Porto Alegre: TRF – 4^a Região, 2008. [Currículo Permanente. Caderno de Direito Penal, módulo 4]. p. 31. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_GUSTAVO_BADARO.pdf. Acesso em: 23 fev. 2022).

dos demais atores processuais, bem como com o direito da sociedade à segurança, focada na eficácia do processo penal.

Inicialmente, conforme exposto no tópico 3, é importante ressaltar que o abuso de um direito, como é o caso do contraditório e da ampla defesa, não deve ser utilizado como escudo para a violação de direitos fundamentais de outrem, como direitos à vida, à integridade física e mental e à liberdade de declarar o que sabe da testemunha e o direito da sociedade à segurança. A situação de risco à integridade da testemunha ocasiona a violação do dever de cooperação inerente a todos os atores processuais e, por conseguinte, há um flagrante desrespeito ao princípio do contraditório em sua acepção material.

Mesmo afastando a alegação de violação do princípio do contraditório, a justificar a proteção da testemunha por meio do anonimato, é necessário enfatizar que a possível colisão de direitos fundamentais deve ser solucionada por um juízo de ponderação, por meio da atuação do princípio da proporcionalidade. O objetivo de proteção aos direitos fundamentais da testemunha e da sociedade está em consonância com a justificação teleológica³¹ da incidência do princípio da proporcionalidade. Além disso, esse princípio impõe que todos os direitos fundamentais sejam respeitados e não ocorra proteção deficiente. Desse modo, eventual conflito de direitos fundamentais impõe que seja analisado qual direito deverá prevalecer; porém, deve ser assegurada a proteção mínima (conteúdo essencial) dos demais direitos fundamentais.

É baseado no princípio da proporcionalidade que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mesmo com a previsão do art. 6º, 3, d, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o entendimento, em regra, que toda testemunha deve ser identificada, admite, em hipóteses excepcionais, a testemunha sem rosto, em razão de estarem envolvidos, no processo penal, outros direitos, como a integridade da testemunha e a segurança, não apenas o contraditório.

Julgado emblemático do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é o caso *Doorson v. Holanda*, em que a corte reconheceu a possibilidade de não identificação da testemunha, quando estiverem em perigo a vida, a liberdade ou a segurança da testemunha, não devendo prevalecer, portanto, os direitos ao contraditório e à ampla defesa do acusado.³² Por outro lado, a condenação não deve se sustentar exclusivamente no depoimento de uma testemunha

³¹ MORAES, 2010, p. 313.

³² DE WILDE, Bas. A fundamental review of the ECHR right to examine witnesses in criminal cases. *The International Journal of Evidence & Proof*, London, p. 157-182, 2013.

anônima. O depoimento deverá ser mensurado em consonância com os demais elementos probatórios produzidos durante a instrução.³³⁻³⁴

³³ [...]

70. It is true that Article 6 (art. 6) does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 (art. 8) of the Convention. Such interests of witnesses and victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organise their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled. Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify.

71. As the Amsterdam Court of Appeal made clear, its decision not to disclose the identity of Y.15 and Y.16 to the defence was inspired by the need, as assessed by it, to obtain evidence from them while at the same time protecting them against the possibility of reprisals by the applicant (see paragraph 28 above). This is certainly a relevant reason to allow them anonymity. It remains to be seen whether it was sufficient. Although, as the applicant has stated, there has been no suggestion that Y.15 and Y.16 were ever threatened by the applicant himself, the decision to maintain their anonymity cannot be regarded as unreasonable per se. Regard must be had to the fact, as established by the domestic courts and not contested by the applicant, that drug dealers frequently resorted to threats or actual violence against persons who gave evidence against them (see paragraph 28 above). Furthermore, the statements made by the witnesses concerned to the investigating judge show that one of them had apparently on a previous occasion suffered violence at the hands of a drug dealer against whom he had testified, while the other had been threatened (see paragraph 25 above). In sum, there was sufficient reason for maintaining the anonymity of Y.15 and Y.16.

72. The maintenance of the anonymity of the witnesses Y.15 and Y.16 presented the defence with difficulties which criminal proceedings should not normally involve. Nevertheless, no violation of Article 6 para. 1 taken together with Article 6 para. 3 (d) (art. 6-1+art. 6-3-d) of the Convention can be found if it is established that the handicaps under which the defence laboured were sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities (see, mutatis mutandis, the above-mentioned Kostovski judgment, p. 21, para. 43).

[...]

*76. Finally, it should be recalled that even when 'counterbalancing' procedures are found to compensate sufficiently the handicaps under which the defence labours, a conviction should not be based either solely or to a decisive extent on anonymous statements. That, however, is not the case here: it is sufficiently clear that the national court did not base its finding of guilt solely or to a decisive extent on the evidence of Y.15 and Y.16 (see paragraph 34 above). Furthermore, evidence obtained from witnesses under conditions in which the rights of the defence cannot be secured to the extent normally required by the Convention should be treated with extreme care. The Court is satisfied that this was done in the criminal proceedings leading to the applicant's conviction, as is reflected in the express declaration by the Court of Appeal that it had treated the statements of Y.15 and Y.16 'with the necessary caution and circumspection' (see paragraph 34 above)." (TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Doorson v. Holanda*. Disponível em: https://www.hr-dp.org/files/2013/09/08/CASE_OF_DOORSON_v._THE_NETHERLANDS_.pdf. Acesso em: 22 fev. 2022).*

³⁴ No mesmo sentido, vide: TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Taxquet v. Bélgica*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-101739%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-101739%22]). Acesso em: 22 fev. 2022.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já discutiu sobre a constitucionalidade da testemunha sem rosto, tendo admitido essa possibilidade nos *Habeas Corpus* n. 89.137 e n. 104.139, ambos da primeira turma, e *Habeas Corpus* n. 112.811 e n. 90.321, ambos da segunda turma. A discussão foi retomada recentemente no *Habeas Corpus* n. 124.614/SP, por meio do qual era questionado o Provimento CGJ/SP n. 32/2000, que restringe o acesso à qualificação da testemunha não identificada ao Ministério Público e ao defensor constituído (art. 5º).³⁵ Ao final do julgamento, concluiu-se que não há violação ao direito à autodefesa.³⁶

Há muito tempo o Supremo Tribunal vem equilibrando os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa do acusado com outros direitos fundamentais da sociedade e de outros atores processuais. O maior exemplo é o enunciado de Súmula Vinculante n. 14, que assegura ao acusado e ao seu defensor acesso aos autos da investigação, sendo impossível, porém, que tomem conhecimento das partes da investigação referentes a diligências em curso, como forma de garantir a eficácia da persecução penal.³⁷

³⁵ “Art. 5º O acesso à pasta fica garantido ao Ministério Público e ao Defensor constituído ou nomeado nos autos, com controle de vistas, feito pelo Escrivão, declinando data.” (SÃO PAULO [Estado]. Corregedoria Geral da Justiça. *Provimento CGJ/SP n. 32/2000*. São Paulo: TJSP, 24 out. 2000. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/habeas_corpus/legislacao/Provimento%20CG32_00.htm. Acesso em: 19 mar. 2022).

³⁶ “HABEAS CORPUS – TESTEMUNHA ‘SEM ROSTO’ (LEI Nº 9.807/99, ART. 7º, N. IV, C/C O PROVIMENTO CGJ/SP Nº 32/2000) – PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE, DA IMAGEM E DOS DADOS PESSOAIS REFERENTES A TESTEMUNHA PROTEGIDA – POSSIBILIDADE, CONTUDO, DE PLENO E INTEGRAL ACESSO DO ADVOGADO DO RéU À PASTA QUE CONTÉM OS DADOS RESERVADOS PERTINENTES A MENCIONADA TESTEMUNHA – ALEGADA OFENSA AO DIREITO DO RéU À AUTODEFESA, EMBORA ASSEGURADO O RESPEITO À SUA DEFESA TÉCNICA – CARÁTER GLOBAL E ABRANGENTE DA FUNÇÃO DEFENSIVA: DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA – PRETENDIDA TRANSGRESSÃO À PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA – POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR (MINISTRO CELSO DE MELLO) FAVORÁVEL À TESE DA IMPETRAÇÃO – ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE SE FIRMOU, NO ENTANTO, EM SENTIDO CONTRÁRIO A TAL ENTENDIMENTO – PRECEDENTES – OBSERVÂNCIA, PELO RELATOR, DO PRÍNCIPIO DA COLEGIALIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2. Turma]. HC 124.614 AgR. Relator: Min. Celso de Mello. Julg. 10.3.2015. Publ. 28 abr. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8311761>. Acesso em: 25 fev. 2022.

³⁷ “Súmula Vinculante n. 14: 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.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 14, de 2 de

Observa-se, portanto, que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal, mesmo reconhecendo a plenitude dos direitos ao contraditório e à ampla defesa, admitem a possibilidade de se restringir o acesso à identificação de uma testemunha, protegendo o anonimato, em situações de intimidação e grave ameaça, como forma de resguardar o respeito aos referidos direitos (contraditório e ampla defesa) e aos direitos à vida, à integridade física e mental e à liberdade de declarar o que sabe da testemunha, e o direito da sociedade à segurança, em busca de um processo penal eficaz. Os direitos fundamentais devem ser analisados e protegidos em conjunto, não havendo hierarquia entre eles.

As informações prestadas por uma testemunha não identificada, assim como ocorre com os demais elementos probatórios, não podem ser consideradas os únicos elementos para uma possível condenação. O relato dessa testemunha deverá ser sopesado em conjunto com os demais elementos probatórios levantados, podendo, inclusive, em razão da limitação relacionada à análise da parcialidade/contradita, ter um peso menor do que o do relato das testemunhas que depõem em condições normais, com a devida identificação. A identificação, porém, em consonância com as regulamentações vigentes, poderá ser proporcionada ao Ministério Público e ao defensor do acusado, que poderão ser responsabilizados por eventual violação do sigilo.

Outro possível requisito a ser adotado é a admissão de testemunhas não identificadas desde que relevantes para a persecução penal, não sendo permitida, por conseguinte, em qualquer situação.

Desse modo, é possível garantir uma proteção plena de todos os direitos e garantias fundamentais em uma persecução penal, de cunho garantista, ao passo que se proporciona um processo penal eficaz.³⁸

fevereiro de 2009. *DJe*, 9 fev. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>. Acesso em: 25 fev. 2022).

³⁸ [...] não deve haver antagonismo entre eficiência e garantismo, se visto o processo criminal como instrumento legitimado por procedimentos que assegurem aos órgãos de Estados meios para realizar uma eficiente persecução criminal e aos acusados formas de exercerem de modo eficiente suas defesas. Não se comprehende eficiência sem garantismo. O ideal é que haja equilíbrio entre as partes, não se pendendo para os extremos de um hipergarantismo ou de uma repressão a todo custo." (FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da [coord.]. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 528).

6 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente artigo foi possível demonstrar que há compatibilidade entre a testemunha sem rosto e os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa do acusado. Para tanto, utilizou-se de uma análise holística desses direitos, tendo como foco a eficácia do processo penal.

O processo penal não pode se restringir a um contexto de proteção e respeito apenas dos direitos fundamentais do acusado. Deve preocupar-se com os direitos de todos os atores processuais, bem como proporcionar a proteção da segurança à sociedade e à vítima, por meio de um processo que produza resultados em um tempo razoável.

A utilização de técnicas especiais de investigação, como é o caso da testemunha sem rosto, por envolver a “fuga do ordinário investigativo”, busca proporcionar eficácia à persecução penal, muitas vezes não atingida pelos instrumentos ordinários; porém, encontra-se limitada pela observância de alguns requisitos, que deverão ser respeitados, como instrumento de conciliação com os direitos fundamentais do acusado.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Estrutura normativa dos meios para obtenção de elementos de informação e os limites à investigação do crime organizado. *Revista dos Tribunais Nordeste*, São Paulo, v. 7, p. 255-275, set./out. 2014.

ALEY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DE WILDE, Bas. A fundamental review of the ECHR right to examine witnesses in criminal cases. *The International Journal of Evidence & Proof*, London, p. 157-182, 2013.

DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Prova*. Porto Alegre: TRF – 4^a Região, 2008. (Currículo Permanente. Caderno de Direito Penal, módulo 4). p. 7-34. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_GUSTAVO_BADARO.pdf. Acesso em: 23 fev. 2022.

GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, ano VII, n. 9, p. 119-144, dez. 2006.

LEITE FILHO, José. Testemunha sem rosto: anotações ao regime estabelecido na Lei 9.807/99. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Thais Marques Zecchin. *Estudo crítico da tipicidade na prova testemunhal*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. E-book.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. 2. ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015.

VERNENGO, Roberto J. *La interpretación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma, 1977.

CAPÍTULO 2

INFILTRAÇÃO DE AGENTES NA LEI DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO: A (IM)POSSIBILIDADE DE INFILTRAÇÃO POR PARTICULARS VERSUS A INFILTRAÇÃO POR COLABORADOR

*Ana Paula Coité de Oliveira
Juliete Gomes Wanderley*

1 · A INFILTRAÇÃO DE AGENTES E SUAS PREVISÕES LEGAIS

A infiltração de agentes (que não se confunde com a figura do agente disfarçado¹) traduz-se em uma das espécies de técnica especial de investigação e atuação policial ou meio especial de obtenção de prova,² prevista em diversas leis especiais.

No ordenamento jurídico brasileiro, essa medida se reveste das seguintes características: a) inserção exclusivamente por agentes de polícia que tenham atribuição para apuração de infrações penais;³ b) atuação de forma disfarçada, sem a revelação da verdadeira identidade do agente; c) prévia autorização judicial; d) infiltração de forma contínua (não esporádica); e) adoção de uma postura criminosa (mas não ativa) pelo agente, visando a obtenção da confiança dos integrantes da súcia, com o objetivo de captar provas da prática de crimes graves (devendo guardar a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação⁴).

¹ Conforme já abordado no Volume 1, embora ambas as técnicas sejam passíveis de execução por agentes policiais, a figura do “agente disfarçado” é uma inovação introduzida pelo Pacote Anticrime (Lei n. 11.964/2019), com previsão no art. 17, § 2º, e art. 18, parágrafo único, ambos da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), e no art. 33, § 1º, IV, da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas).

² Por uma questão didática, ao longo do presente capítulo iremos nos referir à infiltração de agentes como um meio especial de obtenção de prova.

³ Por se tratar de uma técnica especial de *investigação*.

⁴ Art. 13 da Lei n. 12.850/2013.

Conforme os ensinamentos de Cleber Masson e Vinícius Marçal, a infiltração de agentes:

[...] consiste em um meio especial de obtenção da prova – verdadeira técnica de investigação criminal –, por meio do qual um (ou mais) agente de polícia, judicialmente autorizado, ingressa, ainda que virtualmente, em determinada organização criminosa, forjando a condição de integrante, com o escopo de alcançar informações a respeito de seu funcionamento e de seus membros.⁵

No Brasil, essa técnica especial de meio de obtenção de prova atualmente encontra previsão nos seguintes diplomas legais:

AGENTE INFILTRADO – PREVISÕES NORMATIVAS	
Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas Art. 53, inc. I	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; [...]
Lei n. 9.613/1998 – Lei de "Lavagem" de Dinheiro Art. 1º, § 6º	Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. [...] § 6º Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes.
Lei n. 12.850/2013 – Lei do Crime Organizado Arts. 10 ao 14 (cf. art. 3º, inc. VII)	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: [...] VII – infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; ⁶ [...]

⁵ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 304.

⁶ “Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.”

Pertinente ressaltar que o referido meio de obtenção de prova também está positivado, do art. 190-A⁷ até o 190-E, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ambos inseridos pela Lei n. 13.441/2017. No entanto, por se tratar, neste quadrante, de uma técnica empregada essencialmente no âmbito *virtual*, utilizada para perquirir a prática de crimes previstos naquele Estatuto, não iremos, neste capítulo, nos aprofundar sobre a disposição legal aqui preceituada.

Neste espectro, é relevante consignar que a infiltração de agentes prevista na *Lei de Drogas* (Lei n. 11.343/2006) estabelece, do mesmo modo, a possibilidade da utilização da medida *para a averiguação de crimes inseridos naquela lei*, mediante *prévia manifestação do Ministério Público e expressa autorização judicial*.

No que concerne à *Lei de "Lavagem" de Dinheiro* (Lei n. 9.613/1998), outrossim, tem-se a possibilidade de utilização da infiltração de agentes *para a apuração do crime de que trata o art. 1º daquele diploma legal*, assim definido como a “ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

Por derradeiro, no que corresponde à previsão inserida na *Lei de Combate ao Crime Organizado* (Lei n. 12.850/2013), tem-se que a infiltração será admitida se houver indícios da prática do crime de pertinência a organização criminosa e se a prova não puder ser obtida por outros meios disponíveis (art. 10, § 2º), caracterizando a utilização da medida como *ultima ratio*.

O aludido diploma legal também expõe o momento para o emprego dessa técnica especial de investigação, qual seja, em qualquer fase da persecução penal (art. 3º, *caput*), bem como as formalidades que devem compor o Requerimento (feito pelo Ministério Público) ou a Representação (formulada pela autoridade policial) para a concessão da medida (art. 11). Demais disso, também são definidos os requisitos, o alcance, os limites, o prazo e todos os direitos e responsabilidades do agente infiltrado (arts. 10 a 14).

Acerca do prazo para o desenvolvimento desse meio de obtenção de prova, a mencionada lei impôs um limite temporal, a saber, o período de *até seis meses*, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que

⁷ “Art. 190 – A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), obedecerá as seguintes regras [...].”

comprovada sua necessidade, devendo os novos pedidos ser submetidos à apreciação da autoridade judicial.

Por oportuno, não se pode olvidar que o Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, que promulgou a *Convenção de Palermo*⁸ – notadamente o principal instrumento global de combate ao crime organizado transnacional –, também faz menção à infiltração de agentes em seu art. 20. Veja-se:

Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as *operações de infiltração*, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada. (Grifo nosso).

2 • A FIGURA DO COLABORADOR À LUZ DA LEI N. 12.850/2013

Assim como ocorre com a infiltração de agentes, diversas leis especiais brasileiras⁹ também dispõem sobre o instituto da colaboração premiada, de modo que cada uma delas prevê a concessão de benefícios diversos ao colaborador.

Dito instituto, tal como previsto na Lei n. 12.850/2013 (Lei de Combate ao Crime Organizado), especificamente no art. 3º, inciso I, constitui também um dos meios especiais de obtenção de prova, utilizado para apuração de crimes praticados no contexto de uma organização criminosa, sendo notoriamente essa a legislação mais completa ao derredor da matéria.

⁸ Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (também conhecida como Convenção de Palermo).

⁹ Art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/1990 (*Lei dos Crimes Hediondos*); art. 159, § 4º (incluído pela Lei n. 9.269/1996), do Código Penal; art. 25, § 2º, da Lei n. 7.492/1986 (*Lei que define os crimes contra o sistema financeiro nacional*); art. 16, parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990 (*Lei que define os crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo*); art. 1º, § 5º (com redação dada pela Lei n. 12.683/2012), da Lei n. 9.613/1998 (*Lei de Lavagem de Dinheiro*); art. 26 da *Convenção de Palermo* (promulgada pelo Decreto n. 5.015/2004); art. 41, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (*Lei de Drogas*); arts. 86 e 87 da Lei n. 12.529/2011 (*Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*); e art. 17 da Lei n. 12.846/2013 (*Lei Anticorrupção Empresarial*).

Com relação às vantagens que podem ser auferidas pelo colaborador, bem como os resultados que devem advir da colaboração para a concessão dos benefícios judiciais, conforme previsão legal, Masson e Marçal¹⁰ sintetizam:

[...] o coautor ou partícipe, visando alcançar algum prêmio legal (redução de pena, perdão judicial, cumprimento de pena em regime diferenciado etc.), coopera com os órgãos de persecução penal *confessando seus atos e fornecendo informações objetivamente eficazes* quanto à identidade dos demais sujeitos do crime, à materialidade das infrações penais por eles cometidas, à estrutura da organização criminosa, à recuperação de ativos, à prevenção de delitos ou à localização de pessoas. (Grifos nossos).

Com efeito, conforme dispõe o art. 4º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013, o juiz poderá, a requerimento das partes: 1) conceder o perdão judicial; 2) reduzir em até 2/3 (*dois terços*) a pena privativa de liberdade; ou 3) substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal. O mencionado dispositivo também estabelece que dessa colaboração é imprescindível que se obtenham um ou mais resultados previstos em seus incisos (I a V), os quais serão explicitados a seguir:

- *identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas*: note-se que o legislador, ao instituir esse requisito, não se limitou a definir a necessidade de identificação apenas quanto aos demais coautores e partícipes, mas também o fez em relação às infrações penais por eles praticadas. Dessa forma, patenteia-se que as informações prestadas pelo colaborador, nesse quesito, devem ser aptas a identificar os demais integrantes da “Orcim”, bem como os crimes por eles perpetrados;
- *revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa*: em se tratando de grupos organizados delitivamente, são fundamentais para as investigações o deslinde da composição e o escalonamento da súcia;
- *prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa*: o colaborador, quando aplicável à hipótese, deve revelar futuras infrações penais a serem praticadas pelo grupo criminoso organizado;
- *recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa*: a devolução do produto ou

¹⁰ MASSON; MARÇAL, 2018, p. 164.

do proveito obtido com a prática dos ilícitos é de suma importância. No entanto, conforme entendimento doutrinário, é necessário que se valore a restituição realizada, porquanto, se o requisito em questão faz alusão à recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime, logicamente a devolução total pode levar o colaborador a alcançar o maior benefício concedido, que seria o perdão judicial. Por outro lado, se a recuperação for parcial – e de pouca monta –, é possível que se obtenha apenas a redução mínima de pena, qual seja, a de um sexto;¹¹ e

- *localização de eventual vítima com sua integridade física preservada:* esse resultado é de fulcral relevância e está diretamente vinculado com crimes específicos, como o sequestro e cárcere privado¹² (art. 148, *caput*, Código Penal), por exemplo.

Vale salientar que, consoante previsão normativa, *a colaboração com a investigação e com o processo criminal deve ser efetiva e voluntária* (art. 4º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013), *devendo também ser consideradas* – para que seja concedido algum dos benefícios legalmente previstos (redução de pena, perdão judicial etc.) – *a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão do fato criminoso*, tal como preleciona o art. 4º, § 1º, da mencionada lei. Para além disso, destaca-se que esses dois requisitos são *cumulativos* e devem estar essencialmente associados a algum dos resultados acima discriminados.

3 · AGENTES DE POLÍCIA: MITIGAÇÕES ACERCA DA ATRIBUIÇÃO PARA A INFILTRAÇÃO

Conforme estabelecia o art. 2º, inciso V, da Lei n. 9.034/1995¹³ (*atualmente revogada*), em qualquer fase da persecução criminal era permitida “a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial” (grifo nosso).

Verifica-se que da referida previsão legal remanesceu o requisito da imprescindibilidade do deferimento judicial para a utilização da medida,

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹² Nesse tipo de crime, o bem jurídico tutelado é a liberdade física (atrelada ao direito de ir e vir).

¹³ Lei que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

mantendo-se outrossim a possibilidade referente à figura do agente de polícia. Doravante, excluiu-se a perspectiva de que a inserção seja feita por agentes de inteligência.¹⁴

Gize-se que parte da doutrina entende que essa modalidade de infiltração por agentes *de inteligência* exprimia dúvidas quanto à sua constitucionalidade. De acordo com o professor Renato Brasileiro de Lima, sem se descurar da importância das atividades de inteligência,

[...] as atividades investigatórias devem ser exercidas precipuamente por Autoridades Policiais, sendo vedada a participação de agentes estranhos à tal singularidade, sob pena de violação do art. 144, § 1º, IV, da CF/1988¹⁵; da Lei nº 9.883/1999¹⁶; e dos arts. 4º¹⁷ e 157¹⁸ e parágrafos do CPP.¹⁹

Do ponto de vista técnico, impende consignar que compartilhamos do mesmo entendimento esboçado pelo professor Renato Brasileiro, sobre tudo pelo fato de ser inquestionável que a medida sob apreço se reveste de uma complexidade extrema, exigindo do executor habilidades inerentes, a princípio e a rigor, aos treinamentos que deveriam ser conferidos, neste espectro, aos próprios agentes de polícia, dentre as quais destacamos: controle emocional; inteligência estratégica; raciocínio célere. Presume-se, ainda, que o agente estará sob constante cenário de perigo (na iminência de ser descoberto pelos membros que compõem verdadeiramente a súcia) e, por via de consequência, aquele e seus familiares imprescindem de relevante e demasiada proteção.

¹⁴ Em suma, agentes de inteligência são profissionais que trabalham na produção de relatórios de inteligência para orientar a tomada de decisão da Presidência da República.

¹⁵ “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: [...] IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.”

¹⁶ Essa lei institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) e dá outras providências.

¹⁷ “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.”

¹⁸ “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev., ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 917.

No entanto, do ponto de vista jurídico, entendemos ser viável – inobstante a ausência ainda de qualquer previsão legal nesse sentido, no direito pático – a conjugação das duas técnicas especiais de investigação/obtenção de meio de prova, abordadas neste capítulo (*colaboração premiada* e *infiltração de agentes*), desde que o infiltrado seja necessariamente um cidadão comum, que já integra a organização criminosa sob investigação ou participa das atividades ilícitas por ela desenvolvidas, e que deseje contribuir com as investigações, celebrando acordo de colaboração premiada.

Como vimos, para usufruir dos benefícios atinentes ao primeiro instituto, a atuação do colaborador deve estar pautada no efetivo alcance de um dos resultados previstos no art. 4º, incisos I a V, da Lei n. 12.850/2013. Contudo, há casos em que o eventual colaborador, embora não detenha informações suficientes, aptas a atingir algum daqueles resultados pretendidos, anseia auferir qualquer dos benefícios judiciais legalmente previstos. Nessa hipótese se mostraria plenamente viável a utilização da infiltração de agentes – nessa ocorrência, por particular –, objetivando a aquisição de conhecimentos capazes de auxiliar as investigações, bem como aptos a viabilizar a concessão de benefícios ao investigado colaborador.

Nessa senda, embora não pareça correta a utilização do termo “infiltração” para se referir ao infiltrado-colaborador, tendo em vista que o referido indivíduo provavelmente já fará parte da célula criminosa, dita nomenclatura se mostra adequada se partirmos do suposto de que o colaborador, após a indispensável autorização judicial, será *inserido* na organização criminosa, atuando, desta feita, infiltrado de forma disfarçada, com o desiderato de captar provas da prática de crimes graves (objetivo primordial da infiltração de agentes) bem como informações que possam contribuir para o alcance de algum dos resultados estabelecidos pelo legislador para a concessão dos benefícios relativos à colaboração premiada (é o que se perquire com o referido instituto).

Nesse diapasão, entre as características previstas na Lei n. 12.850/2013 (Lei de Combate ao Crime Organizado) para a infiltração de agentes, remanesceria a atuação do particular de forma *disfarçada*, mediante *prévia autorização judicial*.

A propósito, urge enfatizar que, mesmo não havendo no ordenamento jurídico brasileiro um dispositivo expresso que autorize a infiltração por pessoas estranhas aos quadros da polícia, podemos notar que subsistem discussões doutrinárias e jurisprudenciais que pairam em torno de uma possível mitigação desta exclusiva atribuição para a execução da medida.

Com efeito, as previsões normativas que cuidam do agente infiltrado no ordenamento jurídico brasileiro – especificamente aquelas inseridas no art. 53, inciso I, da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas); art. 10 da Lei n. 12.850/2013 (Lei de Combate ao Crime Organizado); e art. 190-A da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) – presumem que não é admitida a infiltração por particulares,²⁰ sob pena de, se assim o for, estarmos diante de uma verdadeira prova ilícita.²¹

Todavia, conforme destaca Lima,²² há quem entenda ser possível a conjugação dos institutos da colaboração premiada e infiltração de agentes, desde que haja expressa autorização judicial para tanto. Vejamos:

[...] caso um dos integrantes da organização criminosa resolva colaborar com as investigações para fins de ser beneficiado com a celebração de possível acordo de colaboração premiada, há quem entenda ser possível que o colaborador atue de modo infiltrado. Nesse caso, por mais que esse colaborador não seja servidor policial, desde que haja autorização judicial para a conjugação dessas duas técnicas especiais de investigação – colaboração premiada e agente infiltrado –, é possível que o colaborador mantenha-se infiltrado na organização criminosa com o objetivo de coletar informações capazes de identificar os demais integrantes do grupo. (Grifo nosso).

De outra banda, nota-se que na jurisprudência a discussão gira em torno da efetiva junção entre a *contribuição do investigado colaborador para a apuração das infrações criminais* e as *atribuições do agente infiltrado* (supostamente executadas por colaborador, no caso exposto), o que denota que a conjugação das medidas se mostra excepcionalmente presente no nosso ordenamento jurídico, notadamente, gize-se, pela sua proficiência, mesmo não havendo qualquer previsão legal expressa para tanto. Veja-se:

HABEAS CORPUS N° 559542 - SP (2020/0022810-1) DECISÃO. Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ALEXANDRE RICARDO DE SOUZA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Consta dos autos que o paciente, juntamente com outros corréus, teve a prisão preventiva decretada, por três vezes, pelo suposto cometimento dos delitos tipificados nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e 2º, § 3º (exercício de comando), da Lei n. 12.850/2013. Inconformada a defesa impetrhou prévio *writ* no Tribunal de origem, que denegou a ordem.

²⁰ Pela simples leitura dos três dispositivos citados, nota-se que o legislador estabeleceu expressamente que a medida deverá ser executada por *policiais ou por agente(s) de polícia*.

²¹ LIMA, 2020.

²² LIMA, 2020, p. 917-918.

Nesta Corte, a defesa sustenta, preliminarmente, a invalidade da prisão cautelar e da denúncia porque amparadas em provas obtidas mediante a colaboração de um dos investigados. Afirma que "a função do investigado Kennedy em enviar fotos, locais e informações enquanto praticava crimes, tudo isso com auxílio e autorização do Juízo coator, não se confunde com o instituto da ação controlada, mas sim na figura de agente particular infiltrado, o que é vetado pela legislação brasileira." [...] Requer a colocação do réu em liberdade e o desentranhamento dos autos das provas colhidas ilicitamente por agente particular infiltrado. O pedido de liminar foi indeferido (e-STJ, fl. 133). O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 209-217). É o relatório. Decido. [...] O juiz sentenciante, ao indeferir o pedido de liberdade provisória do paciente, refutou a tese de invalidade das provas supostamente obtidas com auxílio do corréu, nos seguintes termos: [...] A alegação da defesa quanto a Kennedy Martins de Souza não procede, pois não restou configurado o instituto da infiltração de agentes previsto no artigo 10 da Lei 13.260/13, já que a infiltração se refere a agentes da polícia, não havendo previsão legal para a infiltração de particular. Kennedy não exerceu a função de infiltrado, apenas prestou depoimento colaborando com as investigações, não se fazendo passar por criminoso, até porque não podia exercer essa função, já que estava envolvido com os crimes praticados pela organização criminosa, como bem salientou o Ministério Público em sua manifestação. [...] Na sentença condenatória, ao analisar o tema novamente, pontuou: Preliminarmente, não há ilicitude a ser reconhecida. Não houve delação premiada por parte, ele apenas confirmou, tanto na fase policial, quanto em juízo, os demais elementos da investigação. As provas foram obtidas por interceptações telefônicas, monitoramentos, campanas, prisões que ocorreram no decorrer das investigações, além dos depoimentos dos policiais, que foram seguros e coerentes em suas versões. Cumpre ressaltar que as investigações se iniciaram com o corréu Alexandre Ricardo, sendo que o nome do corréu Kennedy surgiu posteriormente, quando a organização criminosa já estava previamente delineada. Desta forma, não há que se falar em prova ilícita e quebra da cadeia de custódia, tendo em vista que as Defesas tiveram acesso à integralidade das conversas. [...] Pontuou, também, que o depoimento colaborativo do corréu Kennedy, prestado na fase policial, apenas confirmou a prévia investigação efetivada - que já havia detalhado toda a organização criminosa. Nesse contexto, o acolhimento da tese defensiva de que o corréu Kennedy teria atuado como agente infiltrado auxiliando na produção de prova e induzindo o cometimento de delito pelos integrantes do grupo criminoso demandaria o revolvimento do conteúdo fático-probatório, providência inadmissível na via do *habeas corpus*. (Grifos nossos).²³

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Decisão monocrática). Habeas Corpus n. 559542 SP 2020/0022810-1. Relator: Min. Ribeiro Dantas, DJ 2 fev. 2022. Dispo-

A partir do excerto colacionado acima, é possível verificar que o juiz sentenciante consignou a não utilização da medida de infiltração por particular, porquanto ausente previsão legal nesse sentido, ressaltando que, não obstante a colaboração do investigado colaborador,

as provas foram obtidas por interceptações telefônicas, monitoramentos, campanhas, prisões que ocorreram no decorrer das investigações, além dos depoimentos dos policiais, que foram seguros e coerentes em suas versões.

Como cediço, toda prova possui um valor relativo, não sendo diferente com as provas oriundas da colaboração premiada. Dessa maneira, é inconcebível que alguém seja condenado com base exclusivamente em uma delação.²⁴ É imprescindível que haja outras provas, nos mesmos moldes em que se considera o valor da confissão. Tanto é assim que o próprio art. 4º, § 16, da Lei n. 12.850/2013 dispõe: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”²⁵.

No que se refere à prova ilícita e às que derivam dela, há vedações expressas quanto a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LVI, e no art. 157 do Código de Processo Penal.

Contudo, vale dizer que o direito brasileiro adotou a teoria da Exceção do Erro Inócuo (ou do Erro Irrelevante), que basicamente consiste na validade de uma condenação apoiada em prova ilícita, mas também em outras provas que são plenamente lícitas e que conduziriam ao mesmo resultado.

Na hipótese aventada no acórdão anteriormente transscrito, um dos investigados, o qual teria celebrado previamente acordo de colaboração premiada, supostamente utilizou-se das atribuições de um agente infiltrado para a obtenção de provas, contribuindo para a investigação criminal, de modo que a defesa de um dos codenunciados arguiu a nulidade das provas obtidas por esse meio, pelo fato de não ser possível a execução da medida (infiltração de agentes) por particulares no direito penal brasileiro.

Contudo, conforme consignou o juízo sentenciante, as informações prestadas pelo colaborador (obtidas possivelmente mediante a utilização da

nível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1367550960/habeas-corpus-hc-559542-sp-2020-0022810-1/decisao-monocratica-1367551191>. Acesso em: maio 2022.

²⁴ Delação aqui entendida como ato unilateral do acusado.

²⁵ Cf. NUCCI, 2019.

infiltração por particular) estavam em harmonia com as demais provas produzidas, mostrando-se aptas a alicerçar a pretensão acusatória e, portanto, a evidenciar o acerto da sentença então guerreada.

Destarte, por mais que, na hipótese referenciada acima, o investigado colaborador tenha supostamente atuado como particular infiltrado, medida que, repita-se, não encontra previsão expressa em nossa legislação, há nas Cortes Superiores precedentes em que se fixa o entendimento esboçado acima, no sentido de que, se, além da prova a princípio tida como ilícita, outras tantas servirem de base para a condenação, não há nulidade a ser reconhecida. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SIGILOS DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA E DE DADOS. VIOLAÇÃO. CONDENAÇÃO BASEADA NOUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DEMAIS QUESTÕES TRAZIDAS NO RECURSO ESPECIAL. REITERAÇÃO DO HC 522.719/SP. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. 1. *Ainda que considerada ilícita a prova obtida através da verificação dos dados telefônicos, sem prévia autorização judicial, lastreando-se a condenação noutros fatos devidamente comprovados, independentes daquele meio derivado de ilicitude, ratifica-se o édito condenatório.* Precedentes. 2. Diante disso, impossibilita-se, nesta sede, reavaliar o acerto da conclusão a que chegou o Tribunal estadual, em razão do óbice previsto na Súmula 7 desta Corte, mormente pelo que foi afirmado na origem: ainda que não considerada a prova ora taxada de ilícita, haveria elementos outros para sustentar a edição do *liquet*. [...]. 4. Agravo regimental desprovido.²⁶

Cumpre esclarecer que jamais, absolutamente, se pretende neste escrito, com fundamento na teoria da Exceção do Erro Inócuo, fomentar a utilização de provas ilícitas no processo penal. No entanto, é de se ressaltar que o fato de não haver uma norma proibitiva, que estabeleça expressamente a impossibilidade de utilização da infiltração por particulares, faz com que a atribuição para sua utilização seja eventualmente mitigada, sobretudo por investigados colaboradores, notadamente pelo fato de estes já estarem inseridos na organização criminosa sob apuração.

Ao analisarmos com afínco os resultados previstos em lei para a concessão dos benefícios relativos ao acordo de colaboração premiada (art. 4º, incisos I a V, da Lei n. 12.850/2013), é possível inferir que algumas

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). AgRg no REsp 1924573/SP. Relator: Min. Olindo Menezes. Recorrentes: Fernando F. dos Santos, Landelon F. Silveira, Paulo C. F. Silveira. Recorrido: Ministério Público de São Paulo. Julgado em 21.9.2021. *Dje* 27 set. 2021. (Grifo nosso).

informações, como a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa, dificilmente estarão ao alcance daqueles integrantes da súcia que ocupam o “baixo escalão” do grupo delitivo organizado.

Ademais, é de se convir que, do ponto de vista prático, o limite temporal imposto pelo legislador para a infiltração de agentes (seis meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade) se mostra bastante efetivo, se considerarmos a utilização da medida pelo particular colaborador, tendo em vista que, por possivelmente já integrar a “Orcrim”, este poderá conquistar a confiança dos demais membros da célula criminosa mais precocemente.

Desse modo, utilizando-se da conjugação dos institutos da colaboração premiada e infiltração de agentes, o investigado colaborador poderá obter tanto as provas da prática de crimes graves – auxiliando sobremaneira as investigações – quanto as informações necessárias para o alcance de algum dos resultados já mencionados e, consequentemente, para a concessão dos benefícios atinentes ao instituto da colaboração premiada. Tal junção, por certo, apresenta-se densamente apta a trazer resultados investigativos valorosos e quiçá à altura do combate necessário à sofisticação com que o crime organizado vem diuturnamente se apresentando no celeiro mundial.

4 · INFILTRAÇÃO DE AGENTES NO DIREITO COMPARADO

A infiltração de agentes também encontra previsão na legislação de diversos países, dentre os quais destacamos: Estados Unidos da América, Itália, Alemanha, Espanha, França, Portugal e Argentina.

No ordenamento jurídico português, existe a possibilidade de a infiltração²⁷ ser realizada por particulares, conforme preceitua o artigo 1º, item 2, da Lei portuguesa n. 101/2001²⁸ (alterada pelas Leis n. 60/2013 e 61/2015), o qual reza, *in verbis*:

Artigo 1º. Objecto. [...] 2 – Consideram-se acções encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal *ou por terceiro* actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade [...]. (Grifo nosso).

²⁷ Na legislação portuguesa, o termo utilizado para se referir ao que chamamos de “agente infiltrado” no Brasil é “agente encoberto”.

²⁸ Regime Jurídico das Ações Encobertas.

Tal como ocorre no direito brasileiro,²⁹ o Código de Processo Penal português³⁰ estabelece, em seu artigo 126, item 1, que “são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”. O referido artigo traz ainda (item 2) uma série de métodos proibidos de prova, como a obtenção de provas colhidas de forma enganosa (alínea *a*), bem como as “provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular”³¹ (item 3).

Por sua vez, no que se refere ao âmbito de aplicação da medida, o Regime Jurídico das Ações Encobertas (RJAE) elenca um rol de crimes em que será permitida a utilização das chamadas ações encobertas (artigo 2º), entre eles estão: os delitos de associações criminosas (alínea *i*); tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas (alínea *j*); e *branqueamento* de capitais, outros bens ou produtos (alínea *l*).

Com relação à previsão normativa atinente à *criminalidade organizada*, o autor Luciano Silva, em seu trabalho de mestrado, citando Oneto (2005), destaca que, não obstante a ausência de previsão expressa na Lei portuguesa n. 101/2001 para a utilização da medida no combate a esse fenômeno delitivo, mas baseando-se em uma interpretação teológica da norma,

o recurso do agente encoberto deve ser compreendido como meio de investigação empregado na apuração de delitos cometidos no âmbito do crime organizado, afigurando-se um importante recurso do Estado na perseguição penal a este tipo de criminalidade.³²

Diferentemente do que acontece no Brasil, no ordenamento jurídico português a utilização da medida em questão não encontra previsão em legislações esparsas. Ao revés, vê-se que lá o legislador optou por listar – em uma única lei – os crimes nos quais é possível o emprego das chamadas “ações encobertas” (“infiltração de agentes”, no Brasil). Do mesmo

²⁹ Art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal.

³⁰ Decreto-Lei n. 78/1987.

³¹ Ressalvados os casos previstos em lei.

³² ONETO, 2005, p. 187 *apud* SILVA, Luciano A. S. e. *O agente infiltrado. Estudo comparado da legislação da Alemanha, Brasil e Portugal.* 2015. 118 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2015. p. 62. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34845/1/O%20agente%20infiltrado%20estudo%20comparado%20da%20legislacao%20da%20alemanha%2C%20brasil%20e%20portugal.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

modo, no RJAE também não há qualquer diferenciação entre as figuras do agente infiltrado, agente encoberto ou provocador, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro.

Por sua vez, nos Estados Unidos da América a infiltração de agentes é um dos meios de investigação mais utilizados atualmente, sobretudo pelas agências especiais do *Federal Bureau of Investigation* (FBI) e *Drug Enforcement Administration* (DEA), esta última criada em 1973 visando o combate ao narcotráfico. Assim como vemos no Brasil, nos EUA não há uma legislação específica que trata sobre a matéria (como ocorre, por exemplo, em Portugal), existindo, outrrossim, diversas referências legais, entre elas o *Título 28, parte 2, capítulo 33, do Código de Processo Judicial (United States Code)*,³³ que estabelece as situações em que se permite a realização da medida por designação da Procuradoria-Geral de Justiça, e o *Título 22, § 2º, item 11, do Código de Regamentos Federais (Code of Federal Regulations)*,³⁴ em que se conceitua a infiltração.³⁵

No que concerne às orientações para a atuação dos agentes infiltrados, estas se encontram dispostas nos manuais das próprias agências, como no *Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations*.³⁶

Tal como no direito penal português, também há, no ordenamento jurídico estadunidense, a previsão de infiltração por particulares, lá denominados de “informantes”, cidadãos comuns que não compõem os quadros da polícia norte-americana.

Nesse quesito, vale destacar que a eficácia que envolve a mitigação da atribuição da medida se revela incontestável nos Estados Unidos, sobretudo no combate ao narcotráfico internacional, notadamente quando nos deparamos com casos como o ocorrido na década de 1990, quando o policial americano e atual diretor de Segurança Pública do Departamento de Polícia de Paterson (New Jersey), Jerry Spezzale, e o brasileiro Paul Lir Alexander (famoso traficante de drogas) se infiltraram em cartéis de

³³ Disponível em: <https://uscode.house.gov/>. Acesso em: 10 mar. 2022.

³⁴ Disponível em: <https://www.govinfo.gov/app/collection/cfr>. Acesso em: 10 mar. 2022.

³⁵ PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO. *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, tomo VIII (recurso eletrônico)*: processo penal. Coord. Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br>. Acesso em: 2 fev. 2022.

³⁶ Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2013/09/24/undercover-fbi-operations.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

cocaína, passando-se por transportadores,³⁷ ocasião em que obtiveram êxito em apreender mais de 2.000 kg (dois mil quilos) de cocaína e US\$ 3.000.000 (três milhões de dólares), além de ter havido as prisões de líderes de cartéis, a exemplo do conhecido traficante Pablo Escobar:

Maria Jamile José, em sua tese de mestrado (2010, p. 151), cita um caso bastante conhecido de atuação do DEA na década de 90 no combate aos cartéis de cocaína colombianos, no qual o “Group 93” do DEA, liderado pelo policial Jerry Speziale, juntamente com o brasileiro Paul Lir Alexander, infiltraram-se nos quartéis passando por transportadores de cocaína, criando uma infraestrutura milionária, desde empresas de fachada a pistas de pouso e abastecimento de aviões no meio da selva em diversos países, dentre eles, Guatemala, Costa Rica e Brasil. Ao longo de alguns anos de infiltração, apreenderam mais de dois mil quilos de cocaína e três milhões de dólares, além das prisões dos principais líderes dos quartéis colombianos, inclusive Pablo Escobar. *Nos Estados Unidos admite-se a infiltração por particulares, chamados de informantes, alegando que as organizações criminosas os aceitariam mais facilmente.*³⁸ (Grifo nosso).

Conforme destacado no fragmento acima colacionado, nos EUA a infiltração por particulares é deveras prestigiada, porquanto se entende que as organizações criminosas aceitam os cidadãos comuns mais facilmente. Cuida-se, aliás, da mesma linha de raciocínio exposta e advogada no presente arrazoado.

Sem se descurar da nobre atividade desenvolvida pelos policiais brasileiros no âmbito das investigações criminais, no qual se sabe que existem inúmeros treinamentos e cursos de capacitação para a execução das mais variadas técnicas de investigação, não se pode olvidar que a criminalidade organizada, em decorrência da vasta “experiência” de alguns dos seus membros, consegue reconhecer uma atuação policial e até mesmo identificar um agente devidamente disfarçado.

Nessa linha de intelecção – ainda citando o caso de Jerry Speziale –, o referido policial americano, em seu livro intitulado *Without a Badge*

³⁷ Para mais detalhes sobre esse caso, consultar: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/05/Paul-Lir-o-traficante-brasileiro-que-enganou-todo-mundo-4508784.html>. Acesso em: 10 mar. 2022.

³⁸ ALVES, Stephanie Mendes. A infiltração de agentes como meio de prova consoante as disposições da nova lei das organizações criminosas. *Âmbito Jurídico*, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-infiltracao-de-agentes-como-meio-de-prova-consoante-as-disposicoes-da-nova-lei-das-organizacoes-criminosas/>. Acesso em: 10 mar. 2022.

– *Undercover in the World's Deadliest Organization* (Sem Crachá – Infiltrado na Organização Criminosa mais Mortal do Mundo), narra sua experiência e a participação do traficante Paul Lir como *informante* – ou *infiltrado*, no Brasil – da DEA, bem como expõe diversos diálogos que teve com Paul. Um deles faz referência ao que se expôs acima, veja-se:

[...] Deixe-me explicar algo a você, Jerry. Você age como um policial. Você fala como um policial. Você pensa como um policial. Você cheira como um policial. Se você pensa que vai chegar perto dos cartéis, você está louco. Eles vão farejar você a um quilômetro de distância e então vão te matar [...].³⁹

Por outra vertente, vale mensurar que é de senso comum ser a estrutura da polícia norte-americana pouco assemelhada à brasileira. No entanto, partindo também da inferência acima esboçada, se mostra relevante pensarmos sobre a possibilidade de mitigação da atribuição para a execução da mencionada medida no ordenamento jurídico pátrio.

Para mais, vale dizer que nos Estados Unidos é permitido o cometimento de delitos pelo agente infiltrado, desde que haja prévia autorização do seu supervisor, sendo vedados

a obtenção de benefícios pessoais por meio dos delitos que vier a cometer; a vulneração de direitos constitucionais, salvo mediante prévia autorização; o oferecimento ou o recebimento de favores sexuais no exercício de suas funções; a intimidação ou ameaça de investigados; e, por fim, a provocação de crimes pelos investigados.⁴⁰

Na Espanha, por sua vez, o agente infiltrado – que lá recebe o nome de *agente encubierto* – encontra previsão no artigo 282 bis da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Pertinente ressaltar que as previsões normativas espanholas guardam diversas semelhanças com o que se tem na legislação brasileira atualmente. No ordenamento jurídico espanhol, por exemplo, somente os membros da Polícia Judicial poderão atuar como infiltrados, mediante expressa autorização judicial e utilização de dados de identificação falsos – tal como, a princípio, ocorre no Brasil –, conforme estabelece o artigo 282 bis, item 1, da citada lei, *ipsis litteris*:

³⁹ MELO, Itamar. Um camaleão do crime. Paul Lir: o traficante brasileiro que enganou todo mundo. *GZH Revista*, Porto Alegre, maio 2014. Seção GZH Geral. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/05/Paul-Lir-o-traficante-brasileiro-que-enganou-todo-mundo-4508784.html>. Acesso em: 2 mar. 2022.

⁴⁰ JOSÉ, 2010, p. 152 *apud* ALVES, 2017.

1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos [...]. (Grifo nosso).

No que se refere à criminalidade organizada, a mencionada lei espanhola traz, no item 4 do artigo supracitado, o que se entende por organizações criminosas, elencando em seguida um rol taxativo de delitos nos quais é permitida a utilização da medida, assim como também estabelece a legislação portuguesa.

Com relação ao cometimento de delitos por parte do *agente encubierto*, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* preceitua, em seu artigo 282 bis, item 5, que este estará isento de responsabilidade criminal, desde que sua atuação seja uma consequência necessária para o deslinde da investigação e não constitua uma provocação do delito, devendo sempre guardar a devida proporcionalidade com esta finalidade. Vejamos:

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Por fim, vale destacar a previsão da figura do agente infiltrado no ordenamento jurídico alemão (lá denominado de *Verdeckter Ermittler*⁴¹), a qual foi introduzida a partir das alterações feitas no parágrafo 110 do Código de Processo Penal alemão (*Strafprozeßordnung – StPO*) ante a necessidade de se combaterem as ações da marginalidade estruturada, notadamente o tráfico de drogas, e em um segundo momento o terrorismo, circunstância que deu origem à Lei para o combate ao tráfico ilícito de estupefacientes e outras formas de criminalidade organizada⁴² (SILVA, 2015).

Com afínco, a figura do agente infiltrado, tal como previsto no § 110a, II, do mencionado Código de Processo Alemão (StPO), pode ser definida

⁴¹ Utilizando a ferramenta Google Tradutor, obtém-se a tradução “policial disfarçado”, termo que, por sua vez, é traduzido para o inglês como “*undercover cop*”.

⁴² Lei OrgKG de 15 de julho de 1992 – Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und Anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität-OrKG. Disponível em: https://dejure.org/BGBI/1992/BGBI._I._S._1302. Acesso em: abr. 2022.

como “membros do serviço policial que atuam, debaixo de uma identidade alterada (*legende*), outorgada por um período limitado de tempo”.⁴³ Ainda sobre essa definição, esclarece Silva:⁴⁴

Do conceito citado estão excluídos, portanto, os membros da polícia que tenham se infiltrado somente como decorrência de uma ocasião, bem como os V-mann. O *Große Senat des Bundesgerichtshofs* define *V. Mann* “como a pessoa que, por diversos motivos, seja para esclarecer o crime, ou para denunciar os agentes, seja útil ao impedimento e esclarecimento do crime e cuja identidade seja mantida secreta à disposição das entidades de instrução em cuja dependência tal pessoa opera”.⁴⁵ São pessoas estranhas aos quadros oficiais da polícia, mas que colaboram com a polícia habitualmente e são utilizadas por ela em suas tarefas de investigação.

Desse modo, vislumbra-se que, assim como nos direitos brasileiro e espanhol, também não se admite expressamente na Alemanha a infiltração de pessoas estranhas aos quadros da polícia, seja por meio dos V-Mann, seja através da figura dos colaboradores ou informantes – ali definidos como “pessoas que, ocasionalmente, por estarem no local ou ouvirem sobre determinado crime, prestam serviço à polícia” –, com o fim de ajudar a esclarecer delitos sobre os quais se tem alguma notícia ou informação.

Com relação aos requisitos para a utilização da medida, a legislação alemã estabeleceu um catálogo de delitos nos quais se admite a infiltração de agentes, não exatamente como adotado em Portugal, como já vimos, haja vista que no ordenamento jurídico alemão foram previstas – precisamente nos números 3 e 4 do § 110a, II, do StPO – cláusulas gerais que permitem a incorporação de outros crimes (que não aqueles já preceituados). Nesses números, encontramos a permissão do emprego do agente infiltrado em fatos cometidos: “3. De forma profissional ou habitual” e “4. Por membro de um bando (gangue) ou grupo de outro modo organizado”.⁴⁶

Por fim, de modo diverso do que ocorre no ordenamento jurídico estadunidense, existe um consenso de que na Alemanha o agente infiltrado não poderá cometer delitos durante a execução da medida. No entanto, caso venha a acontecer, como na hipótese das chamadas “provas de fidelidade”, em que o agente deve cometer delitos como uma forma de provar que

⁴³ Tradução presente na Dissertação de Mestrado do autor Luciano André da Silveira e Silva (*vide* SILVA, 2015).

⁴⁴ SILVA, 2015, p. 36.

⁴⁵ MEIREIS, 1999, p. 28 *apud* SILVA, 2015, p. 36.

⁴⁶ SILVA, 2015, p. 38.

deseja fazer parte da organização criminosa em que está infiltrado, tem-se admitido – apenas em casos excepcionalíssimos – a possibilidade de que a ação seja justificada pelo estado de necessidade justificante (§ 34 do StPO) ou pelo estado de necessidade desculpante (§ 35 do mesmo diploma legal).⁴⁷

5 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão da complexidade das investigações que envolvem a criminalidade organizada, cada vez mais estruturada e inovando na utilização de recursos e engrenagens, sobretudo tecnológicos, mostra-se extremamente necessário que os meios de obtenção de prova atualmente disponíveis para auxílio no combate a esse fenômeno – que há muito está presente na história da humanidade – sejam cada vez mais aprimorados, de modo a possibilitar uma efetiva resposta estatal a essas mutações/sofisticações delitivas.

Por esse motivo, não podemos, para o enfrentamento do crime organizado, nos valer pura e simplesmente dos meios de obtenção probatória tradicionais e corriqueiros, como aqueles já previstos nos arts. 155 a 250 do Código de Processo Penal. Bem por isso, também já existem diversas técnicas especiais de investigação/obtenção de prova previstas na legislação brasileira, estas mais apropriadas, portanto, à apuração de ações derivadas desse tipo de marginalidade. Nesse sentido,

é preciso que a investigação criminal seja tratada no modelo empresarial, num viés arrojado, com gestão de meios, pessoal, ações e estratégias, devidamente articuladas pelos diversos órgãos que compõem o sistema de persecução criminal, cada qual agindo nos limites da lei, sem o famoso jogo de vaidades, sem predomínio de poder, sem prevalência de um órgão sobre o outro. Mesmo porque todos têm o seu nível de importância no contexto global, a fim de se buscarem os verdadeiros interesses que norteiam os valores da sociedade, desiderato colimado, e nem queiram argumentar acerca do fundo ético do direito penal para atacar a nova técnica de infiltração de agentes policiais nas organizações criminosas com o intuito de produzir as provas necessárias para o estancamento da hemorragia do crime organizado que tanto mal causa à sociedade, considerando que aético mesmo é a associação de malfeiteiros, asseclas desalmados, terroristas urbanos, sanguessugas da paz social, concertadamente reunidos [...], com o objetivo de obter direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais [...].⁴⁸

⁴⁷ SILVA, 2015.

⁴⁸ PEREIRA, Jeferson Botelho. Infiltração de agentes. Técnica investigativa de combate ao crime organizado. *Jus*, Teresina, out. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/>

Não é sempre que vemos a utilização da infiltração de agentes no cotidiano policial brasileiro, sendo esta uma medida ainda raramente utilizada em nosso cenário jurídico investigativo. No entanto, constata-se que dita técnica especial de investigação se revela bastante eficaz em outros países, notadamente no combate ao narcotráfico internacional, gerido por grupos criminosos surpreendentemente organizados, como já demonstrado.

Para além disso, comprehende-se que a conveniência da medida está estritamente atrelada à amplitude da atribuição para sua execução, haja vista que, como vimos, em países onde a infiltração pode ser executada por particulares, como nos Estados Unidos da América, é possível obter resultados destacadamente satisfatórios no enfrentamento do fenômeno das delinquências estruturadas.

Não obstante se exija – a rigor – uma efetiva preparação para a execução da infiltração de agentes, sendo presumível que da atuação por cidadãos comuns, alheios aos quadros da polícia, podem advir alguns embaraços – como a exposição a riscos, a falta de compromisso e a ausência de confiança no particular –, não se pode olvidar que, na conjugação desses dois meios de obtenção de prova – *colaboração premiada e infiltração de agentes* –, o indivíduo que atuará auxiliando na apuração dos fatos delituosos será necessariamente um investigado colaborador, ou seja, um indivíduo que possivelmente já integrará a organização criminosa sob investigação, fato que provavelmente irá dirimir os riscos decorrentes da execução dessa medida. Além disso, não se espera que o eventual delator atue com negligência, haja vista a possibilidade de se auferirem relevantes benefícios judiciais com a efetiva colaboração.

A partir das premissas postas, afigura-se essencial, em nosso sentir, a reflexão que circunda a possibilidade de mitigação da atribuição para a infiltração de agentes no direito penal brasileiro, especialmente nas investigações que versam sobre a prática do delito de pertinência a a organização criminosa, não se descurando que as consequências desse tipo penal são nefastas, causando graves e, por vezes, irreparáveis males para a sociedade. Decerto, conceber a conjugação de duas (ou até mais) técnicas especiais de investigação, nos termos aqui professados, é aperfeiçoar as formas de meios investigativos com o desiderato de ao menos tentar refrear esse tipo de criminalidade e, consequentemente, seus fatídicos efeitos deletérios para o tecido social.

artigos/61424/infiltracao-de-agentes-tecnica-investigativa-de-combate-ao-crime-organizado. Acesso em: 10 mar. 2022.

À guisa de arremate, a defesa dessa vertente jurídico-processual ganha, ainda, relevância demasiada dentro do cenário apuratório voltado para o combate a organizações criminosas, porquanto – a um só tempo – prestigia-se a nítida eficácia desses dois valorosos institutos (infiltração de agentes e colaboração premiada), os quais, se legalmente utilizados, podem ser extremamente eficientes no combate aos conglomerados delitivos organizados, considerando, ademais, e concluindo, a rigor, que tais meios de obtenção de prova foram trazidos ao nosso cenário jurídico-legislativo justamente como especiais técnicas apuratórias destacadas no enfrentamento significativo e auspicioso do crime organizado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Stephanie Mendes. A infiltração de agentes como meio de prova consoante as disposições da nova lei das organizações criminosas. *Âmbito Jurídico*, São Paulo, ago. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-infiltracao-de-agentes-como-meio-de-prova-consoante-as-disposicoes-da-nova-lei-das-organizacoes-criminosas/>. Acesso em: 10 mar. 2022.

ESPAÑA. Ministerio de Gracia y Justicia. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Espanha, 1982. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em: 2 mar. 2022.

JUSBRASIL. *Jusbrasil*: conectando pessoas à justiça. Página inicial. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 21 fev. 2022.

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

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MELO, Itamar. Um camaleão do crime. Paul Lir: o traficante brasileiro que enganou todo mundo. *GZH Revista*, Porto Alegre, maio 2014. Seção GZH Geral. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/05/Paul-Lir-o-traficante-brasileiro-que-enganou-todo-mundo-4508784.html>. Acesso em: 2 mar. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

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

PEREIRA, Jeferson Botelho. Infiltração de agentes. Técnica investigativa de combate ao crime organizado. *Jus*, Teresina, out. 2017. Disponível em: <https://>

jus.com.br/artigos/61424/infiltracao-de-agentes-tecnica-investigativa-de-combate-ao-crime-organizado. Acesso em: 10 mar. 2022.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO. *Encyclopédia Jurídica da PUC-SP, tomo VIII (recurso eletrônico)*: processo penal. Coord. Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://encyclopediacjuridica.pucsp.br>. Acesso em: 2 fev. 2022.

PORUGAL. *Decreto-Lei n. 78/1987*. Código de Processo Penal. Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n. 16.489/1929. Portugal, 1987. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58543319>. Acesso em: 3 mar. 2022.

PORUGAL. *Lei n. 101/2001*. Regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal. Estabelece o regime das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal. Portugal, 2001. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/101-2001-515636>. Acesso em: 3 mar. 2022.

SILVA, Luciano A. S. e. *O agente infiltrado*. Estudo comparado da legislação da Alemanha, Brasil e Portugal. 2015. 118 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2015. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34845/1/0%20agente%20infiltrado%20estudo%20comparado%20da%20legislacao%20da%20alemanha%C2C%20brasil%20e%20portugal.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.





CAPÍTULO 3

MALWARE ESTATAL NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Felipe Giardini

1 · INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é marcada pela profunda transformação em seus aspectos sociais, políticos e econômicos nas últimas décadas, especialmente em razão dos impactos proporcionados pelos avanços tecnológicos.

Atualmente, as relações pessoais ocorrem notadamente em ambientes virtuais, em um processo iniciado com a criação da internet e em progresso com o constante uso de smartphones nas comunicações, principalmente através de aplicativos e redes sociais, tais como WhatsApp, Telegram, Twitter e Instagram.

As novas formas de interação social consubstanciam o dinamismo e a rapidez no fluxo de informações e dados, surgindo demandas sociais relacionadas à privacidade das comunicações. Por consequência, cada vez mais, os desenvolvedores de softwares têm investido em criptografia na transmissão de dados, de modo a inviabilizar o acesso e o conhecimento por terceiros.

Com as inúmeras vantagens oferecidas pelos novos meios de comunicação e espaços virtuais, a criminalidade também tem acompanhado essa evolução e se valido da mais alta tecnologia à disposição no mercado.

Assim, as práticas delitivas alcançaram a esfera digital por meio de crimes cibernéticos, e os criminosos têm feito uso de ferramentas tecnológicas, seja para a comunicação criptografada em tempo real, seja nos próprios meios de execução, como o uso de mensagens eletrônicas ardilosas e *ransomware*¹ em estelionatos e extorsões, além de transações com criptomoedas em crimes de lavagem de capitais e evasão de divisas.

¹ É um *malware* que impede o acesso a arquivos importantes do sistema infectado, por meio de criptografia, e exige da vítima uma quantia em criptomoeda para o fornecimento do código necessário para restabelecer o acesso.

As técnicas de investigação tradicionais não são eficazes na apuração das complexas engrenagens criminosas que fazem uso da tecnologia para ocultar as evidências dos delitos e assegurar o proveito econômico das atividades criminosas.

A título exemplificativo, a interceptação telefônica é uma medida cautelar em desuso, tendo em vista que as comunicações hodiernas são realizadas por meio da rede de dados VoIP, ou seja, através de uma tecnologia que permite a transmissão da voz por um Protocolo de Internet. Por consequência, esse tipo de comunicação via VoIP não é possível de ser monitorado pelos ultrapassados equipamentos policiais de interceptação de sinais analógicos.

Os desafios da investigação são enormes, e, mesmo quando autorizada judicialmente a interceptação telemática em tais casos, a medida não alcança a necessária eficácia, considerando que a transmissão de dados digitais é dotada de sofisticada criptografia.

Assim, o atual cenário é caracterizado pela grande dificuldade de acesso ao conteúdo de dados digitais (ligações, mensagens de texto e áudio, documentos, fotos etc.) trocados entre os criminosos, o que na prática tem inviabilizado a persecução penal de inúmeros graves delitos.

Nesse contexto, o Estado não pode permanecer inerte diante da evolução da criminalidade, pelo que a investigação também deve passar por uma revolução tecnológica, dentro dos limites constitucionais, sob pena de estar fadada à ineefetividade e a arquivamentos generalizados.

Assim, diante da nova realidade retratada, o presente artigo abordará o uso de *malware* pelo Estado na investigação criminal, visando delinear seu conceito, sua natureza jurídica, suas modalidades e suas funcionalidades.

Em seguida, será analisado o *malware* estatal no ordenamento jurídico brasileiro, desenvolvendo-se o tema sobre sua admissibilidade e os respectivos requisitos.

Ademais, será enfrentada a problemática da reserva legal e da colisão entre os direitos fundamentais a segurança pública, privacidade, intimidade e sigilo das comunicações à luz do garantismo integral.

Ao final, o artigo apresentará uma solução que seja compatível com a Constituição da República e a legislação vigente no Brasil, primando pelo respeito aos direitos fundamentais por meio do emprego do princípio da proporcionalidade nas suas vertentes das proibições de excesso e de proteção deficiente.

2 · **MALWARE: CONCEITO, FUNCIONALIDADES, ESPÉCIES E NATUREZA JURÍDICA**

O *malware* é um software malicioso que consiste em “um programa instalado em dispositivo eletrônico, sem o conhecimento ou consentimento do seu proprietário, para extração de dados e obtenção de informações de forma oculta”.²

Este artigo conceitua o *malware* como um programa informático que se instala ocultamente em um sistema de dados, permitindo o monitoramento e a captura remota de informações e dados recebidos, armazenados e transmitidos pelo dispositivo eletrônico infectado, além de possibilitar a ativação de algumas funcionalidades do equipamento, como microfone e câmera, e o acesso à sua geolocalização.

A proposta é extrair funcionalidades lícitas do *malware* a serem utilizadas pelos órgãos estatais na esfera de investigações criminais, mantendo-se a integridade e a confiabilidade dos dados obtidos através do software, sem descobrir que o programa informático também tem aptidão para comprometer as funções do sistema invadido e corromper, alterar e excluir dados digitais.³

Ainda no âmbito conceitual, o *malware* se diferencia do *hacking*, tendo em vista que este é um acesso remoto não autorizado que ocorre estritamente pela internet e limitado ao período de conexão, sem qualquer vinculação com a instalação de software no equipamento visado.⁴

A partir do momento em que o *malware* é instalado em um dispositivo, gera-se um portal de acesso (*backdoor*) que viabiliza a comunicação oculta e remota entre o sistema-alvo infectado e o invasor, possibilitando o monitoramento em tempo real e a captação de senhas, documentos, e-mails, históricos de navegação, localização, entre outras funcionalidades.⁵

² BARBIERO, Diego Roberto. *Implantação de malwares em investigações complexas*. Curitiba: Juruá, 2021. p. 7.

³ RAMALHO, David Silva. O uso de *malware* como meio de obtenção de prova em processo penal. *Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, ano 4, n. 16, out./dez. 2013. p. 202.

⁴ RAMALHO, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 313.

⁵ MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. *Tecnoinvestigação criminal: entre a proteção de dados e a infiltração por software*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 164.

Além do mais, o *malware* possui diversas maneiras de ser instalado no dispositivo a ser acessado, tais como por suporte removível, página da web e download voluntário.

A primeira forma ocorre pela via da introdução de um dispositivo removível, como pendrive e HD externo, que é fisicamente conectado no dispositivo eletrônico, possuindo a vantagem de infectar apenas o sistema da pessoa visada, ainda que desconectado da internet.⁶

A segunda via de instalação ocorre por meio do acesso a páginas da web que contêm o *malware* a infectar sub-repticiamente os dispositivos de um número indeterminado de pessoas que naveguem na página e cliquem em links, pelo que, no âmbito de investigações, tal software é usualmente inserido em URL com conteúdo voltado a atividade ilícitas para atrair criminosos.⁷

A terceira forma ocorre por intermédio de downloads voluntários de anexos de e-mails, programas executáveis (normalmente pirateados ou gratuitos) e falsas atualizações de software legítimo, todos contendo o *malware*.⁸

Para complementar, o *malware* possui diversas espécies, como *trojan horses*, *logic bombs*, *spyware*, *rootkits*, vírus, *keylogger*, *worms*, *bots*, *blended threats*, *ransomware*, entre outras.

Este artigo não tem o enfoque de pormenorizar o funcionamento de cada tipo de *malware*, restringindo-se a mencionar resumidamente as principais características de algumas modalidades, a seguir descritas:

Vírus é um programa ou parte de um programa de computador, normalmente malicioso, que se propaga inserindo cópias de si mesmo e se tornando parte de outros programas e arquivos. Há diferentes tipos de vírus. Alguns procuram permanecer ocultos, infectando arquivos do disco e executando uma série de atividades sem o conhecimento do usuário.

Bot é um programa que dispõe de mecanismos de comunicação com o invasor que permitem que ele seja controlado remotamente. Possui processo de infecção e propagação similar ao do worm, ou seja, é capaz

⁶ BATISTA, Lydie Jorge. *O malware como meio de obtenção de prova em processo penal*. 2018. Tese (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018. p. 31.

⁷ VELASCO NÚÑEZ, Eloy. Límites a las investigaciones y a la prueba en el proceso penal. In: DELITOS tecnológicos: definición, investigación, y prueba en el proceso penal. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2016. p. 34.

⁸ RAMALHO, 2013, p. 207.

de se propagar automaticamente, explorando vulnerabilidades existentes em programas instalados em computadores. Um computador infectado por um *bot* costuma ser chamado de zumbi (*zombie computer*), pois pode ser controlado remotamente, sem o conhecimento do seu dono.

Spyware é um programa projetado para monitorar as atividades de um sistema e enviar as informações coletadas para terceiros. Pode ser considerado de uso malicioso: quando executa ações que podem comprometer a privacidade do usuário e a segurança do computador, como monitorar e capturar informações referentes à navegação do usuário ou inseridas em outros programas (por exemplo, conta de usuário e senha).

Keylogger: capaz de capturar e armazenar as teclas digitadas pelo usuário no teclado do computador. Sua ativação, em muitos casos, é condicionada a uma ação prévia do usuário, como o acesso a um site específico de comércio eletrônico ou de Internet Banking.

Rootkit é um conjunto de programas e técnicas que permite esconder e assegurar a presença de um invasor ou de outro código malicioso em um computador comprometido.

Cavalo de troia, trojan ou *trojan-horse*, é um programa que, além de executar as funções para as quais foi aparentemente projetado, também executa outras funções, normalmente maliciosas, e sem o conhecimento do usuário.⁹

Uma vez delineados os contornos terminológicos e funcionais do *malware*, cumpre sejam analisadas as questões que envolvem o respectivo uso pelo Estado no âmbito de investigações criminais.

O primeiro ponto, que será tratado neste tópico, concerne à própria natureza jurídica do *malware* no cenário de sua utilização na fase de apuração de delitos.

No âmbito doutrinário, verifica-se uma controvérsia acerca da natureza jurídica do *malware* estatal, sendo comuns as designações de meio de obtenção de prova,¹⁰ método oculto de investigação,¹¹ meio de investigação de prova, meio oculto de obtenção de prova,¹² método investigativo tecnológico, meio de investigação de fonte de prova digital, medida cautelar probatória, entre outras.

⁹ CERT.BR. *Cartilha de segurança para internet*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012. Disponível em: <http://cartilha.cert.br/>. Acesso em: 20 abr. 2022.

¹⁰ RAMALHO, 2013, p. 197.

¹¹ MENDES, 2020, p. 165.

¹² BATISTA, 2018, p. 16.

Nessa senda, cumpre trazer à colação o seguinte posicionamento de Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes:

Justamente pela complexidade da utilização deste instituto na investigação criminal é que se torna muito difícil a definição específica de sua natureza jurídica. No atual momento, por consistir no monitoramento intensivo e remoto, ou na captação oculta de toda atividade desempenhada pelo usuário, corresponderá a natureza jurídica de meio oculto de investigação, ou como denominou-se acima, meio de investigação de prova. Pela prejudicialidade em termos de comprovação da confiabilidade e integralidade do material probatório coletado remotamente se impossibilita – ainda que momentaneamente – a definição do instituto como medida cautelar probatória, isto pelo fato de que a utilização de um sistema invasor altera configurações no sistema visado. No entanto, em um futuro poderá ser identificado como medida cautelar probatória. Para tanto, deverá ocorrer um avanço na atual conjuntura técnica e tecnológica de comprovação da integridade e fiabilidade das fontes de provas digitais recolhidas remotamente pelo software invasor e conservadas posteriormente (preservação da cadeia de custódia da prova digital).¹³

Inicialmente, é mister salientar que, durante a fase de investigação criminal, a terminologia técnica adequada é “elementos de informação” no tocante a todo acervo produzido e coletado pela atividade policial no desiderato de comprovar a autoria e a materialidade delitivas.

Tecnicamente, o material produzido durante a investigação não se constitui em prova para o convencimento judicial, mas em elemento informativo destinado ao órgão acusatório, considerando a ausência de contraditório e ampla defesa na fase pré-processual.¹⁴

Assim, a rigor não há que se falar em prova em sede de uma apuração, salvo a excepcional produção antecipada de prova por urgência e risco de perecimento, uma vez que a prova somente se materializa em juízo após o exercício do contraditório.

De acordo com Gustavo Badaró, as fontes de prova são obtidas exclusivamente na fase investigativa e correspondem a tudo que tem a potencialidade de esclarecer sobre a existência do fato criminoso e sua autoria.¹⁵

¹³ MENDES, 2020, p. 165-166.

¹⁴ FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 323.

¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 165.

Por sua vez, o meio de prova consiste na forma em que as fontes de prova passam a integrar o processo criminal, como pela juntada de documentos e oitiva de testemunhas, enquanto o meio de obtenção de prova, como a busca e apreensão, é um instrumento para a colheita de fontes de prova.¹⁶

A título exemplificativo, de modo a melhor esclarecer as concepções distintas de fonte de prova e meio de prova, “o resultado da operação técnica de interceptação telefônica é fonte de prova, enquanto a gravação e as respectivas transcrições formam o documento que, uma vez inserido no processo, será meio de prova”.¹⁷

No presente artigo, o *malware* estatal é evidenciado sob a perspectiva de um meio investigativo de obtenção de fontes de prova e forma de instrumentalização de medida cautelar que conserva as fontes de prova.

Na concepção de Andrey Borges de Mendonça,¹⁸ as medidas cautelares probatórias têm a finalidade de acautelar a prova e evitar a sua destruição ou o perecimento ao longo do processo penal.

Neste estudo, a medida cautelar é tratada como uma providência que visa acautelar a fonte de prova a ser, em caso de oferecimento de denúncia, introduzida no processo criminal, submetida ao contraditório e, ao final, destinada à convicção judicial. Em similar sentido:

Definitivamente, a prova cautelar não se apresenta semelhante às provas irrepetíveis ou antecipadas, muito menos aos resultados da execução de meios de investigação de prova, mas como fontes de provas recolhidas a partir da execução de uma medida cautelar probatória. Logo, recolhe-se a fonte de prova pela execução de medida cautelar (antes do processo ou no decorrer deste), conserva-se até incluí-la no processo penal por um meio de prova e, após, submete-se ao contraditório em momento processual oportunamente. Não se pode dizer que executada uma medida cautelar probatória, cujos frutos foram (fontes de) provas recolhidas e preservadas, se constitui a prova penal. Portanto, volta-se a afirmar: a constituição probatória é somente possível quando estabelecido o contraditório sob o meio de prova.¹⁹

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012. p. 270.

¹⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 755.

¹⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 24.

¹⁹ MENDES, 2020, p. 134.

Particularmente em relação ao *malware* estatal, este é uma forma de instrumentalizar diversas medidas cautelares no ambiente digital, como a busca e apreensão e a interceptação telemática. Portanto, o *malware* materializa as próprias medidas cautelares previstas legalmente, sendo um meio de obtenção de fontes de prova.

3 · RESERVA LEGAL, ANALOGIA E INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Após a análise de conceito, espécies, funcionalidades e natureza jurídica do *malware* do Estado, impende enfrentar uma das questões mais controversas que envolvem o tema, qual seja, a necessidade ou não de reserva legal para a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, assim como o recurso à analogia e à interpretação extensiva na matéria.

O Brasil, diferentemente de outros países como a Espanha, não possui um dispositivo legal específico que autorize expressamente o uso de *malware* estatal nas investigações.

A título comparativo, o artigo 588-*septies-a* da Lei Orgânica n. 13/2015 espanhola prevê expressamente para determinados crimes graves, como os praticados por organizações criminosas, a autorização judicial de instalação de software que permita o acesso remoto oculto e a extração de conteúdo de equipamentos eletrônicos de investigados, por um período máximo de três meses.²⁰

Todavia, no âmbito do Estado brasileiro, o Código de Processo Penal (CPP) e a legislação especial criminal não contemplam dispositivo legal semelhante, o que dá margem à discussão acerca do cabimento de uso de *malware* estatal no território nacional.

Uma primeira corrente doutrinária sustenta que a investigação criminal por infiltração de software é ilícita, considerando o uso de meio de obtenção de prova que viola a legalidade processual e restringe os direitos fundamentais à livre comunicação, à privacidade, à intimidade e à autodeterminação informativa.²¹

Nessa linha, o uso do *malware* pelo Estado violaria a taxatividade da lei processual penal por ausência de norma autorizadora e regulamenta-

²⁰ ESPANHA. Ley Orgánica 13/2015. BOE núm. 239, de 6 oct. 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/10/05/13/con>. Acesso em: 22 abr. 2022.

²¹ LOPES JÚNIOR, Aury; MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. "Vírus espião" como meio de investigação: a infiltração por softwares. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 7 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-07/limite-penal-virus-espiao-meio-investigacao-infiltracao-softwares>. Acesso em: 22 abr. 2022.

dora desse meio de obtenção de fonte de prova, além de que a utilização análoga da disposição legal da busca e apreensão de documentos físicos representaria atecnia processual lesiva ao direito de defesa.²²

Uma segunda corrente doutrinária, por sua vez, defende que a ausência de norma expressa quanto ao uso de *malware* nas investigações não acarreta a sua inadmissibilidade, pois é possível valer-se da interpretação extensiva das normas já existentes, especialmente daquelas que tratam da busca e apreensão, da interceptação telemática e da captação ambiental, sob pena de comprometimento total das investigações ante as complexas criptografias no fluxo de dados.²³

Nesse ínterim, é preciso analisar se o ordenamento jurídico brasileiro permite o emprego de analogia e interpretação extensiva em matéria processual penal, assim como se a reserva legal constitui impedimento ao emprego do *malware* estatal.

Nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal, a interpretação extensiva e a aplicação analógica são admitidas expressamente.²⁴

A analogia é um método de integração da norma que consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição legal relativa a um caso semelhante. Por sua vez, a interpretação extensiva é um método hermenêutico de ampliação do campo de incidência da norma, com a ressalva de que tal ampliação não é plausível para atingir as hipóteses que a lei evidentemente almejou excluir.²⁵

A diferença é que na interpretação extensiva há uma ampliação do sentido da norma para alcançar situações não previstas expressamente, ao passo que a analogia resulta em aplicar a hipóteses não abarcadas pela norma uma regra específica elaborada para outra situação fática.²⁶

No caso concreto do uso de *malware* estatal, não há nenhuma regra específica que o regule de modo expresso em algum tipo de situação, mesmo que fora da esfera penal, pelo que o emprego de analogia não apresenta utilidade.

²² MENDES, 2020, p. 190.

²³ BARBIERO, 2021, p. 150.

²⁴ “Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 102.

²⁶ FISCHER; OLIVEIRA, 2014, p. 8.

Dessa forma, é preciso examinar os dispositivos legais que disciplinam a busca e apreensão e a interceptação telemática para averiguar a existência de lacuna ou não regramento específico da matéria, de maneira a averiguar a possibilidade e a necessidade de emprego de método hermenêutico na solução da questão.

Os arts. 240 a 250 do CPP regulam a medida cautelar de busca e apreensão domiciliar, possibilitando o ingresso policial na casa do investigado para apreender objetos, documentos e qualquer elemento de convicção relacionados à autoria e à materialidade delitivas.

Assim, a redação legislativa originária do ano de 1941 apenas dispõe acerca do domicílio físico. Todavia, com o transcurso de mais de oitenta anos desde a promulgação do Código de Processo Penal, a sociedade transformou-se radicalmente, especialmente em razão dos avanços tecnológicos que propiciaram o desenvolvimento de relações e ambientes digitais.

Diante da nova era tecnológica e do constitucionalismo digital, a doutrina leciona acerca da existência do domicílio virtual, informático ou eletrônico, que abriga dados da vida profissional e pessoal que são mais privados do que aqueles situados no domicílio físico, o que demanda uma ampliação do conceito de casa. Nesse sentido:

Na era da tecnologia, da internet das coisas, bem como do uso diuturno de diversos dispositivos informáticos, os dados que estão inseridos nesses aparelhos são mais íntimos e privados do que a própria casa.

Ora, a privacidade e a intimidade no século XXI estão “guardadas” em computadores pessoais, tablets, smartwatch, smartphones e outros objetos, que armazenam dados mais privados do que aqueles que estão em sua própria casa, demandando uma ampliação do conceito de casa nos moldes anteriores.

Nesses aparelhos, é possível visualizar dados da sua vida, fotos, preferências, lugares visitados, sítios pesquisados, trabalhos realizados, documentos profissionais, conversas personalíssimas e de trabalho, enfim, toda sua vida privada em seu âmago, além da vida profissional. Tudo isso está materializado nestes aparelhos, o que atrai o conceito de domicílio virtual ou informático e, por conseguinte, a sua necessária proteção na esteira do bem constitucionalmente tutelado.²⁷

²⁷ MOURA, Grégoire Moreira de. STF deve reconhecer a importância do domicílio virtual como bem jurídico. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 21 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-21/moura-stf-reconhecer-importancia-domicilio-virtual>. Acesso em: 22 abr. 2022.

Na esfera da hodierna sociedade de informação, inclusive com a existência de domicílios virtuais, a norma processual penal que disciplina a busca e apreensão deve ser interpretada extensivamente e progressivamente para abarcá-los, de forma a se ajustar às transformações sociais e tecnológicas e assegurar a efetividade da investigação.

A ausência de menção ao *malware* estatal nas normas processuais penais evidencia uma omissão legislativa involuntária, já que a nova realidade e todas as atuais ferramentas tecnológicas eram inimagináveis ao tempo da elaboração do Código de Processo Penal em 1941.

Portanto, afigura-se plenamente cabível a interpretação extensiva e progressiva dos conceitos de casa e domicílio para permitir a busca e apreensão em domicílios virtuais, inclusive pela via tecnológica do software.

De fato, o legislador não acompanha a velocidade das mudanças sociais e tecnológicas, e a prática demonstra que o processo legislativo costuma ser demorado, e, muitas vezes, a parte de operacionalização da medida cautelar não é objeto de detalhamento legislativo, inclusive em razão de as técnicas necessárias estarem em constante evolução. Aliás, a matéria de uso de *malware* ou de outro meio para acessar dispositivos eletrônicos nas investigações sequer é objeto de algum projeto de lei atualmente em discussão.

A ausência de detalhamento no procedimento de implementação de medida cautelar probatória não se restringe à situação acima reportada de busca e apreensão em domicílio virtual, sendo perceptível também na interceptação telemática prevista no art. 1º da Lei n. 9.296/1996. O art. 6º dessa lei aduz genericamente que a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, pelo que a operacionalização da medida e os meios tecnológicos utilizados ficam a cargo do órgão policial.

No caso da interceptação telemática, verifica-se um silêncio intencional legítimo do legislador em não detalhar o seu procedimento, considerando a ausência de regulamentação por mais de 25 anos desde a promulgação da Lei n. 9.296/1996.

Tal postura do legislador se deve à constante mutação dos meios tecnológicos para implementar medidas cautelares na esfera digital, de modo que se confere uma margem de conformação desse espaço normativo procedimental à autoridade judiciária que defere a cautelar e à autoridade policial que a operacionaliza, sem prejuízo da obrigatoriedade observância de todos os demais requisitos previstos na legislação, como a duração da medida.

Nesse cenário, é plenamente possível a instalação de um software no equipamento eletrônico do investigado para operacionalizar a interceptação telemática, desde que respeitados os pressupostos de admissibilidade da medida cautelar e o seu prazo de duração previstos legalmente. De fato, não se depreende qualquer vedação legal na prática, tampouco se evidencia, a princípio, maior restrição ao direito fundamental à privacidade e à intimidade caso a implementação fosse viabilizada pelo próprio provedor do conteúdo, com obtenção de idêntica fonte de prova.

A título exemplificativo, a interceptação telemática deferida judicialmente e relacionada ao fluxo comunicativo entre e-mails dos investigados é usualmente operacionalizada por uma conta espelho proporcionada pelo provedor de conteúdo e que permite à autoridade policial acessar as mensagens eletrônicas dos investigados sem a possibilidade de manipular seu conteúdo.²⁸

Na hipótese acima, se o mesmo conteúdo das mensagens eletrônicas trocadas via e-mail pelos investigados fosse acessado pelo mesmo lapso temporal a partir de um software estatal instalado no aparelho eletrônico de um dos alvos, a restrição ao direito fundamental em questão seria a mesma. Não obstante, se por meio do software fossem acessadas pelo agente de polícia outras contas de e-mails não constantes da ordem judicial ou fosse monitorado qualquer outro fluxo de dados não contemplado na decisão judicial, o meio de obtenção da fonte de prova estaria maculado pelo vício de ilicitude.

No caso concreto, poderia ser levantado o argumento da necessidade e da adequação em relação ao uso do *malware* estatal, já que com uma medida menos invasiva de espelhamento de uma conta específica de e-mail seria obtido o mesmo resultado. Contudo, com o avanço tecnológico e o surgimento de inovadoras tecnologias de criptografia de ponta a ponta, em diversas situações os provedores de conteúdo já não mais conseguem conferir ao órgão policial acesso ao conteúdo do fluxo de dados trocados entre usuários.

Em mensagens eletrônicas trocadas por meio de criptografia de ponta a ponta, o conteúdo dos dados somente pode ser acessado por remetente e destinatário, pelo que nem mesmo a empresa provedora consegue ter acesso a seu teor ou proporcioná-lo à autoridade policial.

Atualmente, alguns aplicativos de mensagens eletrônicas, como Telegram e WhatsApp, fazem uso de criptografia de ponta a ponta, o que tem

²⁸ WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. *Crimes cibernéticos: ameaças e procedimentos de investigação*. Rio de Janeiro: Brasport, 2013. p. 124.

impossibilitado o acesso ao conteúdo dos dados pelo Estado, prejudicando e até inviabilizando a investigação de crimes graves e complexos.

Assim, em casos que envolvam avançadas tecnologias de criptografia, o princípio da proporcionalidade demanda o uso de software pelo Estado para implementar a medida cautelar judicialmente deferida, sem que isso implique qualquer violação ao princípio da legalidade. Nessa linha, a reserva legal é preservada, já que a medida cautelar é a prevista na legislação, atendendo a todos os seus requisitos legais, de maneira que apenas a operacionalização é realizada pela via tecnológica eficaz e adequada para tanto.

Logo, o uso de software pelo Estado é plenamente cabível por ser um instrumento de operacionalização de uma medida cautelar já prevista na lei, e não uma nova medida cautelar atípica, pelo que é revestido de licitude e constitucionalidade, podendo ocorrer em interceptações telemáticas e em buscas e apreensões em domicílio virtual, neste último caso pela via da interpretação extensiva permitida pelo art. 3º do CPP.

Em outros termos, tais meios de obtenção de fonte de prova são nominados, mas sem o desenvolvimento legislativo do correlato procedimento de operacionalização pelos agentes públicos, o que confere a estes determinada margem de liberdade para a conformação da norma, desde que, claro, a materialização não seja evidentemente ilícita, como ocorre com o hipotético emprego de violência ou grave ameaça, e sejam observados os requisitos legais.

Em todo caso, deve ser respeitada a cadeia de custódia da fonte de prova, assim como garantida a integridade do material coletado, além da necessidade de ser registrada toda a atividade policial a partir de seu ingresso no dispositivo invadido, com o escopo de impedir excessos e permitir o controle da materialização da medida.

Em continuidade, no próximo tópico será examinada outra questão que envolve o conflito entre os direitos fundamentais a segurança pública, privacidade, intimidade e sigilo das comunicações, bem como a respectiva solução à luz do princípio da proporcionalidade.

4 · COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTISMO PENAL INTEGRAL

No caso do uso de *malware* estatal nas investigações criminais, a doutrina costuma elencar o conflito entre o direito fundamental à segurança

pública e os direitos fundamentais à privacidade, à intimidade e ao sigilo das comunicações.²⁹

Este artigo reputa imprescindível que a análise em questão também incorpore os direitos fundamentais das vítimas dos delitos à luz da concepção do garantismo penal integral, evitando que sejam tutelados apenas os direitos fundamentais individuais dos investigados e processados criminalmente (garantismo hiperbólico monocular).³⁰

Assim, a aplicação dos direitos fundamentais também deve levar em consideração os deveres estatais de garantia da eficiência e da segurança aos cidadãos, com a consequente prevenção de delitos e as obrigações processuais penais de devida apuração dos crimes e punição dos responsáveis, sem se descuidar do respeito aos direitos dos investigados e denunciados.³¹

O garantismo penal positivo reflete o dever constitucional de promover a segurança dos cidadãos, o que obriga o Estado a restringir determinados direitos fundamentais individuais dos cidadãos, quando necessário, adequado e proporcional em sentido estrito.³²

Nessa linha, o garantismo penal integral busca o equilíbrio entre a proteção de todos os direitos individuais e coletivos e os deveres fundamentais expressos na Constituição e em convenções internacionais de direitos humanos, sem excessos e deficiências.³³

Nessa senda, insta asseverar que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer restrições recíprocas, e o seu grau de aplicabilidade depende das possibilidades fáticas e jurídicas no caso concreto, considerando que tais direitos são consagrados em princípios consubstanciados em mandamentos de otimização.³⁴

²⁹ BARBIERO, 2021, p. 120.

³⁰ FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 42.

³¹ FISCHER, 2015, p. 45.

³² FISCHER, 2015, p. 48.

³³ FISCHER, 2015, p. 49.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86.

Diante da existência de colisão entre direitos e deveres fundamentais, a solução deve ser encontrada por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, em suas vertentes da proibição de excesso e da proibição de proteção deficiente.

O princípio da proibição de excesso parte da análise de adequação e necessidade da conduta estatal no alcance do fim constitucionalmente legítimo, de maneira que a restrição ao direito fundamental deve se pautar pelo meio adequado, menos gravoso e proporcional em sentido estrito (custo-benefício). Assim, em determinada situação, se há outro meio menos gravoso ao direito fundamental atingido e igualmente eficaz ao atendimento do interesse constitucional, a conduta estatal revela-se desproporcional e inválida.

Já o princípio da proibição de proteção deficiente, originário do Direito alemão (*Untermassverbot*), é o parâmetro utilizado no exercício de controle da inéria do Estado e de sua atuação insuficiente na concretização dos direitos fundamentais.

Sob essa vertente do *Untermassverbot*, primeiramente deve-se perquirir se a medida estatal adotada é adequada e suficiente a promover a concretização de determinado direito fundamental. Caso a medida estatal passe pela primeira baliza da adequação, verifica-se no plano da necessidade se há alguma medida estatal a ser adotada que seja mais eficaz para proteger o bem constitucional, sem que importe consequentemente em maior restrição em bens fundamentais de terceiros ou em interesses primários da coletividade.³⁵ Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é pautada por uma relação de comparabilidade entre os custos e benefícios das medidas estatais aptas a concretizar o dever constitucional de tutelar determinado direito fundamental.

No tocante ao *malware* estatal nas investigações criminais, urge ressaltar que o seu uso decorre de obrigação processual penal positiva consistente no fato de que os meios de investigação devem ser eficientes para proporcionar a coleta de elementos de informação relacionados à autoria e à materialidade delitivas.

De fato, a depender das circunstâncias do caso concreto, em que os investigados fazem uso de comunicação criptografada, sendo graves os delitos praticados e não havendo outros meios úteis à obtenção de

³⁵ CALLIESS, Christian. Die grundrechtliche Schutzwicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis. *JuristenZeitung*, Tübingen, 2006. p. 321.

fontes de prova, o uso do *malware* é a única medida apta a salvaguardar o direito fundamental à segurança e implementar o dever estatal de investigar e processar os agentes criminosos.

Por outro lado, tal medida, dentro do critério da adequação, é a que gera menor restrição possível nos direitos fundamentais dos investigados, sendo imprescindível a observância dos pressupostos legais da medida cautelar a ser materializada e dos limites estabelecidos na ordem judicial, bem como a integridade e a confiabilidade dos dados extraídos, e o registro de toda a atividade policial desde a infiltração no dispositivo, oportunizando-se posteriormente o contraditório e a ampla defesa.

Dessa maneira, a medida estatal do *malware* atende ao princípio da proporcionalidade em suas vertentes da proibição de excesso e da proibição de proteção deficiente.

5 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *malware* estatal é um programa informático que, uma vez instalado de forma oculta em um dispositivo eletrônico do investigado, permite ao órgão policial monitorar a atividade criminosa e extrair o conteúdo de conversas, e-mails, documentos, entre outras funcionalidades.

Trata-se de meio investigativo de obtenção de fontes de prova e forma de instrumentalização das medidas cautelares típicas de busca e apreensão e interceptação telemática, sem ofensa ao postulado da reserva legal.

O uso de *malware* pelo Estado nas apurações criminais envolve a colisão entre direitos e deveres fundamentais, e, em um cenário marcado pela criminalidade que se vale da mais alta tecnologia em termos de criptografia da comunicação, a referida medida estatal, a partir do princípio da proporcionalidade, é a única capaz de assegurar a efetividade da investigação de crimes graves e complexos, desde que respeitados os limites expostos neste artigo.

A vedação em abstrato ao uso de software pelo Estado no cumprimento de medidas cautelares típicas implicaria inevitavelmente o fracasso da investigação e a supressão do direito fundamental à segurança pública, além do descumprimento das obrigações processuais penais positivas.

Portanto, por meio da utilização do *malware* estatal nas investigações criminais, é possível estabelecer um equilíbrio entre os direitos e deveres fundamentais envolvidos à luz do garantismo penal integral.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARBIERO, Diego Roberto. *Implantação de malwares em investigações complexas*. Curitiba: Juruá, 2021.
- BATISTA, Lydie Jorge. *O malware como meio de obtenção de prova em processo penal*. 2018. Tese (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012.
- CALLIESS, Christian. Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis. *JuristenZeitung*, Tübingen, 2006.
- CERT.BR. *Cartilha de segurança para internet*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012. Disponível em: <http://cartilha.cert.br/>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30-77.
- FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- LOPES JÚNIOR, Aury; MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. "Vírus espião" como meio de investigação: a infiltração por softwares. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 7 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-07/limite-penal-virus-espiao-meio-investigacao-infiltracao-software>. Acesso em: 22 abr. 2022.
- MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. *Tecnoinvestigação criminal: entre a proteção de dados e a infiltração por software*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

MOURA, Grégoire Moreira de. STF deve reconhecer a importância do domicílio virtual como bem jurídico. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 21 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-21/moura-stf-reconhecer-importancia-domicilio-virtual>. Acesso em: 22 abr. 2022.

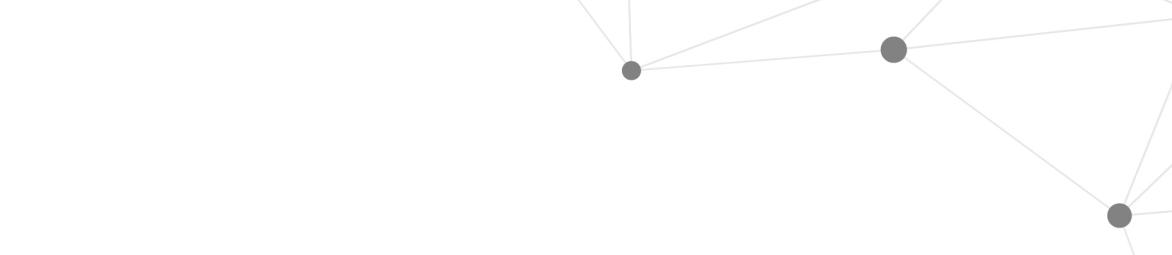
RAMALHO, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Coimbra: Almedina, 2017.

RAMALHO, David Silva. O uso de *malware* como meio de obtenção de prova em processo penal. *Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, ano 4, n. 16, p. 195-243, out./dez. 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. Límites a las investigaciones y a la prueba en el proceso penal. In: DELITOS tecnológicos: definición, investigación, y prueba en el proceso penal. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2016. p. 13-38.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. *Crimes cibernéticos: ameaças e procedimentos de investigação*. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.



CAPÍTULO 4

SISTEMA ACUSATÓRIO E PRODUÇÃO DE PROVAS PELO JUIZ NO BRASIL E EM PORTUGAL: A BUSCA PELA VERDADE MATERIAL POSSUI LIMITES?

Giovanni Andrei Franzoni Gil

1 · INTRODUÇÃO

O direito processual penal exerce uma relação de mútua complementariedade com o direito penal, perfazendo com este, com a criminologia e a política criminal uma ciência integrada que pode ser denominada de “ciência total do direito penal”¹. Se, por um lado, o direito penal substantivo define as condutas criminosas e as sanções (penas ou medidas de segurança) aplicáveis aos agentes, o direito processual penal exerce seu importante papel na fixação do modo de proceder para a identificação da ocorrência do crime e, nessa hipótese, no regramento da aplicação concreta da sanção.²

É o direito processual penal, ainda, que regula as regras e princípios incidentes aos sujeitos processuais e a aplicação concreta do direito pela sentença.³ Sua função essencial, como ressalta Figueiredo Dias, “cumpre-se na decisão sobre se, na realidade, se realizou em concreto um tipo-legal de crime e, em caso afirmativo, na decisão sobre a consequência jurídica que dali deriva”⁴.

Para atingir esse objetivo de correlação entre a conduta do agente e um fato típico previsto no âmbito do direito penal, surge a “prova” como elemento de estudo do direito processual penal. De fato, interessa ao processo

¹ ANTUNES, M. J. *Direito processual penal*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2021. p. 11.

² SILVA, G. M. da. *Direito processual penal português*. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2017. p. 15.

³ GRECO FILHO, V. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96.

⁴ DIAS, J. F. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. p. 36.

penal, para fins de realizar a propalada justiça,⁵ a coleta de elementos de prova a fim de se aproximar o máximo possível da descoberta da verdade real, o que, historicamente, sempre se mostrou difícil de ser alcançado.⁶

Essa busca pela verdade real, todavia, dentro de um moderno sistema de processo penal acusatório, possui limites próprios, compatíveis com o ideal do Estado Democrático de Direito, respeitante, acima de tudo, aos direitos fundamentais dos indivíduos.⁷ Entre esses limites, encontra-se sempre em debate⁸ a possibilidade de o juiz determinar, autonomamente, a produção de provas, tal como previsto nos artigos 340º, n. 1, do Código de Processo Penal Português, e 156 do Código de Processo Penal Brasileiro,⁹ os quais fundamentam a existência do princípio da investigação (ou princípio da verdade material),¹⁰ e a possibilidade da violação do princípio acusatório e da garantia da imparcialidade do julgador.

⁵ Justiça que pode ser extraída, no processo penal, nos dizeres de Germano Marques da Silva (2017, p. 24), do conceito de que “[...] nenhum responsável passe sem punição (*impunitum non relinqui facinus*) nem nenhum inocente seja condenado (*innocentum non condennari*)”.

⁶ SOUSA, S. A. de. Neurociências e processo penal: verdades *ex machina?* In: ANTUNES, M. J. et al. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2017. v. II. p. 884. A busca da verdade real e a realização da justiça também são identificadas por Figueiredo Dias como o “verdadeiro fim do processo penal” (1974, p. 45), não obstante se possa afirmar que, modernamente, no âmbito do direito processual penal, a única verdade possível é a verdade processual penal, construída pelo juiz no processo a partir de um determinado acontecimento e “segundo os princípios construtivos da capacidade da decisão sobre a autoria e a culpabilidade de uma pessoa”, conformada pela verdade real e pelas condições possíveis de sua obtenção – como os direitos e liberdades do arguido (DIAS, J. F.; SOUSA, S. A. de. O objecto da audiência no processo penal português. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 150, n. 4.027, p. 176-188, mar./abr. 2021, p. 179). Essa construção passa da nova concepção do autor a partir do paradigma de superação dos conceitos de verdade material e formal defendidos no ensaio “Sobre a natureza e a espécie da ‘verdade’ em processo penal” (DIAS, J. F. Sobre a natureza e a espécie da “verdade” em processo penal. *Liberdade, sempre!* Cabo Verde: Livraria Pedro Cardoso, 2020, p. 579-591).

⁷ SILVA, 2017, p. 25; ANTUNES, 2021, p. 18-19.

⁸ José Cabiale, em sua obra *Principio de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez* (Granada: Comares, 1996), já relatava que essa preocupação com a produção de prova pelo juiz era “fato recente”, com menos de uma década, o que demonstra que a doutrina já se preocupava com esse ponto desde os anos 1990.

⁹ Para fins deste ensaio serão utilizadas, doravante, as abreviaturas CPPP e CPPB para designar, respectivamente, os Códigos de Processo Penal português (Decreto-Lei n. 78/1987, de 17 de fevereiro) e brasileiro (Decreto-Lei n. 3.689/1941, de 3 de outubro).

¹⁰ A comparação entre as terminologias dos princípios da investigação e da verdade material é retratada por Paulo de Sousa Mendes, que destaca, porém, não ver os

O presente estudo tem por objetivo analisar, portanto, a coexistência do sistema acusatório com o princípio da investigação, a fim de identificar se o juiz pode, no exercício da jurisdição no processo penal, produzir provas de forma autônoma e, em caso positivo, a partir de que balizas. A resposta a essa pergunta passa pela análise dos modelos de sistemas processuais penais e pela interpretação das normas vigentes, em especial dos preceitos constitucionais atinentes, seja na Constituição da República Portuguesa, de 1976, ou na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.¹¹

2 · SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A história evolutiva do processo penal foi integrada, notadamente, por dois sistemas ou modelos processuais predominantes: o sistema acusatório e o sistema inquisitório,¹² cuja implantação e surgimento decorreram de razões políticas historicamente demarcadas.¹³

Inúmeros são os conteúdos apresentados pela doutrina para o termo "sistema processual penal". Entre estes, para efeitos deste breve apontamento temático, elege-se a definição de Mauro Andrade como paradigmática, para quem "os sistemas de processo penal representam manifestações históricas – passadas e presentes – de como o processo penal foi regulamentado em determinado período da humanidade".¹⁴

2.1 · SISTEMA INQUISITÓRIO

A origem do sistema inquisitório remonta à formação do Império Romano, atravessando pelo período da Inquisição, até atingir seu ápice, no âmbito europeu, na realidade do Estado absolutista vigente nos séculos XVII e XVIII, quando o processo penal assumiu contornos de prevalência exclusiva do interesse do Estado sobre o indivíduo.¹⁵

termos como sinônimos, mas sim um princípio como consequência do outro (*Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 205).

¹¹ A exemplo do anteriormente demarcado, delimitam-se aqui as abreviaturas CRP para a Constituição portuguesa e CRFB para a brasileira.

¹² MENDES, 2013, p. 21; SILVA, 2017, p. 65.

¹³ COUTINHO, J. N. M. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. p. 104 e 107-109.

¹⁴ ANDRADE, M. F. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, jul./set. 2009a. p. 169.

¹⁵ DIAS, 1974, p. 61-63; MENDES, 2013, p. 27-29.

Era característica típica desse modelo a intervenção de ofício do juiz, que investigava diretamente o fato, com plena liberdade probatória, realizando a acusação e o julgamento. Além disso, o investigado era tratado como mero objeto do processo, e não como sujeito processual, sendo a investigação normalmente conduzida em segredo, sem contraditório, pelo que não havia como se evidenciar ao magistrado a imparcialidade necessária para o julgamento da causa.¹⁶

Como o modelo inquisitório tinha por enfoque a descoberta da verdade material, independentemente de limites oponíveis pelo investigado, eram admitidas violações à dignidade humana como, por exemplo, a tortura, pela visão da confissão como prova absoluta, razão pela qual esse sistema é visto como o oposto da ideia vigente de garantismo penal.¹⁷

Por essas razões, é fácil compreender o motivo pelo qual tal modelo tenha, gradativamente, desaparecido dos sistemas jurídicos modernos, não obstante seus traços possam ser encontrados em regimes de exceção autoritários.¹⁸

2.2 · SISTEMA ACUSATÓRIO

A origem do sistema acusatório remonta à tradição privada do direito penal, trazida pelas instituições judiciais gregas e romanas, evoluindo a partir da pura relação pessoal entre o acusador e o objeto da causa (o direito de acusar era garantido à vítima do crime e a seus familiares, e, posteriormente, nos crimes de interesse coletivo, a legitimidade da acusação recaía sobre qualquer cidadão), até a assunção dessa função pelo Estado, de forma a evitar a inércia ou mesmo a prática de excessos pelos particulares interessados.¹⁹

As características típicas desse modelo eram a igualdade de poderes entre acusação e defesa, garantindo-se ao julgador uma posição de independência, equidistância e passividade, não intervindo diretamente na produção probatória e muito menos no exercício da acusação, que deve ser desempenhada por órgão diverso, independente e autônomo,²⁰ e o pleno respeito ao contraditório e ao direito de defesa, recaindo o ônus probatório exclusivamente sobre o acusador, como corolário do princípio da presunção de inocência.²¹

¹⁶ MENDES, 2013, p. 29; SILVA, 2017, p. 65-66.

¹⁷ DIAS, 1974, p. 62; MENDES, 2013, p. 30.

¹⁸ MENDES, 2013, p. 33; COUTINHO, 2009, p. 106.

¹⁹ MENDES, 2013, p. 21-26; SILVA, 2017, p. 67.

²⁰ Paulo Mendes define a separação entre as entidades que julgam e acusam como a “travamestra” do sistema acusatório, como garantia da imparcialidade do julgador (2013, p. 27).

²¹ DIAS, 1974, p. 64-65; SILVA, 2017, p. 65.

Alguns autores, como Cabiale,²² identificam o processo acusatório como sinônimo de processo adversarial, conduzido pelas partes, em que ficam as tarefas devidamente distribuídas entre seus agentes, vedando-se a ação de ofício do juiz.²³ Para o autor, o sistema acusatório tem por premissa a passividade do julgador como uma garantia do próprio *imputado*, de forma a preservar sua neutralidade e imparcialidade, favorecendo a igualdade das partes e garantindo a autonomia do *Ministerio Fiscal*. Tal visão, porém, pressupõe a mudança da própria finalidade do processo penal – descoberta da verdade real ou material –, passando-se a tratar o processo como um conflito entre partes, no qual o árbitro – juiz – é chamado a intervir.²⁴

Por outro lado, o sistema adversarial ou acusatório puro, do qual mais se aproxima o modelo de processo penal anglo-americano, é objeto de crítica por muitos autores, por verem uma paridade apenas teórica entre acusação e defesa,²⁵ ou mesmo por verem em sua essência uma base de aproximação do direito processual penal ao direito privado, afastando-se do primado do Estado de Direito social.²⁶

2.3 · SISTEMA MISTO

O advento do liberalismo fez surgir um modelo misto de sistema, que teve por ponto de partida o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, na França, o qual passou a conjugar o modelo inquisitório durante a fase de investigação pré-processual com a prevalência do modelo acusatório na fase de instrução processual e de julgamento.²⁷

²² CABIALE, 1996, p. 209-216.

²³ Adiante, o autor vai além, ao afastar a modulação do sistema acusatório com a produção de provas pelo juiz: "Ambas posibilidades responden a dos modelos procesales penales distintos tal y como se ha venido argumentando: el primero de ellos es el modelo adversarial o acusatorio puro, el proceso concebido como actividad de parte frente a un árbitro imparcial y la actividad probatoria entendida de forma dialéctica. Por el contrario la iniciativa probatoria judicial responde al modelo tradicional continental que establece como una finalidad del proceso penal el alcanzar la verdad. Tratar de hacer componendas entre ambos es imposible porque el equilibrio no existe entre esas concepciones antagónicas" (CABIALE, 1996, p. 310-311).

²⁴ CABIALE, 1996, p. 255-258 e 304.

²⁵ SILVA, 2017, p. 68.

²⁶ DIAS, 1974, p. 70-71.

²⁷ SILVA, 2017, p. 66; MENDES, 2013, p. 31. Tais características são vistas, porém, como ainda integrantes do sistema acusatório puro por alguns autores, a exemplo do observado por Maria João Antunes, a qual contextualiza, dentro do sistema misto, a possibilidade de o juiz ordenar a acusação pelo Ministério Público, o que, obviamente,

Os modelos mistos se espalharam entre as democracias modernas, com especial enfoque no continente europeu e mesmo no Brasil, em contraponto aos sistemas acusatórios puros com modelo adversarial, prevalentes na Inglaterra e nos Estados Unidos.²⁸ A distinção entre tais regimes é importante porque se o modelo processual penal continental europeu foi fulcrado no princípio da verdade material, o segundo modelo, anglo-americano, acabou por se fundar no princípio dispositivo.²⁹

A partir desses pressupostos, é possível concluir que, não obstante a doutrina divirja sobre os conceitos e características dos modelos processuais penais vigentes, há uma estabilização da ideia de que as democracias modernas são regidas pelas premissas do modelo acusatório, seja ele puro (adversarial) ou híbrido, tendo como traço particular a separação das entidades de acusação e julgamento, com um abandono ou um enfraquecimento dos princípios e das bases atinentes ao modelo inquisitório.

3 · PRINCÍPIO DA ACUSAÇÃO

Como corolário da adoção de um sistema processual penal acusatório, pode-se identificar a existência do princípio da acusação, cuja premissa estabelece que o julgador não pode acumular suas funções com as funções de acusação e investigação, devendo julgar o processo dentro dos limites estabelecidos por uma acusação formulada por órgão diverso a fim de garantir a igualdade entre as partes e preservar a sua imparcialidade.³⁰

acaba por retomar as origens inquisitoriais (ANTUNES, M. J. *Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-1989). Em sentido oposto, para quem, hoje, “todos os sistemas processuais penais conhecidos mundo afora são mistos”, não havendo mais sistemas puros, cita-se Jacinto Coutinho. Para o autor, “desde uma visão mais adequada, os sistemas são mistos não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas, fundamentalmente, porque em sendo sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou, em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano” (COUTINHO, 2009, p. 103 e 109).

²⁸ MENDES, 2013, p. 32.

²⁹ MENDES, 2013, p. 216. A distinção entre ambos os princípios e as consequências de suas escolhas são exploradas pelo autor dentro do ônus de produção, persuasão e tático dos sujeitos processuais, para os quais se recomenda a oportuna leitura. No tópico 4, o princípio dispositivo será mais bem analisado.

³⁰ ANTUNES, 2021, p. 83; DIAS, 1974, p. 136-137; MENDES, 2013, p. 203-204.

Destarte, são reflexos desse princípio duas importantes balizas: o tribunal a quem cabe o julgamento não pode começar uma investigação, e a acusação realizada, por órgão diverso, fixa os limites das atividades de investigação, conhecimento e decisão do tribunal, ou seja, define o objeto do processo.³¹

A adoção do princípio da acusação pelo direito português decorre, por força expressa, da Constituição da República Portuguesa, que, em seu artigo 32º, n. 5, estatui que “o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”. Nesse sentido, como indicam Canotilho e Vital Moreira,³² o princípio acusatório “é um dos princípios estruturantes da constituição processual penal”, contendo um duplo conteúdo normativo, de separação obrigatória entre as entidades acusadora e julgadora, e condicionando e limitando o julgamento aos termos da acusação.

Diferentemente da Constituição portuguesa, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, não faz expressa referência ao princípio acusatório,³³ sendo este, todavia, considerado como implícito no texto constitucional.³⁴ O CPPB, entretanto, em seu art. 3º-A, introduzido pela reforma parcial de 2019 (Lei n. 13.964/2019), passou a estabelecer que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”³⁵.

³¹ DIAS, 1974, p. 144-145; SILVA, 2017, p. 89 e 369; ANTUNES, 2021, p. 85.

³² CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. v. I. p. 522.

³³ OLIVEIRA, M. V. A. de. Investigação criminal, sistema acusatório e Ministério Público: similitudes e diferenças entre os códigos de processo penal português e brasileiro. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, Fortaleza, v. 9, n. 1, p. 131-166, jan./jun. 2017. p. 137.

³⁴ Cita-se, por exemplo, a observação de Gomes Filho de que os princípios e garantias da Constituição, “no seu conjunto e na sua essência, consagram as linhas fundamentais de um modelo acusatório, bastando lembrar a exclusividade do Ministério Público para propositura da ação penal pública (art. 129, I), o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), a previsão da advocacia e da defensoria pública como funções essenciais à função jurisdicional (art. 133 e 134) etc.” (GOMES FILHO, A. M. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 35-45, jul./set. 2009).

³⁵ Esse dispositivo, todavia, está com sua eficácia suspensa por força de medida cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300, em 22 de janeiro de 2020, conforme decisão do ministro Luiz Fux.

A atuação do princípio da acusação pelos sistemas processuais penais português e brasileiro acaba por ser mitigada por um princípio de investigação, cujos conceito e enfoque precisam ser bem delimitados a fim de verificar sua compatibilidade com as matrizes constitucionais de ambos os países.

4 · PRINCÍPIO DA INVESTIGAÇÃO

O princípio da investigação, em Portugal, tem sua base firmada no artigo 340º, n. 1, do CPPP, que estabelece: “O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa”.³⁶ No Brasil, o CPPB estabelece em seu art. 156:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A análise dos regramentos estabelecidos nas legislações processuais portuguesa e brasileira permite a identificação de dimensões distintas ao princípio da investigação.

Em Portugal, Figueiredo Dias define o princípio da investigação como

o poder-dever que ao tribunal incumbe de esclarecer e instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa, o facto sujeito a julgamento, criando aquele mesmo as bases necessárias à sua decisão.³⁷

Por este princípio, o juiz não está limitado a julgar a partir da prova dos fatos produzida pelas partes/sujeitos processuais; pelo contrário, possui um poder-dever de investigar os fatos por conta própria em busca da verdade material. Esse poder-dever, porém, não é amplo e irrestrito, estando sua atuação limitada ao objeto da prova delimitado pela acusação.³⁸

³⁶ ANTUNES, 2021, p. 185.

³⁷ DIAS, 1974, p. 148. O conceito é também utilizado por Germano Marques da Silva (2017, p. 91).

³⁸ ANTUNES, 1988-1989, p. 102-104; SILVA, 2017, p. 99.

O princípio da investigação se opõe ao princípio dispositivo e ao princípio de contradição, discussão ou da verdade formal, que partem da premissa de que as partes dispõem do processo, deliberando livremente sobre o seu objeto, conduzindo com exclusividade a produção probatória, estando obrigadas ao dever constante de contradizer ou impugnar os fundamentos da parte adversa, sob pena, inclusive, de concordância tácita.³⁹

Em sentido imediatamente diverso, o princípio da investigação traz ao juiz a obrigação do esclarecimento material do fato, afastando o ônus da impugnação específica dos fatos e fundamentos da parte adversa, estando o tribunal em perseguição não da verdade formal, mas da verdade material.⁴⁰

No Brasil, por sua vez, a legislação processual penal (art. 156, *caput*, primeira parte) prevê, especificamente, o ônus da prova às partes, a fim de comprovarem suas alegações (característica típica, como visto, do sistema adversarial ou acusatório puro). Contudo, a mesma legislação confere a faculdade da produção de prova de ofício ao juiz (art. 156, *caput*, parte final), voltada a garantir a produção antecipada de provas e evitar a sua perda (inciso I), ou mesmo durante a instrução ou antes da sentença, para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes (inciso II).

Não sevê, assim, a dimensão ampla, tal qual a portuguesa, para o princípio da investigação (que decorre do dever de o tribunal investigar oficialmente o fato), senão uma espécie mitigada de sua essência (traduzida nessa faculdade de dirimir dúvidas relevantes), mas suficiente para permitir a produção de prova *ex officio* pelo juiz.

Essa atuação do juiz é vista por Nucci como decorrência do princípio da verdade material, que deve nortear o magistrado no dever de colher os elementos razoáveis e pertinentes para a apuração do fato criminoso (objeto do processo), com a preocupação exclusiva de obter a verdade.⁴¹

³⁹ DIAS, 1974, p. 188-190; MENDES, 2013, p. 216-218; ANTUNES, 1988-1989, p. 126-127.

⁴⁰ DIAS, 1974, p. 191-195; ANTUNES, 1988-1989, p. 129-131.

⁴¹ NUCCI, G. S. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 346. O autor traz um exemplo quanto à importância da verdade real ao processo penal e à necessidade de o juiz investigar os fatos a partir da hipótese de o réu (arguido), no interrogatório, alegar que tinha viajado para outro país no dia dos fatos, e a defesa não ter promovido a juntada de qualquer prova nesse sentido (o ônus da prova, como estatui o art. 156 do CPPB, cabe a quem alega). Poderá o juiz expedir ofício à empresa aérea requerendo tal comprovação a fim de dirimir a dúvida relevante, podendo a prova citada interessar e reforçar a tese da defesa, caso haja comprovação da viagem, ou, em sentido diverso, reforçar a acusação, na hipótese da sua não confirmação.

4.1 · PRINCÍPIO DA INVESTIGAÇÃO E (PERDA DA) IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

A garantia da imparcialidade judicial é, sem dúvida, importante elemento de defesa do cidadão contra o arbítrio estatal, sendo pressuposto de um julgamento justo a confiança do cidadão na justiça, e do arguido, especificamente, em quem o julga. Em razão disso, a imparcialidade do juiz integra o rol de garantias da Constituição processual penal como postulado universal da realização da justiça, por força dos preceitos que determinam a presunção de inocência e o devido processo legal (artigos 27º, n. 2, e 32º, n. 1 e 2, da CRP e art. 5º, LIV e LVII, da CRFB), estando alcançada à proteção multínível por força do artigo 8º, n. 1, da Convenção Americana dos Direitos Humanos e artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.⁴²

Ao estabelecer seus standards de avaliação dessa importante garantia do cidadão e do próprio sistema de justiça, o Plenário do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos assentou que os juízes devem não apenas exercer suas funções com a necessária imparcialidade, mas também garantir que essa atuação isenta seja perceptível ao cidadão (imparcialidade objetiva). Trata-se, assim, da consolidação da ideia de que o juiz deve ser e parecer ser imparcial.⁴³

Com base nessa questão, o princípio da investigação tem sido alvo de críticas por muitos autores que nele vislumbram uma violação à estrutura acusatória do processo, ao permitir ao magistrado a produção de provas, colocando sob risco a igualdade das partes e a própria imparcialidade do julgador.⁴⁴

Cabiale,⁴⁵ crítico dessa atuação ativa do juiz na Espanha, opõe-se à existência de um sistema processual penal misto, entre o acusatório e o

⁴² SZESZ, A. Sobre os critérios jurisprudenciais de identificação da perda de imparcialidade de um magistrado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 140, p. 195-223, fev. 2018; ARAÚJO, D. F. O. O olhar cruzado entre a busca pela verdade e a imparcialidade do juiz no cenário luso-brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 140, p. 247-296, fev. 2018. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 10º) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 14, n. 1) podem, ainda, ser acrescidos ao âmbito de proteção multínivel.

⁴³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Resolution on Judicial Ethics*. Adopted by the Plenary Court on 21 June 2021. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Resolution_Judicial_Ethics_ENG.pdf. Acesso em: 8 maio 2022.

⁴⁴ SILVA, 2017, p. 91.

⁴⁵ CABIALE, 1996, p. 324-332.

inquisitório, entendendo ser incompatível a prática de atos de investigação pelo juiz com a presunção de inocência, como garantia constitucional.

No Brasil, Coutinho afasta por completo a possibilidade de o juiz produzir provas dentro do processo penal, atribuindo tal característica a um sistema de matriz predominantemente inquisitória e, assim, incompatível com as ordens constitucionais democráticas. O autor define, ainda, que a gestão da prova é que define o princípio unificador do sistema adotado como referência, atribuindo à matriz do sistema inquisitório qualquer possibilidade de produção de provas pelo juiz,⁴⁶ pensamento que é compartilhado por Lopes Jr., para quem

[...] o processo penal acusatório caracteriza-se, portanto, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo (por isso de nada serve a separação inicial das funções se depois permite-se que o juiz atue de ofício na gestão da prova, determine a prisão de ofício etc.) para garantia da imparcialidade (juiz que vai atrás da prova está contaminado, prejuízo que decorre dos pré-juízos, como veremos no próximo capítulo) e efetivação do contraditório.⁴⁷

Ambos os autores fundam sua crítica tomando por referencial a teoria da gestão da prova, de origem italiana, para a qual o ponto de distinção entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo está centrado na possibilidade de produção da prova pelo juiz. No entanto, esta interpretação é refutada por Andrade,⁴⁸ para quem o enfoque deve ser diverso, con-

⁴⁶ Ressalta o autor: “Ora, faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (eis por que todos os sistemas são mistos) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos sistemas puros. Daí que a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado” (COUTINHO, 2009, p. 109).

⁴⁷ LOPES JR., A. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 49. Destaca-se que tal autor funda sua crítica com amparo no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que teria consagrado “o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador” nos casos *Piersack*, de 1º.10.1982, e *De Cubber*, de 26.10.1984 (obra citada, p. 100), casos que serão objeto de análise posteriormente neste ensaio.

⁴⁸ O autor critica incisivamente essa interpretação: “Essa teoria nasceu na Itália, mas foi completamente rechaçada quando da confecção de seu atual Código de Processo Penal. Mais que isso, quem a defende no Brasil invoca a lição de Franco Cordero, autor italiano que, por incrível que possa parecer, manifesta-se em sentido diametralmente oposto ao que a ele é atribuído nos escritos publicados em nosso país. Em suma, a teoria da gestão da prova nada mais é do que a importação de

centrado não em afastá-la, mas sim em verificar os limites que se devem impor ao magistrado para o exercício desse mister.⁴⁹

A essa posição aderem Pacelli e Fischer, tanto na crítica à teoria da gestão da prova quanto na ressalva à necessidade da imposição de limites para a atividade investigatória do juiz na fase processual, acrescendo, no que concerne a esta última, a preocupação de que se possa configurar uma atuação substitutiva do juiz às funções do Ministério Público.⁵⁰

Assim, no Brasil, não obstante a parcela crítica já citada, a doutrina majoritária entende que o sistema acusatório não retira do juiz a possibilidade de exercer o poder investigativo em busca da verdade, nem gera perda da sua imparcialidade.⁵¹

Em Portugal, Mendes⁵² afasta a crítica da incompatibilidade do princípio da investigação com o sistema acusatório a partir da premissa de que a produção de provas pelo magistrado está delimitada pelo objeto do processo, ou seja, pelos fatos já constantes da acusação. Figueiredo Dias,⁵³ por sua vez, defende a incidência subsidiária do princípio da investigação, sem a necessidade de se ceder ao modelo de processo adversarial, que aponta ser condutor de um resultado de justiça desigual.

Dentro desse cenário, verifica-se que as legislações processuais penais do Brasil e de Portugal permitem a prática de atos de investigação pelo juiz no processo criminal. Tais normas, porém, precisam ser confrontadas com a base da Constituição, em especial com a matriz do princípio acusatório, que, como demonstrado, possui fundamento constitucional, para fins de verificar sua compatibilidade e, por consequência, aplicabilidade.

uma proposta superada em seu país de origem, e que no Brasil foi requerida com a invocação das palavras de um autor estrangeiro que simplesmente não defende as ideias que a ele são atribuídas" (ANDRADE, 2009a, p. 178).

⁴⁹ ANDRADE, M. F. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 1. ed. (2008), reimpr. Curitiba: Juruá, 2009b. p. 214. Em igual sentido, Vicente Greco Filho entende que o sistema acusatório "não retira do juiz os poderes inquisitivos referentes à prova e perquirição da verdade" (2015, p. 164).

⁵⁰ OLIVEIRA, E. P. de; FISCHER, D. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 309-310.

⁵¹ GRECO FILHO, 2015, p. 164.

⁵² MENDES, 2013, p. 204.

⁵³ DIAS, J. F. Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1988 do Código de Processo Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 8, p. 199-213, abr./jun. 1998. p. 203.

5 · A BASE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL: PODE O JUIZ PRODUZIR PROVAS?

O direito processual penal encontra na Constituição seu alicerce, sua base fundamental, notadamente a partir da garantia ao devido processo legal,⁵⁴ já predefinida pelo artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem,⁵⁵ internalizada nos artigos 20º, n. 4, da CRP⁵⁶ e 5º, LIV, da CRFB.

É possível aferir que o direito processual penal guarda estrita relação de dependência com as orientações políticas determinadas na Constituição, notadamente quanto aos seus fundamentos de sustentação e à conformação da sua interpretação, estando nele confrontadas as funções protetoras do Estado de Direito aos direitos humanos fundamentais do indivíduo investigado e aos direitos fundamentais do povo integrante da sociedade,⁵⁷ sendo decorrência do Estado de Direito que o processo penal seja capaz de perseguir e punir os criminosos, protegendo as instituições e garantindo efetividade à justiça penal.⁵⁸

Em Portugal, o Tribunal Constitucional reconheceu a compatibilidade do princípio da investigação e da verdade material com o sistema acusatório delimitado em sua Constituição (artigo 32º, n. 5), consoante se verifica nos Acórdãos n. 394/1989 e n. 137/2002,⁵⁹ merecendo que se destaque, quanto a este último, relevante trecho da fundamentação do relator:

⁵⁴ GRECO FILHO, 2015, p. 120-123.

⁵⁵ “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

⁵⁶ Nos dizeres de Canotilho, a partir da interpretação do conceito do *due process of law* trazido pelas V e XIV emendas da Constituição dos Estados Unidos da América, e a equivalência com a garantia de um processo justo trazida no artigo 20º, n. 4, da CRP, o “processo devido em direito significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade” (CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 22. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 492-493).

⁵⁷ Maria João Antunes, ao conceituar tal limitação, rememora a célebre expressão trazida por Roxin e Schüneman (*in Strafverfahrenstecht*, p. 9) de que “o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição de um Estado” (2021, p. 21).

⁵⁸ ANTUNES, 1988-1989, p. 50.

⁵⁹ ANTUNES, 2021, p. 27.

Ora, não há dúvida de que o princípio da investigação ou da verdade material, sem prejuízo da estrutura acusatória do processo penal português, tem valor constitucional. Quer os fins do direito penal quer os do processo penal, que são instrumentais daqueles, implicam que as sanções penais, as penas e as medidas de segurança apenas sejam aplicadas aos verdadeiros agentes de crimes, pelo que a prossecução desses fins, isto é, a realização do direito penal e a própria existência do processo penal, só são constitucionalmente legítimas se aquele princípio for respeitado. Desde logo o princípio da culpa, que deriva da própria dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da Constituição) e é implicado ou pressuposto por outros princípios constitucionais (com o do Estado de direito democrático - artigo 2.º -, o direito à integridade moral - artigo 25.º, n.º 1 - ou o direito à liberdade - artigo 27.º), tem uma base ontológica: só quem verdadeiramente é culpado pode ser punido, e nunca para lá da medida da sua verdadeira culpa. Também o princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança (artigo 18.º, n.º 2) implica que só são necessárias tais sanções quando aplicadas aos verdadeiros agentes de crimes, sendo contraproducentes se aplicadas a outras pessoas, por poderem motivar então à revolta, ao desespero, à vingança ou ao desprezo do direito e não contribuírem para a interiorização dos valores jurídicos, que é o principal esteio da prevenção geral positiva (e igualmente da prevenção especial). Por outro lado, o princípio da jurisdicionalidade da aplicação do direito penal (artigos 27.º, n.º 2, e 32.º, n.º 4) justifica-se certamente de um modo essencial pelo fim da descoberta da verdade material, sem prejuízo de visar igualmente o respeito das garantias de defesa (artigo 32.º). Finalmente, quando o artigo 202.º, n.º 1, atribui aos tribunais competência para administrar a justiça, esta referência em matéria penal tem de entender-se como significando a justiça material baseada na verdade dos factos, que é indisponível, não se admitindo a condenação do arguido perante provas que possam conduzir à sua inocência. [...]

O Código de Processo Penal harmoniza, assim, o princípio da investigação ou da verdade material, o princípio do contraditório e as garantias de defesa, de tal forma que nem o primeiro princípio nem as garantias sofrem restrição durante a audiência, mas o segundo princípio não deixa de ser aplicado a qualquer prova que o juiz considere necessária para boa decisão de causa, apesar da posição de relativa desvantagem da acusação, que dessa prova tem posterior conhecimento. A recusa desta forma de harmonização não é censurável por este Tribunal do ponto de vista da coerência com o sistema de Código de Processo Penal, mas já o é no caso sub judice por tal harmonização ser aqui conforme à Constituição. (Acórdão n.º 137, 2002).

Dessa decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, pode-se verificar uma amplitude significativa da dimensão dada ao princípio da

investigação. Ressalta-se, porém, que o caso versava sobre um recurso formulado pelo Ministério Público contra a juntada de documento pelo arguido durante a audiência de julgamento, o que dificultaria sua análise da prova, sendo a matéria apreciada à luz das normas constitucionais do contraditório e da paridade de armas (e, por consequência, não especificamente quanto à previsão constitucional do sistema acusatório).

Assim, o acórdão de n. 137/2002, não obstante reconheça a compatibilidade constitucional do princípio da investigação, não disciplina balizas claras quanto a sua abrangência, especialmente se reconhecido o caráter genérico do poder de investigação conferido pelo artigo 340, n. 1, do CPPP – com a ressalva permanente de que, em Portugal, a atividade probatória do juiz fica limitada ao objeto do processo, os fatos delimitados na acusação.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de se manifestar sobre o tema algumas vezes. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.570, que tratava da compatibilidade constitucional da Lei n. 9.034/1995, na parte em que determinava ao juiz a busca e apreensão de documentos relacionados à quebra de sigilo, de forma pessoal, a Corte Constitucional decidiu pela inconstitucionalidade parcial da norma, na premissa de que as funções de investigação, na fase pré-processual, eram inerentes ao Ministério Público e às polícias, e não à atividade judicial, sob pena de comprometimento do princípio da imparcialidade e de violação ao devido processo legal (ADI n. 1.570, 2004).⁶⁰

Na fase judicial, a exemplo do Tribunal Constitucional de Portugal, a Corte tem posição firme quanto à compatibilidade entre a atividade de instrução do juiz e a Constituição, destacando-se de caso recente:

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.570. Relator: Min. Maurício Corrêa, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546>. Acesso em: 28 nov. 2021. Merece destaque a menção do ministro Sepúlveda Pertence nos debates orais, em que ressalta a evolução histórica da investigação pela magistratura judicial: “Digo apenas que, ao me referir à evolução histórica, não no sentido de aumentar os poderes instrutórios do juiz, mas, ao contrário, de diminuí-los, a meu ver, de modo absoluto, na fase investigatória, na fase pré-processual, não pretendi ilidir, no processo *stricto sensu*, eventuais iniciativas do juiz na instrução. Não estamos perante um juiz absolutamente neutro, pelo menos, na nossa versão de processo acusatório, que não é a do puro processo acusatório anglo-saxão, em que se tem, idealmente, o juiz totalmente passivo. De forma que não se afasta a constitucionalidade de iniciativas do juiz de aprofundamento ou complementação da prova no curso do processo, como foram os exemplos aqui citados da inspeção pessoal de pessoas ou coisas” (p. 75-76).

AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO E CORRUPÇÃO ATIVA. DETERMINAÇÃO DE DILIGÊNCIA, DE OFÍCIO, PELO JUÍZO PROCESSANTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. ANÁLISE DE QUESTÕES FÁTICAS SUSCITADAS PELA DEFESA DO AGRAVANTE. INADEQUAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...].

De fato, o legislador previu hipóteses de atuação, de ofício, pelo Juiz, em decorrência dos princípios da busca da verdade real e do impulso oficial, não havendo que se falar em violação do sistema acusatório.

Na hipótese, verifico que o Juízo, após a apresentação das alegações finais, converteu o julgamento em diligência, para determinar a apresentação de informações por instituições financeiras, atuando, portanto, conforme autorizado pela legislação processual vigente.

Não vislumbro a alegada violação aos princípios constitucionais da imparcialidade e do devido processo legal. Isso, porque o art. 156, II, do Código de Processo Penal confere ao magistrado a faculdade de determinar, de ofício, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.⁶¹

Em idêntico sentido, o Tribunal Constitucional Espanhol já apreciou a constitucionalidade do princípio da investigação (STC, 84/1985, 240/1988 e 53/1989, entre outras), tendo por comum considerar essa incursão probatória compatível com o sistema acusatório, desde que exercida pelo juiz apenas de forma excepcional.⁶²

Para que se possa aferir a compatibilidade entre o exercício da produção de provas pelo juiz e a garantia de imparcialidade do julgador, para além das Cortes Constitucionais, é paradigmático que se analisem, também, algumas das situações já apuradas no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

No Brasil, parte da crítica à possibilidade de o juiz produzir provas de ofício no sistema acusatório origina-se na interpretação equivocada dada aos casos *Piersack v. Bélgica*, de outubro de 1982, e *De Cubber v. Bélgica*, de outubro de 1984, porquanto as premissas fixadas a partir desses casos divergem na extensão que se pretende dar para ambas as decisões do TEDH.⁶³

⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Ag.Rg. no RO em HC n. 190.454*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 5 de outubro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754084634>. Acesso em: 1º dez. 2021.

⁶² CABIALE, 1996, p. 435-436.

⁶³ ANDRADE, 2009a, p. 180-181.

O caso *Piersack v. Bélgica* abordava a circunstância de um dos juízes do Tribunal de Apelação ter integrado, anteriormente, o Ministério Público, com potencial, ao menos aparente, de atuação em tal qualidade no caso que teria posteriormente julgado. Ou seja, o enfoque da análise se deu sobre a doutrina da aparência quanto ao dever de imparcialidade do julgador que, para a percepção geral, poderia ter atuado no caso concreto como membro do Ministério Público.⁶⁴ Não se estava diante, portanto, de qualquer questionamento quanto à atividade investigativa do juiz, senão da atuação de um juiz que poderia ter conhecido do caso, anteriormente, como membro do Ministério Público.

Semelhante era a base do caso *De Cubber v. Bélgica*. A questão central era a possibilidade de afronta à imparcialidade objetiva do juiz de instrução que passava a integrar o tribunal como juiz de julgamento. O caso teve por parâmetro quatro premissas relevantes: 1) o juiz de instrução exercia funções similares às do Ministério Público; 2) a amplitude dos poderes do juiz da instrução; 3) o juízo de instrução belga é secreto, sem presença das partes; 4) o juiz tinha o conhecimento detalhado do processo antes do julgamento, pelo que poderia, novamente dentro da doutrina da aparência, aos olhos do réu/arguido, desempenhar uma posição decisiva no julgamento, até mesmo decidindo sobre medidas adotadas pelo juiz de instrução (envolvido no próprio processo de revisão).⁶⁵

Se tais decisões pouco influem no objeto que aqui se discute, pode-se verificar que existem algumas balizas já fixadas pelo Tribunal Europeu quanto ao dever de imparcialidade do julgador com relação à prática de atos de investigação.

Destacam-se entre essas decisões: 1) o reconhecimento da Corte quanto à possibilidade de o juiz inquirir testemunhas para julgamento futuro (ou seja, produção antecipada de provas, tal qual estabelecido no art. 156, I, do CPPB), desde que não faça valoração da prova (*Bulut v. Áustria*, §§ 33 e 34); 2) o estabelecimento da premissa de que a participação do juiz do julgamento em atividades de investigação, para caracterizar violação ao dever de imparcialidade, dependerá da análise das circunstâncias individuais do caso, em especial da forma como atuou o juiz da investigação (*Borg v. Malta*, § 89); 3) não ocorre falta de imparcialidade judicial pelo fato de o

⁶⁴ CABIALE, 1996, p. 553-554.

⁶⁵ CABIALE, 1996, p. 556.

juiz de julgamento ter proferido decisões formais ou processuais em outras etapas do processo (Gómes de Liaño e Botella *v.* Espanha, §§ 67 a 72).⁶⁶

Este é o ponto de partida do que se pretende agora verificar: as balizas à atividade probatória do juiz.

6 · BALIZAS À ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ/TRIBUNAL

Até aqui foi possível aferir as bases do sistema acusatório, a compatibilidade entre o princípio acusatório e o princípio da investigação e, por consequência, a possibilidade de o juiz produzir provas no âmbito do processo penal em busca da verdade real. Há, porém, uma reflexão adicional que precisa ser analisada e que se refere à existência de balizas que contornam o exercício do poder de investigação pelo juiz/tribunal.

Não se está a referir, aqui, às vedações de produção de prova em geral, aplicáveis a todos os agentes do processo, tais quais identificadas nas cartas constitucionais e na legislação processual penal correlata (princípios de admissão da prova, a exemplo da vedação às provas ilícitas, etc.), que limitam a busca da verdade pelo Estado.⁶⁷ Também não se objetiva discutir o alcance (objeto) dessa produção probatória, visto que ressoa evidente que essa somente pode ter por enfoque os fatos constantes na acusação formulada pelo Ministério Público, que delimita o objeto do processo.

O que se objetiva analisar, em decorrência das preocupações trazidas nos itens anteriores, em especial das críticas formuladas quanto à aplicação do princípio da investigação, é se a atividade probatória do juiz pode ser limitada por duas premissas de matriz constitucional: o sistema acusatório e a garantia de imparcialidade do juiz.

⁶⁶ SANTOS, A. T. dos. A imparcialidade do juiz do julgamento. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Edições Almedina, Coimbra, p. 81-127, 2021. p. 102-103.

⁶⁷ Peter Häberle, ao definir como um dos fins do Estado constitucional a busca da verdade, bem sintetiza os limites de sua investigação pelo Estado: "Evidentemente existem limites na investigação - estatal - da verdade: em geral, tais limites são conhecidos na forma da proibição da tortura, uma proibição que resulta diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana – e que certamente é, ao mesmo tempo, uma garantia da investigação da verdade. O mesmo também vale para a proibição (alemã) do detetor de mentiras: ela protege a esfera emocional privada perante a investigação estatal da verdade. O direito fundamental à autodeterminação sobre a informação também representa (mesmo que controverso em vários aspectos) um limite para a investigação da verdade" (HÄBERLE, P. *Os problemas da verdade no estado constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008. p. 112).

De fato, a conclusão de Andrade em relação ao projeto de novo Código de Processo Penal brasileiro parece oportuna e aponta nessa direção:

A verdadeira discussão em torno da produção probatória *ex officio judicis* deve ser travada não no campo do pode, não pode ou a favor de quem pode (como faz o projeto), mas em relação aos limites para que esses poderes sejam validamente exercidos pelo magistrado. Dito de outro modo, toda essa celeuma deve ficar em segundo plano para que centremos nossas forças na busca de uma definição sobre: a) até onde pode ir o juiz em sua atuação *ex officio* na fase probatória; b) qual material probatório ele pode, ou não, trazer aos autos sem provocação prévia; e c) de que maneira se fará o controle dessa atividade *ex officio*. Há necessidade de fixação desses limites na lei, ou devemos analisar cada caso em concreto, tal como ocorre de modo desorganizado no direito comparado, quando da identificação do que os espanhóis chamam de *actividad inquisitiva encubierta*?⁶⁸

Nesse desiderato, o limite fundamental ao exercício da atividade de investigação pelo Poder Judicial é o objeto do processo, devidamente delimitado, num sistema de estrutura acusatória, por órgão diverso do órgão de julgamento, no caso o Ministério Público, como representante pleno do Estado no exercício da persecução penal, seja no ordenamento jurídico brasileiro ou no ordenamento jurídico português.

A vinculação temática é a mais plena garantia da defesa no processo de estrutura acusatória e protege o acusado/arguido quanto à impossibilidade do transpasse dessa barreira pelo exercício dos poderes de investigação do tribunal, de forma a evitar a descaracterização do objeto que, como ressalta Figueiredo Dias, fixa e delimita os seus poderes de cognição.⁶⁹

Essa definição do objeto do processo, pois, é importante elemento garantidor do direito processual penal, na medida em que delineia o sentido e o limite do princípio da investigação aos fatos que o integram, estando tal dever de investigar “objetualmente delimitado” pela facticidade acusada (vertente objetiva) e às pessoas apontadas como responsáveis por esses fatos (vertente subjetiva).⁷⁰

Dessa forma, parece ser possível definir, num primeiro momento, que, dentro do princípio acusatório, de matriz constitucional, a produção de

⁶⁸ ANDRADE, 2009a, p. 179.

⁶⁹ ISASCA, F. Sobre a alteração da qualificação jurídica em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 4, n. 3, p. 369-401, jul./set. 1994. p. 375; DIAS, 1974, p. 144-145; DIAS, 2020, p. 589.

⁷⁰ DIAS; SOUSA, 2021, p. 178.

provas pelo juiz é delimitada pelo objeto do processo. Mas essa produção probatória, dentro de tal limite, não é plena e irrestrita, sendo possível extraírem-se balizas que parametrizam o exercício do poder de investigação, a fim de preservar, de forma efetiva, a imparcialidade do julgador.

Carvalho, após discorrer sobre as posições divergentes da doutrina brasileira, concluiu que os poderes instrutórios do juiz devem ser ilimitados na profundidade e limitados na extensão, ou seja, trazida a prova pelas partes, o juiz poderia explorar todos os seus atributos, sem poder determinar a produção de prova que por elas não tenha sido requerida.⁷¹

Esse critério não resolve integralmente o problema objeto deste estudo, porquanto nada impede que o juiz possa agir de forma parcial na exploração de determinado meio de prova produzido pelas partes, e conduz a um resultado de afastamento completo da atividade probatória do juiz, impedindo que este busque a verdade real de forma neutra e imparcial, por exemplo, na oitiva, de ofício, das testemunhas referidas, caso seu depoimento não seja requerido pelas partes.

Assim, se o sistema acusatório permite que o juiz possa exercer diligências probatórias, de ofício, na busca da verdade material, essa atividade deve estar limitada, inicialmente, pela própria concepção desse princípio acusatório, que age, assim, não apenas como fundamento da atividade de investigação, mas também como seu limite, em sua diretriz impositiva de que o juiz não pode ser confundido com o acusador ou com qualquer das partes.

Ora, admitir que o juiz possa, irrestritamente, produzir toda e qualquer prova no âmbito da instrução criminal, transformá-lo-ia em um juiz-acusador, juiz-defensor ou na nefasta figura de um juiz-inquisidor, relegando os demais sujeitos processuais a meros figurantes do processo, visto que assumiria o protagonismo da sua condução e da investigação do fato, ainda que este tenha sido delimitado em seu objeto pela acusação.

⁷¹ CARVALHO, L. G. G. C. de. *Processo penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 532-550. Na mesma direção aponta Badaró ao definir que a produção de provas pelo juiz somente seria possível após a delimitação do objeto (acusação formal) e no exercício de uma atividade de instrução, ou seja, voltada à exploração ou na produção de um meio de prova a partir de uma fonte de prova que lhe foi noticiada nos autos, sendo-lhe, porém, vedada a busca de fontes de prova, atividade típica de investigação, o que prejudicaria sua imparcialidade (BADARÓ, G. H. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 1. ed. em E-book baseada na 1. ed. impressa. item 1.3.1).

Para Palma,⁷² a existência de uma estrutura global de modelo acusatório implica, para o princípio da investigação, uma intervenção subsidiária, de contenção perante as garantias previstas ao direito de defesa, não podendo transfigurar a posição passiva do Tribunal numa posição ativa, nem violar o núcleo essencial de paridade de armas entre acusação e defesa.

Nesse sentido, a exemplo do anteriormente retratado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, torna-se imperioso que a produção de provas pelo juiz ocorra dentro de um limite de autocontenção; em outras palavras, que seja exercida de forma restritiva e subsidiária, preservando-se a atuação prioritária das partes, como emanação do próprio princípio acusatório.

Quer parecer que tal conclusão se aproxima daquela dada por Figueiredo Dias,⁷³ da subsidiariedade do princípio da investigação em relação ao princípio acusatório e, por conseguinte, da produção de provas pelo juiz quanto à produção de provas pelas partes, ou, mesmo, da advertência feita por Pinto de Albuquerque,⁷⁴ para quem a atuação de ofício do tribunal, em atenção à estrutura acusatória, deve se dar de forma residual e submeter-se ao princípio do contraditório.

Igualmente aponta Lima⁷⁵ ao indicar, para além da disciplina base traduzida no art. 156 do CPPB, que o magistrado deve agir de modo subsidiário, não desencadeante da descoberta da prova, sem se substituir à atuação das partes e com respeito às garantias de motivação das decisões judiciais e do contraditório, de forma a preservar sua imparcialidade, sob pena de violação, inclusive, da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8º, n. 1), aprovada no Brasil pelo Decreto n. 678/1992.⁷⁶

Na mesma direção aponta Gomes Filho,⁷⁷ para quem a melhor solução não seria suprimir o poder de investigação do juiz, mas delimitar esse poder,

⁷² PALMA, M. F. A constitucionalidade do art. 342 do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido). *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 15, n. 60, p. 101-110, out./dez. 1994. p. 104-105.

⁷³ DIAS, 1998, p. 212.

⁷⁴ ALBUQUERQUE, P. P. de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2008. p. 852, nota 6.

⁷⁵ LIMA, R. B. de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 578-579.

⁷⁶ Nessa linha também se posiciona Greco Filho (2015, p. 582).

⁷⁷ GOMES FILHO, 2009, p. 36-37.

exigindo a motivação da decisão (a apresentação das razões da opção do exercício do poder) – que surge, então, como segunda baliza à produção de provas pelo juiz –, a fim de permitir sua sindicabilidade, impedindo, assim, motivações subjetivas que possam afrontar a imparcialidade do julgador.⁷⁸

A motivação das decisões constitui importante elemento para o conhecimento da construção da racionalidade do juiz, excluindo o caráter subjetivo da decisão,⁷⁹ o que acaba por contribuir para o exercício reflexivo sobre eventual perda da imparcialidade do julgador. É a motivação da decisão que permite, assim, o próprio controle da prestação da jurisdição, a exclusão de juízos subjetivos, a construção da coerência e racionalidade argumentativa do juiz, possibilitando às partes o direito do exercício aos recursos,⁸⁰ sendo esta, nos dizeres de Canotilho e Vital Moreira,⁸¹ “um dever jurídico-constitucional”.

Como destaca Sousa, em referência ao sistema processual penal português,

a Constituição, no seu artigo 205, n. 1, estabelece que as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei. Sobre as decisões em matéria processual penal, dispõe o artigo 97, n. 5, do CPP que os atos decisórios são sempre fundamentados.⁸²

A partir da motivação da decisão, será possível que o próprio juiz demonstre a dúvida que possui e que ela está voltada para a formação da sua convicção em busca da verdade real, sem qualquer juízo ou pré-julgamento do fato que pretende provar, em preservação do sistema acusatório e da manutenção de sua imparcialidade às partes, que devem ser ouvidas sobre a prova e posteriormente a ela (até para eventual produção de contraprova), em respeito à garantia do contraditório – garantia esta que, por sua vez, apresenta-se como terceira baliza a guiar a atividade de produção de prova *ex officio* pelo juiz.

A garantia do contraditório, aponta Isasca, exige que qualquer decisão que possa afetar o universo de direitos pertencentes à esfera jurídica do acusado

⁷⁸ Na mesma direção aponta Badaró, ao indicar que “[é] por meio da motivação que a população em geral poderá controlar a legalidade da decisão, a imparcialidade do juiz, enfim, a justiça do julgamento” (2019, item 1.3.4).

⁷⁹ SILVA, 2017, p. 223.

⁸⁰ CANOTILHO, 2003, p. 667.

⁸¹ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 527.

⁸² SOUSA, S. A. de. Prova indireta e dever acrescido de fundamentação da sentença penal. In: MOUTINHO, J. L. et al. (coords.) *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2020. v. IV. p. 2766.

seja-lhe previamente comunicada, a fim de permitir o exercício de um meio de defesa. Assim, para que uma “decisão se torne legitimamente definitiva tem que respeitar aquele requisito sob pena de se desrespeitar a estrutura acusatória e se obnubilarem os próprios fins do processo penal”⁸³.

Em extenso estudo sobre a atividade instrutória do juiz no âmbito processual civil, Bedaque chega à mesma conclusão aqui apresentada, sustentando a ideia de que a melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz na atuação probatória de ofício é garantir a observância do princípio contraditório e a motivação de suas decisões, na forma dos arts. 5º, LV, e 93, IX, da CRFB. E conclui o autor:

Aliás, neutralidade e imparcialidade são fenômenos distintos, pois nada impede seja o juiz neutro e parcial. Basta que essa neutralidade, essa omissão quanto ao exercício de poderes processuais beneficie a parte que pretenda obter, desse comportamento, vantagens indevidas.⁸⁴

Ante o exposto, pode-se dizer ser possível uma resposta ao problema aqui formulado: o princípio da investigação e, por consequência, a produção *ex officio* de provas pelo juiz no decurso do processo criminal são compatíveis com as ordens constitucionais portuguesa e brasileira. Este poder, no entanto, não é amplo e irrestrito, encontrando seu limite no objeto do processo, e tem sua aplicação balizada pelo princípio acusatório, que pressupõe seja essa atividade exercida em caráter residual e complementar, com observância dos deveres de fundamentação de sua decisão e do contraditório na produção da prova, a fim de preservar a garantia da imparcialidade do julgador.

7 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

As democracias modernas se consolidaram a partir de constituições de conteúdo social, estabelecedoras de limites à intervenção do Estado e de direitos de defesa e de oposição ao cidadão contra eventuais abusos.

Nesse contexto, apenas o modelo acusatório é compatível com as constituições dos Estados Democráticos de Direito, a exemplo do Brasil e de Portugal, tomando por enfoque sua nota diferenciadora, que é a efetiva separação das atividades estatais de acusar e julgar no âmbito do processo criminal.

⁸³ ISASCA, 1994, p. 377.

⁸⁴ BEDAQUE, J. R. S. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. item 3.3.1.

O modelo acusatório, por sua vez, é plenamente compatível com o princípio da investigação, por quanto é finalidade do processo criminal a descoberta da verdade material ou, ao menos, o esforço máximo possível nessa direção.

A possibilidade de produção de provas sem requerimento das partes pelo juiz, todavia, não é ilimitada, estando circunscrita ao objeto do processo, devendo tal atividade ser exercida em complementaridade às partes, sob pena de subverter a lógica do princípio acusatório em princípio inquisitório.

Ademais, a produção da prova pelo juiz deve observância à garantia do contraditório, prévia e posteriormente à prova produzida, e deve estar amparada em decisão motivada, a fim de permitir a sindicabilidade da decisão pelas partes, garantindo, de tal forma, a preservação de sua imparcialidade para o julgamento da causa.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, P. P. de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2008.

ANDRADE, M. F. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009a.

ANDRADE, M. F. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 1. ed. (2008), reimpr. Curitiba: Juruá, 2009b.

ANTUNES, M. J. *Direito processual penal*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2021.

ANTUNES, M. J. *Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-1989.

ARAÚJO, D. F. O. O olhar cruzado entre a busca pela verdade e a imparcialidade do juiz no cenário luso-brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 140, p. 247-296, fev. 2018.

BADARÓ, G. H. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 1. ed. em E-book baseada na 1. ed. impressa.

BEDAQUE, J. R. S. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CABIALE, J. A. D. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 22. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. v. I.

CARVALHO, L. G. G. C. de. *Processo penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, J. F. Um olhar cruzado entre a Constituição e o processo penal. In: *A justiça nos dois lados do Atlântico: teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América* (Comunicações apresentadas em seminário realizado na Fundação Luso-Americanana para o Desenvolvimento). Lisboa: Fundação Luso-Americanana para o Desenvolvimento, 1998. p. 187-197.

COUTINHO, J. N. M. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

DIAS, J. F. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974.

DIAS, J. F. O processo penal português: problemas e prospectivas. In: MONTE, Mário Ferreira et al. (coord.). Separata de: *Que Futuro para o Direito Processual Penal?* Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 805-819.

DIAS, J. F. Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1988 do Código de Processo Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 8, p. 199-213, abr./jun. 1998.

DIAS, J. F. Sobre a natureza e a espécie da “verdade” em processo penal. *Liberdade, sempre!* Cabo Verde: Livraria Pedro Cardoso, p. 579-591, 2020.

DIAS, J. F.; SOUSA, S. A. de. O objecto da audiência no processo penal português. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 150, n. 4.027, p. 176-188, mar./abr. 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Resolution on Judicial Ethics*. Adopted by the Plenary Court on 21 June 2021. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Resolution_Judicial_Ethics_ENG.pdf. Acesso em: 8 maio 2022.

GOMES FILHO, A. M. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 35-45, jul./set. 2009.

- GRECO FILHO, V. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- HÄBERLE, P. *Os problemas da verdade no estado constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.
- ISASCA, F. Sobre a alteração da qualificação jurídica em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 4, n. 3, p. 369-401, jul./set. 1994.
- LIMA, R. B. de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- LOPES JR., A. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- MARQUES, L. A. M. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009.
- MENDES, P. S. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2013.
- NUCCI, G. S. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, E. P. de; FISCHER, D. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, M. V. A. de. Investigação criminal, sistema acusatório e Ministério Público: similitudes e diferenças entre os códigos de processo penal português e brasileiro. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, Fortaleza, v. 9, n. 1, p. 131-166, jan./jun. 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <https://dre.pt/dre/geral/legislacao-relevante/declaracao-universal-direitos-humanos>. Acesso em: 29 nov. 2021.
- PALMA, M. F. A constitucionalidade do art. 342 do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido). *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 15, n. 60, p. 101-110, out./dez. 1994.
- PORUTGAL, T. C. Acórdão n. 137, 26 de setembro de 2002. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao/137-2002-3149397>. Acesso em: 1º dez. 2021.
- SANTOS, A. T. dos. A imparcialidade do juiz do julgamento. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Edições Almedina, Coimbra, p. 81-127, 2021.
- SILVA, G. M. da. *Direito processual penal português*. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2017.
- SOUZA, S. A. de. Neurociências e processo penal: verdades *ex machina*? In: ANTUNES, M. J. et al. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2017. v. II. p. 883-908.

SOUZA, S. A. de. Prova indireta e dever acrescido de fundamentação da sentença penal. In: MOUTINHO, J. L. et al. (coords.) *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2020. v. IV. p. 2753-2775.

SZESZ, A. Sobre os critérios jurisprudenciais de identificação da perda de imparcialidade de um magistrado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 140, p. 195-223, fev. 2018.



CAPÍTULO 5

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ALÉM DA BUSCA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DE UM CRIME – PARA A FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES, JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIADA E A CORRETA DOSIMETRIA DA PENA

Luciano Medeiros Alves da Silva

1 · INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal brasileiro, de 3 de outubro de 1941, elaborado no período do Estado Novo da Era Vargas, com inspiração no regime fascista italiano, normatizou o inquérito policial, modelo de investigação adotado à época com apenas vinte artigos, sem ainda defini-lo. Além do inquérito policial, presidido por delegado de Polícia, o Ministério Público detém atribuição para investigações criminais no ordenamento jurídico brasileiro, através do Procedimento Investigatório Criminal (PIC),¹ assemelhando-se ambos os institutos.

O presente artigo busca demonstrar uma das funções da investigação criminal, qual seja, identificar, além da busca tradicional de evidências acerca da materialidade e autoria de um crime, elementos que permitam aferir as condições pessoais do investigado, imprescindíveis para diversas

¹ Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário n. 593.727. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. Recorrente: Jairo de Souza Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Cezar Peluso. *DJ*, 14 maio 2015; CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução n. 181/2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2022.

decisões a serem tomadas durante o processo penal, culminando na justa dosimetria da pena a ser imposta ao condenado.

Referida função da investigação criminal, apesar de prevista desde a feitura do Código de Processo Penal, costuma ser relegada a segundo plano pelas autoridades e quase sempre negligenciada, olvidando-se da necessidade de subsidiar o Ministério Público e o Poder Judiciário com importantes elementos secundários que permitam cumprir com eficácia a função da pena e do processo penal: a pacificação dos conflitos e a realização da Justiça. Trata-se, portanto, do resgate dessa função, que não pode ser apenas incumbência do órgão acusador e do magistrado.

O artigo menciona alguns obstáculos para a realização dessa função, com a apresentação de possíveis soluções. Não trata, contudo, de esgotar o tema, dadas as dimensões da presente análise, mas de fomentar o interesse dos que atuam na área criminal com a problemática apresentada.

2 · O ART. 6º, INCISO IX, DO CPP COMO FUNÇÃO NECESSÁRIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Ambos os instrumentos de investigação criminal, o inquérito policial e o procedimento investigatório criminal, a cargo respectivamente do delegado de Polícia e do membro do Ministério Público, destinam-se, tradicionalmente, à coleta de evidências que apontem materialidade e autoria de uma infração penal, conforme explicação dada por Costa, Fontes e Hoffmann² sobre a finalidade do inquérito policial:

O inquérito policial, como instrumento de busca imparcial pela verdade, não possui caráter exauriente. Isso significa que, para a investigação policial, basta a reunião de elementos suficientes de materialidade e autoria, de modo a formar a justa causa que permite o oferecimento da ação penal. Não é desiderato do inquérito policial a construção de juízo de certeza (obtido somente ao final do processo penal), sendo bastante o juízo de probabilidade.

Parece-nos, contudo, não ser essa a única finalidade de uma investigação criminal. Em nosso entendimento, também cabe ao presidente da investigação criminal observar o contido no art. 6º, inciso IX, do CPP, ou seja, averiguar a vida pregressa do indiciado,

² HOFFMANN, Henrique; COSTA, Adriano; FONTES, Eduardo. Diligências complementares, orbitárias e de retomada do inquérito policial. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 de out. 2020. Disponível em: www.conjur.com.br/2020-out-28/academia-policia-diligencias-complementares-orbitarias-retomada-inquerito-policia. Acesso em: 28 fev. 2022.

sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Referido inciso IX, aparentemente, encontra-se esquecido por parte dos atores da investigação, por ser um comando destinado a obter elementos acessórios, fora da coleta de evidências acerca da materialidade e da autoria criminosa. Todavia, encontra-se em perfeita simbiose com o estatuto pelo art. 59, *caput*, do CPB, que elenca oito circunstâncias judiciais a serem apreciadas pelo juiz no momento de fixar a pena do condenado: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias do crime, consequências do delito e o comportamento da vítima. Trata-se, dessa forma, de elementos indiciários obtidos que serão indispensáveis para a correta fixação de medidas cautelares e para a dosimetria da pena, em caso de condenação.

Uma explicação para o esquecimento da importância desse inciso talvez resida no prazo para a conclusão de uma investigação criminal, que é curto em nosso sistema processual, considerando-se a complexidade cada vez maior do fenômeno criminoso e de todas as suas nuances: dez dias para investigado que se encontra preso e trinta dias caso esteja solto.³ Deve-se levar em consideração também a pressão exercida na autoridade que preside a investigação por uma solução imediata em crimes de grande repercussão, o que afeta o desempenho intelectual e causa a exaustão da autoridade investigadora. Ainda, ao receber os autos do inquérito policial, com o relatório de indiciamento, o Ministério Público, por força do contido no art. 16 do CPP, somente poderá requerer a devolução do inquérito policial para a promoção de diligências indispensáveis ao oferecimento da denúncia,⁴ o que não abarca necessariamente os elementos previstos no art. 6º, inciso IX, do CPP.

Temos ainda uma outra característica do sistema penal e do processual penal brasileiros, verdadeira práxis do dia a dia forense. Atribui-se ao juiz, e apenas a ele, a incumbência de aplicar a dosimetria da pena, posto ser

³ CPP, art. 10, *caput*. Para os procedimentos investigatórios criminais, o art. 13 da Resolução CNMP n. 181/2017 normatiza o prazo de noventa dias, prorrogáveis por decisão fundamentada.

⁴ Entendemos que o artigo deve ser lido como diligências imprescindíveis ao oferecimento da *opinio delicti*, pois o titular da ação penal deve formar seu convencimento, ou não, sobre a existência de indícios suficientes de materialidade e autoria do crime.

tarefa exclusiva do julgador definir a sanção em concreto aplicável a um condenado.⁵ Dessa forma, o Ministério Público já estaria satisfeito com a formação do título condenatório e, da mesma maneira, o delegado de Polícia, uma vez apontados os indícios de materialidade e autoria de um crime, e então não lhes competiria se imiscuir de forma alguma em elementos estranhos à demonstração de que um crime existiu e de quem o praticou.

A posição, contudo, traz inúmeros problemas, alguns de ordem prática. A análise de uma hipotética pena em concreto na fase de investigação revela uma de suas faces: contribuir para a análise do conceito de gravidade concreta de um delito e da própria periculosidade social do investigado, sua reincidência, contribuindo sobremaneira para a avaliação acerca de quais medidas cautelares devem ser impostas ao investigado e se é necessária a decretação da prisão preventiva.⁶ Dentro dessa análise, deve-se levar em consideração ainda o princípio da proporcionalidade.⁷ Não seria adequado, necessário e proporcional manter alguém

⁵ Com a busca de um sistema acusatório cada vez mais depurado, observa-se que a iniciativa probatória, inclusive acerca da dosimetria da pena, incumbe ao Ministério Público como órgão acusador. Nesse sentido o art. 492, I, b, do CPP, o que faz demover a ideia de que somente o juiz é interessado na aplicação da pena em concreto.

⁶ Conforme entendimento dos tribunais superiores da República, a prisão cautelar pode ser decretada para garantia da ordem pública potencialmente ofendida, especialmente nos casos de: reiteração delitiva, participação em organizações criminosas, gravidade em concreto da conduta, periculosidade social do agente, ou pelas circunstâncias em que praticado o delito (*modus operandi*). Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso em *Habeas Corpus* n. 116.383/MG. Processo penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Organização criminosa voltada para o tráfico de entorpecentes e lavagem de dinheiro. Negativa de autoria. análise fático-probatória. Inadmissibilidade na via eleita. Prisão temporária convertida em preventiva. Revogação. Impossibilidade. Fundamentação idônea. Periculosidade do agente. Garantia da ordem pública. Condições pessoais favoráveis. irrelevância. Medidas cautelares alternativas. Insuficiência. Flagrante ilegalidade não verificada. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido. Recorrente: Jhenyfher Cataryne Silva Ferreira. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. *Revista Eletrônica da Jurisprudência*, 5 set. 2019.

⁷ A doutrina alemã, em que o princípio em comento demonstra maior importância ao ser analisado e desenvolvido, por força da jurisprudência da Corte Constitucional, decompõe o princípio da proporcionalidade em três subprincípios ou máximas parciais, ofertando-lhe um caráter trifásico: a adequação ou pertinência, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). Resta claro que, dessa forma, qualquer limitação legal no âmbito dos direitos fundamentais deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).

encarcerado sem culpa formada, quando, em caso de uma condenação, eventual pena aplicada seria imposta em regime aberto ou semiaberto.⁸

3 · O INTERESSE DE TODOS OS ÓRGÃOS DO PROCESSO PENAL NA CORRETA AFERIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS DOS INVESTIGADOS

O moderno processo penal constitucional se divide em diversos órgãos, todos a zelar pela correta observância das leis, dentro da função que a cada um cabe exercer. Conforme ensinamentos de Rangel:⁹

A viabilidade do exercício do poder de penar no último nível de toda essa complexa rede de gestão de conflitos perfaz-se através de variadas instâncias de vigilância e de controle, como, por exemplo, Polícia, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia, Magistratura, Administração Prisional, entre outros.

Assim, o Estado-Investigador, na visão do ilustre doutrinador, seria o primeiro garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos. Em adição ao pensamento, diríamos que o Estado-Investigador, além de primeiro garantidor dos direitos fundamentais do investigado, também se torna o primeiro agente do Estado interessado na correta aplicação da lei penal e processual penal, incluindo-se a pena em concreto e as medidas cautelares a serem eventualmente impostas ao investigado, tornando-se instrumento de garantia não só para o acusado, mas também para a sociedade e a vítima.¹⁰

⁸ A esse respeito: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 196.062. *Habeas corpus* contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior. Tráfico de drogas. Não exaurimento da instância antecedente. Não se conhece de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior. Precedentes. Prisão preventiva. Incompatibilidade com o regime inicial de cumprimento de pena (semiaberto) fixado na sentença. Precedentes. Ordem concedida de ofício. Relator: Min. Rosa Weber. *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 jan. 2021.

⁹ RANGEL, Carlos Eduardo. *Poder punitivo, polícia judiciária e democracia*. Reflexões contemporâneas sobre a atividade de investigação criminal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. p. 51.

¹⁰ Sobre a proteção da vítima, a Constituição Federal não positivou nenhum direito, existindo menções no art. 5º, inciso XLV, e no art. 245, sendo a vítima a grande esquecida, também, do Processo Penal Clássico, sem olvidarmos alterações recentes que buscam incluir esse importante segmento para a correta aplicação da lei penal, como a inclusão do art. 313, inciso III, do CPP pela Lei n. 12.043/2011.

Reducir a função do Estado-Investigador a unicamente a de proteger direitos fundamentais do acusado é recair no conceito de garantismo hiperbólico monocular.

Rangel¹¹ explica:

Há, portanto, uma parte emergente da doutrina que defende que o garantismo penal de Ferrajoli comporta uma classificação em garantismo positivo e garantismo negativo, cuja divisão seria extraída de acepções princípio da proporcionalidade.

Nessa linha, o garantismo negativo seria fundado na proibição do excesso, atuando na limitação do poder estatal sobre o indivíduo.

Já o nominado garantismo positivo seria então aquele que decorre do mandamento da proibição da proteção deficiente, pautado no dever do Estado em proteger os direitos fundamentais da ação de terceiros.

O garantismo hiperbólico monocular seria, portanto, a hipervalorização da proibição do excesso, em desconsideração do princípio da proibição da proteção deficiente da vítima e da sociedade, o que levaria à impunidade e à fragmentação do tecido social, pois, onde não houver Justiça Pública, haverá justiça privada.

Sobre a infeliz ausência dos direitos das vítimas de um crime na Constituição Federal de 1988, leciona Bonfim:¹²

O Estado Brasileiro, fruto de todas as políticas, de todas as épocas, promulgador de uma Constituição elaborada ainda sob o *signo da dor* (o regime de exceção é lembrança ainda presente), lastreada em feridas, cicatrizes e, sobretudo, dívidas, acabou não sabendo contabilizar, ele próprio, no balanço de todas as contradições sociais, os direitos/garantias de réus/vítimas, buscando equacionar com sua tutela a proteção da sociedade. Neste sentido, acabou abrindo um imenso hiato, entre os valores da pessoa humana e a convivência social, tantas vezes, confundindo-se tais valores como se houvesse o próprio direito à criminalidade, tamanha a complacência – os exemplos são muitos e multifários – no trato para com o criminoso, como se o delinquente comum, ainda fosse hoje aquele vitimado político do regime autoritário. Nesse panorama, o surgimento do *Movimento da Lei e da Ordem*. (Grifo nosso).

¹¹ RANGEL, 2020. p. 65.

¹² BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito penal da sociedade*. São Paulo: Oliveira Mendes; Livraria Del Rey, 1997. p. 97-98.

A autoridade investigadora, seja ela um delegado de Polícia, seja um membro do Ministério Público, deve atentar para a proteção não somente dos direitos do investigado, mas também dos da vítima e da sociedade lesada pelo cometimento do crime.¹³

É o que pensa Pinheiro:¹⁴

Dessa maneira, o ente estatal, através dos poderes republicanos, em seus respectivos misteres, deve zelar para que o Direito Penal seja efetivamente uma técnica de definição, individualização e repressão do desvio de conduta. Dará, com isso, uma resposta estatal, não só ao indivíduo criminoso como também à sociedade lesada, fazendo imperar a ordem jurídica. Em não procedendo dessa forma, cairá em descrédito e se efetivarão situações de injustiça e desordem social.

A vítima, caso esteja viva, os seus familiares, amigos e a sociedade de uma forma geral têm interesse não só na prova da autoria de um crime, mas também na correta aplicação de todas as etapas da investigação criminal, na aplicação de medidas cautelares e, por fim, na dosimetria da pena. A autoridade que investiga um delito não pode se esquecer desse importante interesse.

Não se diga, com isso, que a autoridade investigadora, notadamente o delegado de Polícia, assumiria uma posição parcial na investigação. Examinar, buscar elementos que apontem para as condições pessoais de um investigado, tal como delineado pelo art. 6º, inciso IX do CPP, não implica necessariamente obter elementos desabonadores, desfavoráveis ao investigado, mas sim colher evidências que possibilite ao Estado-Juiz e ao Estado-Acusação, bem como à defesa, através da advocacia ou da Defensoria Pública, argumentarem acerca do que consideram a melhor pena em concreto para o crime cometido, sendo isso igualmente fundamental para a análise sobre medidas cautelares a serem impostas. Em reforço dessa ideia, observamos que o art. 6º, inciso X, determina a coleta de informações sobre a existência de filhos e suas condições de vida, o que pode inclusive ser utilizado como argumento para a consideração de uma atenuante inominada, prevista no art. 66 do CPB. O

¹³ Em 1985, a Organização das Nações Unidas introduziu a vítima no processo penal, conferindo-lhe o papel de sujeito de direitos, formalizando um documento oficial e universal: “Princípios Básicos da Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e Abuso de Poder”.

¹⁴ PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant’Anna. *A dupla face do garantismo penal e implicações no direito brasileiro*. Campo Grande: Contemplar, 2020. p. 71.

delegado de Polícia, ao atuar dessa forma, consagrará a convicção de que a todos os agentes da segurança pública estatal interessa a aplicação da pena justa e adequada, auxiliando o Estado-Juiz em concretizá-la, bem como em melhorar o desenvolvimento da investigação criminal e do processo penal.

Uma outra situação que aumenta a importância acerca da investigação sobre os elementos da vida do investigado reside no cada vez maior destaque das soluções negociadas na área criminal, com destaque para a Colaboração Premiada e o Acordo de Não Persecução Penal. Por meio da Lei Federal n. 13.964/2019, introduziu-se no sistema processual penal o Acordo de Não Persecução Penal.¹⁵ Através dele, o Ministério Público, verificados indícios de autoria e materialidade de uma infração penal cometida sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, poderá propor um acordo que deve contemplar, de forma alternativa ou cumulativa, a reparação de danos às vítimas, o pagamento de prestação pecuniária a entidades públicas e de interesse social e a prestação de serviços à comunidade.

Ao receber os autos de investigação e decidir pela propositura do acordo, como o Ministério Público poderá negociar satisfatoriamente com o indiciado se nada souber acerca das suas condições pessoais e econômicas?

Da mesma forma, sem obter informações adequadas sobre as condições de vida do investigado nos aspectos familiar, social e econômico, como o delegado de Polícia ou o membro do Ministério Público poderão realizar uma colaboração premiada¹⁶ com êxito para a defesa da sociedade?

Nesse aspecto, parece-nos que a simples juntada da folha de antecedentes criminais durante as investigações, como ordinariamente é feito, não supre a finalidade da norma.

Diligências complementares podem ser realizadas pelo próprio membro do Ministério Público em busca dessas informações, mas isso não exclui o importante papel da autoridade investigadora no sentido de fornecer esses dados, até porque, de forma temporal e muitas vezes espacial, está mais próxima do fato ocorrido, existindo muito mais delegacias de Polícia nos municípios que fóruns ou sedes de Ministério Público.

¹⁵ Art. 28-A do CPP.

¹⁶ O art. 3º-A da Lei n. 12.850/2013 dispõe que “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

4 · ALGUMAS SOLUÇÕES PARA A EFETIVIDADE DAS INVESTIGAÇÕES ACERCA DE ELEMENTOS REFERENTES AO INVESTIGADO

Observam-se obstáculos para que uma investigação criminal se aprofunde em busca dos elementos referentes ao acusado: histórica deficiência estrutural das delegacias de Polícia; sobrecarga de trabalho dos delegados de Polícia e dos membros do Ministério Público em muitas comarcas; prazo curto previsto no Código de Processo Penal para que uma investigação seja concluída; errônea interpretação de que somente o Estado-Julgador está interessado na pena em concreto a ser aplicada, não sendo incumbência do Ministério Público nem do órgão investigador adentrar nesse mister.

Não é nosso objetivo, neste artigo, abordar quais caminhos seriam possíveis para sanar as dificuldades operacionais e estruturais do Estado-Investigador. Constatando-se, no entanto, o exíguo prazo para que um inquérito policial seja concluído, há soluções para que os dados sobre a vida do indiciado nos aspectos familiar, social e econômico sejam investigados pela autoridade que preside as investigações.

Bonfim¹⁷ assim disse:

Pontos obscuros na investigação, caso sejam importantes à ação penal (art. 16 do CPP), são preferíveis que se elucidem com a imediata volta do inquérito à autoridade policial, requisitando-se diligências imprescindíveis à formação da *opinio delicti*. Noutro caso, em se tratando de diligências complementares, auxiliadoras, estas se resolverão em autos apartados de inquérito, solicitadas em paralelo, enquanto o Ministério Público já inicia, concomitantemente, a ação penal, com o oferecimento da denúncia...

Costa, Fontes e Hoffmann¹⁸ também discorrem sobre o assunto:

Quando a acusação tiver sido aceita, e o processo penal estiver em curso, significa que o inquérito policial cumpriu uma de suas possíveis missões, a saber, angariar justa causa para a ação penal, e por isso se poderia imaginar que não caberiam mais diligências policiais. Todavia, por expressa autorização legal, o delegado pode determinar medidas *necessárias ou úteis à plena elucidação do fato* ou à *indicação de patrimônio do investigado* (artigo 52, parágrafo único da Lei 11.343/06). Trata-se de importante faculdade a critério do delegado de Polícia, que eventualmente pode

¹⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri. Do inquérito ao plenário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

¹⁸ HOFFMANN; COSTA; FONTES, 2020.

vismular diligência ao seu alcance que tenha grande relevo para o desfecho do processo penal. São as chamadas *diligências orbitárias*. Os elementos produzidos devem gravitar em torno do fato apurado (sob pena de se aglutinarem, em um só processo, persecuções de crimes distintos e desconexos), e o resultado das diligências deve ser encaminhado até 3 dias antes da audiência de instrução e julgamento (permitindo o regular exercício do contraditório e ampla defesa). (Grifo do original).

Por diligências necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, entendemos as que também revelam a vida pregressa do indiciado, tal como preconizado pelo art. 6º, inciso IX, do CPP.

Apesar de essas diligências complementares não estarem previstas no art. 16 do CPP, o Ministério Público, por força da norma constitucional inserta no art. 129, incisos VII e VIII, pode requisitá-las à autoridade policial, indicando-se os fundamentos – necessidade, pertinência e objetivo da investigação.

Em um julgamento acerca do controle externo exercido pelo Ministério Público em relação à Polícia, o Supremo Tribunal Federal se manifestou:¹⁹

A CF de 1988, ao regrar as competências do Ministério Público, o fez sob a técnica do reforço normativo. Isso porque o controle externo da atividade policial engloba a atuação supridora e complementar do órgão ministerial no campo da investigação criminal. Controle naquilo que a Polícia tem de mais específico: a investigação, que deve ser de qualidade. Nem insuficiente, nem inexistente, seja por comodidade, seja por cumplicidade. Cuida-se de controle técnico ou operacional, e não administrativo-disciplinar.

5 · DA CORRELAÇÃO EXISTENTE ENTRE O ART. 59, CAPUT, DO CPB E O ART. 6º, INCISO IX, DO CPP

O art. 6º, inciso IX, do CPP está em absoluta correlação com o art. 59, *caput*, do CPB. Nesse sentido, em quais das circunstâncias judiciais para a correta aferição da pena em concreto, a atuação da autoridade investigadora seria de salutar importância? A esse respeito, analisemos o mencionado inciso, dividindo-o em partes, *in verbis*:

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus* n. 97.969. Penal e processual penal. Policial civil. Crime de extorsão. Desclassificação para o delito de concussão. Legitimidade do Ministério Público. Controle externo da atividade policial. Denúncia: crimes comuns, praticados com grave ameaça. Inaplicabilidade do art. 514 do CPP. Ilicitude da prova. Condenação embasada em outros elementos probatórios. Decisão condenatória fundamentada. Ordem denegada. Relator: Min. Ayres Britto, DJE, 23 maio 2011.

I) “averigar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social [...]”

Esses aspectos denotam investigação acerca da conduta social do indivíduo.

Sobre o conceito de conduta social, Schmitt²⁰ leciona:

Devem ser valorados o relacionamento familiar, a integração comunitária e a responsabilidade funcional do agente. Serve para se aferir sua relação de afetividade com os membros da família, o grau de importância na estrutura familiar, o conceito existente perante as pessoas que residem em sua rua, em seu bairro, o relacionamento pessoal com a vizinhança, a vocação existente para o trabalho, para a ociosidade e para a execução de tarefas laborais.

Da mesma forma, Nucci:²¹

É o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, dentre outros, motivo pelo qual além de simplesmente considerar o fator conduta social preferimos incluir a expressão inserção social. Não somente a conduta antecedente do agente em seus vários setores de relacionamento, mas sobretudo o ambiente no qual está inserido são capazes de determinar a justa medida da reprovação que seu ato criminoso possa exercer.

A primeira parte do inciso contempla, portanto, a conduta social, visando fornecer elementos para a correta dosimetria da pena. Trata-se de dever²² da autoridade que preside as investigações realizar tal aferição, colhendo evidências como a prova testemunhal, que necessariamente será repetida em juízo, ou documental, como fotografias, mensagens, vídeos, certificados de cursos e eventos, a fim de demonstrar a participação e interação do investigado com o ambiente familiar e social em que vive. Como dito, o delegado de Polícia, por estar mais perto espacialmente e temporalmente do fato, é o mais aparelhado para a coleta dessas evidências.

II) “sua condição econômica [...]”

É um dos mais importantes aspectos a serem considerados em uma investigação criminal, por refletir em diversos institutos e técnicas

²⁰ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória. Teoria e prática*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 99.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2015. p. 167.

²² Nesse sentido, o *caput* do art. 6º utiliza o verbo dever no futuro do presente.

de solução de conflitos. É de suma importância que a autoridade da investigação mensure a condição econômica do investigado, sendo elemento a ser considerado em uma colaboração premiada; acordo de não persecução penal; suspensão condicional do processo; reparação dos danos materiais às vítimas por meio da fixação na sentença condenatória ou mediante ação civil *ex delicto*; fixação da medida cautelar da fiança; e imposição de medidas asseguratórias como sequestro, arresto e hipoteca.

III) "sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele [...]"

A aferição desses elementos também passa pela descrição do fato ocorrido pela Polícia Militar e pela Polícia Civil no momento da prisão do suspeito, uma vez que todos os atores da Segurança Pública são incumbidos da vigilância e do controle sobre o correto direito de punir. Diríamos que o Estado-Polícia é o primeiro garantidor dos direitos fundamentais do cidadão, sem prejuízo do Estado-Investigador e das demais instituições integrantes do sistema penal e processual penal.

O fato ocorrido, que ocasiona a prisão em flagrante ou o cumprimento de mandado de prisão, deve ser descrito de forma pormenorizada. Interessa não apenas a descrição de um fato criminoso, mas todos os aspectos pessoais referentes ao preso: como reagiu à prisão, o seu estado psíquico no momento da captura e posteriormente. Obviamente, não se trata de uma avaliação psicológica, mas de impressões pessoais que fornecerão subsídios para a aferição da personalidade do agente.

IV) "e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter."

Referido inciso, ao final, descreve a necessidade da aferição da personalidade do agente por parte da autoridade policial e do membro do Ministério Público que presidam as investigações.

Nucci²³ continua os seus ensinamentos, dessa vez tratando sobre a personalidade:

Entretanto, justamente para evitar a padronização da pena, após a constatação de que o delito ocorreu, deve-se levar em consideração, sim, o modo de ser do acusado [...].

O juiz não precisa ser um técnico para avaliar a personalidade, bastando o seu natural bom senso, utilizado, inclusive e sempre, para descobrir a

²³ NUCCI, 2015, p. 174 e 175.

própria culpa do réu. Inexiste julgamento perfeito, infalível, pois se trata de simples justiça dos seres humanos, de modo que o critério para analisar o modo de ser e agir de alguém constitui parte das provas indispensáveis que o magistrado deve recolher.

O delegado de Polícia, o membro do Ministério Público e o juiz não são psicólogos. Como dito, não é necessário ser um psicólogo e não foi essa a intenção do legislador, mas sim permitir ao juiz colher impressões sobre o modo de ser e de agir do réu, fixando-se a pena em obediência ao princípio constitucional da individualização das penas.²⁴

Em sentido contrário, defende Schmitt:²⁵

[A] análise dessa circunstância atualmente se revela como sendo de alta complexidade, ao tempo em que defendemos inclusive a impossibilidade de ser atribuída tal tarefa tão-somente ao julgador, por não estar afeta à sua seara de atuação, por não estar habilitado tecnicamente a proceder com a melhor análise e valoração. Dúvidas não nos restam de que tal circunstância somente poderá ser analisada e valorada a partir de um laudo psicosocial firmado por pessoa habilitada, o que não existe na grande maioria dos casos postos *sub judice* [...].

Com a devida vênia ao doutrinador, ousamos discordar. A Lei Penal não estabelece como condição para a avaliação da personalidade que seja firmada por profissional da Psicologia ou da Psiquiatria. Sentimentos como frieza, indiferença, agressividade, possessividade, compaixão, arrependimento, cinismo, dissimulação e tantos outros são aferíveis pelas pessoas em geral. Algumas dessas características, inclusive, são previstas expressamente como qualificadoras ou agravantes de pena,²⁶ sem a necessidade de um laudo pericial. Ademais, o laudo subscrito por um profissional com habilitação técnica seria equivalente a uma prova pericial, e a ele o juiz não fica vinculado, podendo rejeitá-lo no todo ou em parte, consoante

²⁴ Há diversos julgados sobre o tema: "A avaliação da personalidade do acusado dispensa laudos técnicos, psicológicos e psiquiátricos. A lei não menciona tal exigência. Caso contrário, obstar-se-ia o exame da circunstância, com prejuízo à individualização da pena". (BRASIL. Tribunal de Justiça do DF. Ap. 0000156-12.2011.807.0008/DF. Relatora: Des^a. Sandra de Santis. DJ, 24 maio 2012).

²⁵ SCHMITT, 2010, p. 94.

²⁶ O homicídio será qualificado mediante uso de dissimulação. Poderá ocorrer torpeza em um crime passional quando houve possessividade, ciúmes exacerbados. A premeditação de um crime costuma aumentar a culpabilidade do agente, impondo-se uma pena maior.

art. 182, *caput*, do CPP. Caso houvesse vinculação, voltaríamos à época das provas legais, extinguindo-se o sistema da íntima convicção motivada, espinha dorsal do nosso sistema de valoração das provas.

Ao presidente da investigação criminal, portanto, cabe colher as primeiras impressões acerca da personalidade do investigado, descrevendo-as aos demais atores subsequentes do sistema de justiça criminal, fundamentando-se em evidências colhidas durante o procedimento investigatório.

6 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação criminal necessita colher evidências além da busca da materialidade e autoria de uma infração penal, deve também investigar aspectos relacionados à vida pessoal e social dos investigados, com o intuito de subsidiar o Estado-Acusador, o Estado-Juiz e a defesa de elementos a serem utilizados como parâmetro para aferição de medidas cautelares, solução negociada e correta dosimetria da pena. Tais interesses pertencem a todos os atores do sistema criminal, inclusive às autoridades que presidem as investigações, homenageando-se um processo penal democrático, dialético e eficaz na pacificação social.

Muito embora o prazo para a conclusão de um inquérito policial seja exígua, diligências complementares podem ser feitas pela autoridade policial, concluído o procedimento e encaminhado à Justiça Criminal, de ofício ou mediante requisição do Ministério Público, com o intuito de aferir esses elementos descritos no art. 6º, inciso IX, o que se torna primordial para o cumprimento da finalidade do processo penal na atualidade.

O art. 6º, inciso IX, do CPP e o art. 59, *caput*, do CPB possuem íntima correlação, demonstrando-se que as circunstâncias elencadas para a dosimetria da pena devem ser aferidas desde o início pela autoridade policial, possibilitando-se ao titular da ação penal sua utilização para solução negociada ou prova durante a ação penal, garantindo-se o exercício do contraditório e da ampla defesa para ao final servir como parâmetro para a correta individualização da pena.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito penal da sociedade*. São Paulo: Oliveira Mendes; Livraria Del Rey, 1997.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri. Do inquérito ao plenário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOFFMANN, Henrique; COSTA, Adriano; FONTES, Eduardo. *Diligências complementares, orbitárias e de retomada do inquérito policial*. Consultor Jurídico, São Paulo, 28 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-28/academia-policia-diligencias-complementares-orbitarias-retomada-inquerito-policia>. Acesso em: 28 fev. 2022

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2015.

PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant'Anna. *A dupla face do garantismo penal e implicações no direito brasileiro*. Campo Grande: Contemplar, 2020.

RANGEL, Carlos Eduardo. *Poder punitivo, polícia judiciária e democracia. Reflexões contemporâneas sobre a atividade de investigação criminal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória. Teoria e prática*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.



CAPÍTULO 6

CADEIA DE CUSTÓDIA: FINALIDADE, RELEVÂNCIA E EFEITOS PARA O PROCESSO PENAL

Christovão de M. Varotto Junior

Luís Henrique Ishihara

Marcel Bernardi Marques

1 · INTRODUÇÃO

Em obra dedicada ao que denomina de *epistemología jurídica*, o filósofo norte-americano Larry Laudan¹ declara que todos os sistemas democráticos de justiça penal se encontram estruturados em três ordens básicas de valores, sendo um desses objetivos centrais a busca da verdade² acerca dos eventos imputados.

Sem aprofundar as considerações sobre o tema,³ certo é que, fixada a compreensão de que o processo judicial é – também⁴ – um instrumento voltado à descoberta da verdade, torna-se imprescindível refletir sobre sua capacidade epistêmica, ou seja, sua real habilidade em conduzir ao

¹ LAUDAN, L. *Verdad, error y proceso penal*: un ensayo sobre epistemología jurídica. Tradução de Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 22.

² Verdade enquanto correspondência como valor teórico de referência externo ao processo, ou seja, como ideal regulativo (TARUFFO, M. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 116).

³ Por fugir ao propósito do presente estudo, valendo, contudo, destacar o registro feito por Prado, no sentido de que “há uma dimensão epistêmica incontornável, inerente à tarefa de investigar a existência de uma infração penal e a eventual responsabilidade penal do imputado” (PRADO, G. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 13).

⁴ Uma vez que, além da busca pelo acerto fático, a estrutura processual é orientada por valores outros (de igual magnitude), notadamente o respeito aos direitos dos envolvidos.

correto acertamento dos fatos e, como consequência, à justiça da decisão.⁵ E, indubitavelmente, o *locus* de maior interação entre o processo e a epistemologia reside no tratamento da atividade probatória.⁶

Em sendo a prova o instrumento colocado à disposição dos envolvidos para a reconstrução do fato em todas suas circunstâncias, mostra-se imperioso verificar a adequação epistemológica de sua regulamentação, o que, entre outras considerações, demanda que o objeto (evidência) levado ao processo seja exatamente aquele colhido durante a investigação.

Nesse propósito, o legislador brasileiro promoveu, por meio da Lei n. 13.964/2019, a introdução da disciplina legal do instituto da cadeia de custódia da prova. Nos arts. 158-A e seguintes do Código de Processo Penal, são expostas as bases conceituais do instituto e todo o procedimento a ser adotado ao manipular o elemento probatório. Entendida como o registro cronológico, atestado, testemunhado e inviolado do caminho percorrido pelo vestígio, desde sua coleta até o momento de sua apresentação processual, a cadeia de custódia visa, a partir da rastreabilidade da prova, garantir sua idoneidade e autenticidade. Portanto, de inegável cariz epistêmico, a cadeia de custódia da prova tem como objetivo garantir a fiabilidade do elemento probatório, ou, em outros termos, assegurar que a prova que aportou aos autos é precisamente aquela que foi recolhida na cena do crime.

Não obstante tenha recebido um exaustivo detalhamento legal quanto ao procedimento de identificação, arrecadação, custódia e introdução no

⁵ Nesse sentido, Pereira esclarece que, “ao se considerar que a justiça da decisão faz parte da cláusula do justo processo, significa dizer que o mecanismo processual deve ser disciplinado de modo a otimizar a correção das decisões, isto é, de que é necessário o estabelecimento de condições cognitivas apropriadas para que se possam buscar resultados justos” (PEREIRA, F. V. *Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 118).

⁶ Nas palavras de Tavares e Casara, “todas as acepções da palavra ‘prova’ ligam-se, em maior ou menor escala, ao valor ‘verdade’” (TAVARES, J.; CASARA, R. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 17). Mesmo a ideia de que a “prova jurídica”, diante da existência de limitações legais, pode se distanciar desse valor reconhece que a atividade probatória busca tanto uma aproximação com a verdade sobre uma hipótese quanto a produção de efeitos típicos da verdade a partir do respeito a um determinado procedimento. No mesmo caminho, Badaró afirma que “a teoria da prova é um dos temas mais complexos e fascinantes no direito processual, descarrilhando, muitas vezes, dos trilhos jurídicos para transitar pelos campos da psicologia, da lógica e da epistemologia” (BADARÓ, 2003 *apud* DALLAGNOL, D. M.; CÂMARA, J. D. A. S. R. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, D. R.; QUEIROZ, R. P. [org.]. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 529).

processo do elemento de convicção, a lei se omitiu quanto às consequências jurídico-processuais do eventual desrespeito ao procedimento estipulado.

Em razão da lacuna deixada, a literatura processual penal pátria, ao se debruçar sobre o tema, propôs soluções divergentes: para alguns a prova torna-se ilícita, devendo ser excluída do processo; para outra parte, o tema não encontra referência na licitude ou (in)admissibilidade da prova, devendo ser respondido em termos de valoração, de peso probatório e de probabilidade do fato.

Neste cenário, o presente artigo tem como objetivo examinar os contornos do instituto da cadeia de custódia da prova e, a partir de sua natureza epistêmica, enfrentar os desdobramentos do desrespeito ou violação à cadeia de custódia da prova.

2 · A APLICAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA NO ESTUDO DA PROVA

2.1 · ESTADO DE DIREITO, VERDADE E JUSTIÇA

As discussões a respeito da verdade e os limites à sua obtenção acompanham o ser humano desde os seus primeiros passos na Terra. Ao longo dos séculos, inúmeros filósofos, cientistas e outros pensadores se debruçaram sobre o tema, propondo as mais diferenciadas soluções. Especificamente, quanto às relações com o Direito e a Justiça, expõe Greco que,

[e]m todos os tempos, a ideia de Justiça como objeto do Direito sempre esteve axiologicamente ancorada no pressuposto da verdade, ou seja, na incidência das normas jurídicas sobre a realidade da vida tal como ela é. Os indivíduos somente se sentem eticamente motivados a conviver sob o império da lei, quando sabem que a justiça vai dar a cada um o que é seu, em conformidade com a verdade.⁷

Por certo, o exercício da jurisdição, enquanto atribuição estatal, em um Estado democrático não pode ser entendido como puro exercício de poder. A legitimidade pública⁸ assim como a justiça da decisão

⁷ GRECO, L. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v. 4/5, n. 4/5, 2003-2004. p. 233-234.

⁸ E, mais, a legitimidade política da decisão e do exercício da jurisdição penal (FERRUA, P. *La prova nel processo penale*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2015. p. 20; GRECO, 2003-2004, p. 239). No mesmo sentido, Summers diz que a legitimidade dos tribunais é afirmada pelo atendimento às expectativas de justiça, sobretudo em processos criminais e em sistemas de origem continental, devido à função social e de interesse público inerentes ao processo penal (SUMMERS, R. S. *Formal legal*

encontram-se diretamente vinculadas à postura de averiguação dos fatos, base da controvérsia.

Nos dizeres de Pereira,⁹ a função de guia de comportamentos da lei substancial não pode ser cumprida satisfatoriamente sem a significativa contribuição do mecanismo processual, pois os indivíduos somente se sentem eticamente motivados a conviver sob o império da lei “quando sabem que a justiça vai dar a cada um o que é seu, em conformidade com a verdade”.¹⁰

No mesmo sentido, explica Ferrer Beltrán que

somente se o processo judicial cumpre a função de determinar a verdade das proposições referentes aos fatos o direito terá êxito como mecanismo pensado para dirigir a conduta dos seus destinatários.¹¹

Fácil, portanto, perceber que a adequada aplicação do direito pressupõe a existência de mecanismo idôneo de verificação dos fatos, lastreado na verdade.

Assim, e sem aprofundar nos extensos debates (filosóficos e jurídicos) que cercam o tema, pode-se afirmar que “para o processo, a realidade deve ser o critério de verdade”,¹² ou seja, é preciso haver uma relação de correspondência

truth and substantive truth in judicial fact-finding-their justified divergence in some particular cases. *Law and Philosophy*, New York, v. 18, n. 5, 1999. p. 498). O público está envolvido como terceiro. Saber exatamente o que aconteceu, quem é o culpado e por que ele cometeu a ofensa é um pré-requisito necessário para qualquer tentativa de restabelecer a paz social por meio da justiça. Um sistema de justiça criminal que frequentemente era visto como condenando inocentes e absolvendo os culpados deixaria de conquistar o respeito e a obediência daqueles que governavam.

⁹ PEREIRA, 2020, p. 170.

¹⁰ Segundo Greco, “o que é preciso assentar é a necessidade garantística da apuração dos fatos, a necessidade de buscar a verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico. De nada adianta a lei atribuir ao cidadão inúmeros direitos se não lhe confere a possibilidade concreta de demonstrar ser titular desses direitos; em outras palavras, se lhe impõe uma investigação fática capenga, incompleta, impede o cidadão de obter a tutela dos direitos pela impossibilidade de demonstrar a ocorrência dos fatos dos quais eles se originam. Ferrajoli qualifica a garantia jurisdicional como o direito a um julgamento conforme a verdade jurídica e fática. Mas a verdade não compõe apenas essa garantia. É também pressuposto da justiça das decisões judiciais e, como tal, da própria legitimidade política do Judiciário, como guardião da ordem jurídica e dos direitos dos cidadãos, e limite intransponível ao arbítrio” (GRECO, 2003-2004, p. 239).

¹¹ FERRER BELTRÁN, J. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 30.

¹² BADARÓ, G. H. *Epistemología judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 88.

entre uma entidade linguística (o enunciado que contém o fato a ser provado) e uma entidade extralingüística (o fato real objeto do julgamento).

Portanto, não obstante as existentes limitações (cognitivas e normativas) ao alcance de um conhecimento absoluto acerca da realidade objetiva, o processo penal não pode renunciar a tal finalidade, pois “um procedimento no qual os tribunais sequer tentam chegar à verdade é, manifestamente, um procedimento injusto”.¹³ Vale dizer, se a verdade fosse indiferente para a justiça, a atividade probatória seria uma grande inutilidade, permitindo, com isso, que se continuasse a decidir os processos por meio de ordálias, duelos, juramentos judiciais, lançando dados como fazia o juiz descrito por Rabelais, ou qualquer outro meio irracional,¹⁴ algo evidentemente inconcebível num Estado de direito.

2.2 · A EPISTEMOLOGIA JURÍDICA E SUA RELAÇÃO COM A PROVA¹⁵ PROCESSUAL

Reconhecer a necessidade de se ter a verdade como ponto de orientação¹⁶ significa afirmar que o mecanismo processual deve ser estruturado de maneira a fornecer condições cognitivas “ótimas” ao ideal de uma decisão justa. Em outras palavras, elementos estruturais devem moldar o processo de modo a permitir o seu funcionamento enquanto instrumento epistêmico.¹⁷ Não por outra razão que autores como Ferrer Beltrán,¹⁸ Taruffo¹⁹ e Gascón Abellán²⁰ asseveraram que o processo deve ser percebido enquanto um conjunto estruturado de atividades, cuja

¹³ TARUFFO, M. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 22.

¹⁴ BADARÓ, G. H. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, 2018. p. 46.

¹⁵ Não obstante o caráter polissêmico do termo “prova”, aqui sua utilização será centrada em sua noção como meio de prova, reportando-se à atividade necessária para introduzir a fonte no processo.

¹⁶ BADARÓ, 2019, p. 123.

¹⁷ BADARÓ, 2018, p. 50.

¹⁸ FERRER BELTRÁN, J. *Valorização racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021.

¹⁹ TARUFFO, 2014.

²⁰ GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

finalidade principal é obter conhecimento verdadeiro sobre fatos relevantes da controvérsia, funcionando os meios de prova como instrumentos racionais cognitivamente idôneos.

Nesse particular, ressoa a importância do estudo sobre a prova jurídica enquanto instrumento jurídico vocacionado a apontar a ocorrência (ou não) de determinado acontecimento. De fato, será por meio das provas²¹ que se julgará a veracidade ou falsidade dos enunciados fáticos formulados pelas partes, ou então que se chegará ao grau de confirmação necessário para o estabelecimento da veracidade do enunciado.²² Será por meio delas também que, racionalmente, se intentará a reconstrução de determinado fato histórico (qualificado como crime), estreitando os laços entre a realidade processual e a realidade objetiva (o fato ocorrido no mundo real).²³

Com efeito, a qualidade da atividade epistêmica²⁴ desenvolvida no processo ganha contornos de interesse público, digno de proteção no Estado de direito. Na advertência de Greco:

Para concretizar o ideal da descoberta da verdade objetiva, que não pode ser apenas uma utopia, impõe-se ao jurista debruçar-se com alguma atenção sobre a questão epistemológica da verdade, não a verdade metafísica dos conceitos abstratos ou da fé, mas a verdade acessível ao conhecimento racional a respeito dos fatos do mundo em que o ser humano vive e age.²⁵

Assim, a análise sobre a prova jurídica (em temas como admissão e valoração) deve projetar-se para além do campo jurídico, aprendendo e evoluindo a partir da aplicação de noções advindas da teoria do conhecimento (epistemologia). Sendo o processo essencialmente uma atividade epistêmica, a ele devem ser aplicados os princípios gerais de racionalidade do método cognitivo elaborados no âmbito da epistemologia geral.

²¹ Com propriedade, Greco ressalta que, não obstante tenha sido alvo de diversos questionamentos filosóficos, “sempre, na teoria das provas, a verdade ou a certeza dos fatos ressurge como uma função importante” (GRECO, 2003-2004, p. 233).

²² FERRER BELTRÁN, J. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 73.

²³ BADARÓ, 2019, p. 128.

²⁴ Termo utilizado por Badaró (2019, p. 133) para se referir à “busca pela verdade, no que diz respeito ao juízo de fato”.

²⁵ GRECO, 2003-2004, p. 240.

Enquanto ramo da filosofia, encarrega-se a epistemologia do estudo e da sistematização das possibilidades e da extensão do conhecimento. Busca traçar, desde a fonte, a trajetória do conhecimento, examinando, ainda, os mecanismos ou métodos usados para gerá-lo (obtenção e justificação do nosso conhecimento). Nesse raciocínio, entende-se como epistemologia jurídica o campo da Filosofia do Direito dedicado ao estudo dos fundamentos e métodos do conhecimento jurídico, tendo como um de seus objetivos identificar as condições e os procedimentos qualificados (confiáveis) para que se possa considerar como verdadeira uma determinada declaração acerca de fatos relevantes juridicamente.²⁶

Sobre sua aplicação no campo probatório, Badaró²⁷ enfatiza a contribuição da epistemologia para o desenvolvimento de sistemas racionais de admisão, produção e valoração da prova, além da fixação de padrões, intersubjetivamente controláveis, de *standards* de prova ou níveis de conhecimento.

As discussões travadas acerca do instituto da cadeia de custódia da prova possuem suas raízes em uma das possíveis dimensões de aplicação de tal controle epistêmico: a fiabilidade probatória, isto é, a garantia da fidelidade de determinado elemento probatório.

3 · CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA:²⁸ GARANTIA EPISTÊMICA

3.1 · ANÁLISE CONCEITUAL, INTERDISCIPLINAR E COMPARADA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

Como visto, a atividade probatória deve pautar-se na adoção de métodos que promovam, na maior medida possível,²⁹ a aproximação entre o

²⁶ LAUDAN, 2013, p. 25.

²⁷ Segundo o autor, “o grau de verdade, isto é, a maior ou menor aproximação da verdade, é determinado diretamente pela disciplina legal do procedimento probatório que se adote para a verificação dos objetos do processo” (BADARÓ, G. H. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37).

²⁸ O artigo utilizará a terminologia “cadeia de custódia” por ser essa a mais tradicional e acolhida pela legislação pátria. Entretanto, não se pode olvidar da existência de outras nomenclaturas que visam explicar o mesmo instituto, quais sejam: “cadeia de posse”, “sequência de custódia” e “sucessão de custódia” (CERVANTES, E. A. *La cadena de custodia en el procedimiento penal mexicano*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2016. p. 17).

²⁹ Lembrando que a atividade probatória encontra limites em fundamentos outros que não epistêmicos, como valores políticos e extraepistêmicos. Dado que o presente estudo tem como tema central a cadeia de custódia da prova, instituto

fato reconstruído no processo e o evento histórico do mundo real, sendo a epistemologia jurídica o campo de estudo sobre as pontes do relacionamento entre verdade e processo penal. Vale dizer, tal como defendido por Marrero,³⁰ o direito probatório exerce papel significativo para que se possa firmar um juízo seguro a respeito de determinado fato.

Nesse contexto e conforme já anunciado, o estudo da prova assume especial relevância para solucionar a problemática que circunda a cadeia de custódia da prova, cujas discussões se potencializaram com a inclusão da matéria no Código de Processo Penal (CPP) pela Lei n. 13.964/2019.

Com efeito, inicialmente é preciso assinalar que o instituto da prova deve ser concebido como parte e integrante de um sistema compreendido enquanto racionalidade de um juízo de coerência interna organizada.³¹ Isso significa dizer que todo raciocínio jurídico construído no estudo da prova deve-se basear na racionalidade e na coerência, sob pena de não alcançar o plano da justiça em sua integralidade.³²

O termo prova pode ser empregado com variados significados: meio de prova, que alude aos instrumentos pelos quais se realiza a inserção das informações sobre os fatos no processo; atividade probatória, cujo conjunto dessas atividades realizadas pelos atores processuais na reconstrução dos fatos constitui o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; ou ainda como resultado dessa atividade probatória.³³

Na sua acepção como atividade probatória, costuma-se ainda definir a prova como a produção de atos praticados no âmbito do processo voltados à comprovação – ou não – de determinada hipótese lançada sobre um fato relevante à solução da causa,³⁴ tudo isso com o escopo de proceder à correta reconstrução dos fatos da causa, enquanto condição necessária para a justiça e a legalidade da decisão.

de clara feição epistêmica, não serão realizadas maiores considerações acerca das limitações probatórias fundadas na defesa de outros valores.

³⁰ MARRERO, 2015 *apud* PRADO, 2019, p. 15.

³¹ PAWLICK, 2012 *apud* VALENTE, M. M. G. *Cadeia de custódia da prova*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 19.

³² VALENTE, 2020, p. 19.

³³ GOMES FILHO, A. M. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 41-42.

³⁴ LIMA, R. B. D. *Manual de processo penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 549.

A esse respeito, Taruffo³⁵ leciona que falar em justiça e legalidade da decisão só faz sentido caso se considere que a função da prova seja criar, verificar e confirmar a reconstrução dos fatos, tendo como objetivo descobrir a verdade possível dos fatos. Diz-se verdade possível porque, como bem pontuado por Valente,³⁶ não existe verdade real, uma vez que a verdade é o resultado das compreensões de quem presencia ou estuda a proposição científico-jurídica. Nessa medida, conforme ensinamentos de Eugênio Pacelli, toda verdade judicial, para ser compatível com o sistema de garantias individuais previsto na Constituição Federal³⁷ e em diversos documentos internacionais, deve ser entendida como uma verdade processual, pois ela é reconstruída a partir da contribuição das partes e, acessoriamente, pelo juiz no curso da persecução penal.³⁸ Tem-se, pois, a concepção da verdade processual como uma verdade aproximada da perfeita correspondência dos acontecimentos, dado seu caráter não definitivo, contingente e relativo, significando dizer que a verdade certa, objetiva ou absoluta não passa de um ideal inalcançável.³⁹ Aliás, em razão de seu caráter epistêmico, argumentos probatórios visam justamente nos aproximar da realidade, ultrapassando uma visão meramente persuasiva,⁴⁰ harmonizando-se, com isso, ao fim a que se propõe o processo penal.

Logo, considerando esse caráter epistêmico dos argumentos probatórios e os limites concernentes à verdade processual, tem-se como factível chegar-se a uma decisão racional fundamentada acerca de determinado fato a partir da prova.

Segundo Dallagnol e Câmara,⁴¹ cadeia de custódia é a corrente histórica ou sequência da posse de uma determinada prova. A cadeia de custódia da prova também pode ser definida como uma sucessão de eventos concatenados voltados a garantir todo o caminho percorrido pelo vestígio

³⁵ TARUFFO, M., 2011 *apud* DALLAGNOL, D. M. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 35.

³⁶ VALENTE, 2020, p. 21.

³⁷ Até porque, num Estado de Direito, a lei processual penal deve ser a “lei de execução da Constituição”, conforme advertido por Kudlich (2012 *apud* PRADO, 2019, p. 98).

³⁸ OLIVEIRA, E. P. D. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 323-324.

³⁹ FERRAJOLI, L. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 42.

⁴⁰ DALLAGNOL, 2015, p. 35.

⁴¹ DALLAGNOL; CÂMARA, 2019, p. 530.

de maneira a proporcionar a manutenção de sua integridade desde o momento em que é arrecadado até o seu descarte.⁴² Assim, a cadeia de custódia consiste em um mecanismo garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração.⁴³

Com a Lei n. 13.964/2019, o CPP passou a prever definição semelhante no *caput* do art. 158-A:

Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio⁴⁴ coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

A cadeia de custódia, portanto, estabelece um encadeamento de atos que permite a fiscalização e a conferência pelas partes, assim como a avaliação das fontes de prova e dos subsequentes exames e perícias.⁴⁵

Ainda segundo Magno e Comploier,⁴⁶ a cadeia de custódia tem a finalidade de deixar registrada a história cronológica do vestígio e de manter a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial, tal como disciplinado pelo dispositivo legal ora citado. Na mesma linha, Reyes⁴⁷ defende que o instituto visa assegurar a integridade, a conservação e a inalterabilidade das evidências físicas sobre a prática de determinada infração penal. Por sua vez, Valente⁴⁸ destaca que a cadeia de custódia

⁴² DIAS FILHO, 2012 *apud* MAGNO, L. E.; COMPLOIER, M. Cadeia de custódia da prova penal. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, n. 57, jan./mar. 2021. p. 196.

⁴³ LIMA, R. B. D. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v. único. p. 718.

⁴⁴ Entendido como “todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal”, conforme definido no § 3º do art. 158 do CPP. Logo, para Gomes Filho, Toron e Badaró, a lei ampliou, de maneira considerável, a noção de vestígio para abranger tudo que possa se relacionar ao crime (e à sua prova) (GOMES FILHO, A. M.; TORON, A. Z.; BADARÓ, G. H. *Código de processo penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 514). Em complemento, Marcão afirma que a cadeia de custódia diz respeito apenas à prova material, que tem por pressuposto a existência de vestígio. Não incide, a título de exemplo, na colheita da prova testemunhal e na acareação (MARCÃO, R. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. s. p.).

⁴⁵ MAGNO; COMPLOIER, 2021, p. 205.

⁴⁶ MAGNO; COMPLOIER, 2021, p. 202.

⁴⁷ REYES, P. B. *Manual de investigación criminal: una perspectiva de la evidencia*. México: Tirant lo Blanch, 2016. p. 81.

⁴⁸ VALENTE, 2020, p. 32.

funciona como uma conexão interna do processo de investigação criminal com o processo produtivo probatório, dado seu papel de garante dessa vinculação contínua interna. Já Prado⁴⁹ afirma que a cadeia de custódia é um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, referindo-se à fiabilidade probatória como um controle de entrada do elemento probatório em determinado procedimento, de modo a permitir que tal elemento seja submetido à avaliação.⁵⁰

Ao analisar os dispositivos legais incorporados ao CPP que dispõem sobre a cadeia de custódia (arts. 158-A a 158-F), é perceptível que o legislador reproduziu quase por completo o texto da Portaria n. 82/2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública. Assim, logo nas considerações e nas diretrizes iniciais da portaria citada, constata-se que a redação foi construída primordialmente pensando na importância da cadeia de custódia para locais de crime e para a prova pericial. Comungando da mesma opinião, Cabral⁵¹ assevera que a cadeia de custódia se dirige especialmente para as provas de natureza pericial, mesmo entendimento estampado por Badaró,⁵² para quem o legislador foi restritivo ao atrelar a necessidade de se documentar a cadeia de custódia à prova pericial. No mesmo sentido, Giannelli⁵³ entende que a expressão “cadeia de custódia” não deve se aplicar ao mero acautelamento de prova que dispensa perícia.

Tal compreensão, contudo, não deve conduzir à conclusão de que aludida disciplina sobre cadeia de custódia seja inaplicável aos vestígios que dispensem perícia ou que sejam arrecadados em outro contexto que não o local de crime como, por exemplo, objetos coletados durante cumprimento de mandado de busca e apreensão,⁵⁴ ou seja, mesmo diante da opção pelo legislador de direcionar a regulação da cadeia

⁴⁹ PRADO, G. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 86.

⁵⁰ PRADO, 2019, p. 88.

⁵¹ CABRAL, T. C. Cadeia de custódia: uma leitura a partir da teoria das nulidades. In: GOMES, C. S. C. L. B.; PINTO, F. M.; SILVA, G. H. S. (coord.). *20 anos do Instituto de Ciências Penais*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 375.

⁵² BADARÓ, 2020 *apud* BRANDÃO, B. M. D. C. A quebra da cadeia de custódia e suas consequências. In: CAMBI, E. C.; SILVA, D. S.; MARINELA, F. (org.). *Pacote anticrime: volume II*. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021. p. 108.

⁵³ GIANNELLI, 1996 *apud* BRANDÃO, 2021, p. 109.

⁵⁴ SALVADOR NETTO, A. V. et al. *Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 134.

de custódia para vestígios encontrados em locais de crime sujeitos a exame pericial, a redação trazida pela Lei n. 13.964/2019 sobre a matéria deve ser adotada como parâmetro para todo material de potencial interesse às investigações. Cabe ao intérprete realizar a devida adequação do diploma normativo de modo a assegurar a fiabilidade probatória, mas sem deixar de considerar que nem toda ritualística prevista necessariamente se aplica a determinado vestígio.⁵⁵ Denota-se, portanto, como coerente e condizente adotar o procedimento da cadeia de custódia na medida do possível,⁵⁶ conforme, a propósito, pronunciamento da Suprema Corte Americana no caso *State v. Hatcher* (2011), oportunidade em que reiterou o posicionamento do tribunal de que “a cadeia de custódia precisa ser estabelecida apenas na medida do possível”, cuja abrangência “dependerá necessariamente das circunstâncias fáticas próprias de cada caso” [tradução livre].⁵⁷

Julga-se pertinente assinalar o entendimento acima justamente porque o instituto da cadeia de custódia foi importado dos Estados Unidos (EUA). Para sua devida aplicação ao Direito brasileiro, deve-se, antes de tudo, levar em consideração que, nos EUA, causas cíveis e criminais são julgadas pelo júri;⁵⁸ então, a regulamentação do tema no Direito norte-americano visa evitar que os jurados sejam indevidamente influenciados por evidências irrelevantes, daí por que lá o juiz exerce esse papel de filtragem.⁵⁹ Acrescente-se que, mesmo diante desse maior rigorismo, o juízo de admissibilidade é feito superficialmente pelo magistrado, sendo o mesmo que dizer que a prova somente não é admitida em caso de ausência de autenticação. Desse modo, havendo mínima probabilidade de a prova ser autêntica, impõe-se que ela seja submetida à análise dos

⁵⁵ CABRAL, 2021, p. 376.

⁵⁶ Convergindo com esse posicionamento equilibrado, Nucci (2020, p. 71), de forma bastante esclarecedora e atento à realidade brasileira, frisa que o Brasil é um país continental, de maneira que, se estados ricos – como o Paraná – podem executar a cadeia de custódia a contento, estados como o Amazonas, até pela extensão territorial, podem enfrentar maiores dificuldades.

⁵⁷ “[...] we have consistently held that the chain of custody need be established only as far as practicable [...] the State has established the chain of custody as far as practicable. This determination will necessarily depend on the unique factual circumstances of each case.” (Disponível em: <https://law.justia.com/cases/south-carolina/supreme-court/2011/26950.html>. Acesso em: 18 fev. 2022).

⁵⁸ MAGNO; COMPLOIER, 2021, p. 197.

⁵⁹ DALLAGNOL; CÂMARA, 2019, p. 534.

jurados. Além do mais, de acordo com a regra 901 do *Federal Rules of Evidence* dos EUA – uma das regras que regem a autenticação da prova –, elemento de prova acautelado por alguma instância oficial de governo se autoautentica (prescinde de prova de sua identidade), havendo, portanto, uma presunção de regularidade da evidência.⁶⁰

Nessa mesma linha de raciocínio, é importante ainda registrar que, no Direito brasileiro, todo ato praticado durante a cadeia de custódia configura um ato administrativo, dado que emanado por agente da Administração Pública, seu conteúdo acarretará produção de efeitos jurídicos e submete-se à regência do direito público, notadamente do Direito Processual Penal.⁶¹ Nesse mesmo sentido, Brandão⁶² salientou que, etimologicamente, a expressão “cadeia de custódia” nos remete a uma sequência de atos administrativos, já que é feita por órgãos do Estado, relativos à conservação de vestígios de crimes.

Uma das características dos atos administrativos, que deflui de sua própria natureza, é a presunção de legitimidade, que é a qualidade de se presumirem verdadeiros e conformes ao direito, até prova em contrário, tendo como efeito a inversão do ônus da prova.⁶³⁻⁶⁴ Da mesma forma, para Malatesta⁶⁵ a prova material carrega consigo a presunção de veracidade, que é o resultado obtido a partir da identidade intrínseca e extrínseca das coisas, tendo como base a fé da experiência comum. Segundo o autor, identidade intrínseca é aquela ligada à presunção de que determinada coisa seja realmente o que parece ser, enquanto a identidade extrínseca decorre da presunção de genuinidade das coisas, que nada mais é do que a crença, antes de qualquer outra prova, de que uma coisa não tenha sido falsificada maliciosamente pelo homem, uma vez que, geral e ordinariamente, as coisas se apresentam de maneira hígida, ou seja, sem qualquer tipo de manipulação.

⁶⁰ DALLAGNOL; CÂMARA, 2019, p. 533 e 542.

⁶¹ CARVALHO FILHO, J. D. S. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 100-101.

⁶² BRANDÃO, 2021, p. 108.

⁶³ CARVALHO FILHO, 2013, p. 122-123.

⁶⁴ MELLO, C. A. B. D. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 413.

⁶⁵ MALATESTA, N. F. D. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Russel, 1995. v. II. p. 330-331.

Logo, os atos estatais – inclusive dos agentes públicos envolvidos na investigação – gozam de presunção de legitimidade,⁶⁶ entendimento que, aliás, o Superior Tribunal de Justiça adota de forma consolidada.⁶⁷

Por conseguinte, assim como preceituado nos EUA, deve haver a presunção – ainda que relativa – da regularidade da prova, de modo que, na hipótese de a acusação se basear em provas materiais, cabe à defesa indicar concretamente elementos mínimos de adulteração, manipulação ou contaminação da evidência, e não à acusação a iniciativa de demonstrar a sua higidez; em síntese, a prova da alegação cabe a quem a fizer, justamente conforme previsto no *caput* do art. 156 do CPP. Nessa medida, sustentar a necessidade de prova da cadeia de custódia de modo geral e irrestrito se apresenta paradoxal e contraproducente, pois o esforço probatório se deslocaria da essência para a periferia dos fatos, em nítida sobreposição da forma pelo conteúdo.⁶⁸⁻⁶⁹

Esse mesmo raciocínio, aliás, é seguido pelo Direito espanhol, pois, segundo a sua jurisprudência, a prova da ruptura da cadeia de custódia

⁶⁶ BRANDÃO, 2021, p. 115.

⁶⁷ Nesse sentido: “[...] 3. A presunção de veracidade inherente aos documentos públicos é iuris tantum, podendo ser descaracterizada pelo acervo fático-probatório da demanda. Precedentes. 4. Relativamente à apontada utilização de prova estritamente teste-munhal para contraditar documento público dotado de fé pública, diversamente o quanto aduzido pelo insurgente, a Corte local afirmou terem sido utilizadas outras provas documentais constantes dos autos que se mostravam aptas a corroborar a compreensão segundo a qual: a) o imóvel foi vendido por preço superior ao declarado, b) a quitação conferida pela autor se deu com vício de vontade, e, c) restam quantias a serem repassadas à irmã do insurgente pela venda do bem. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [4. Turma]. AgInt no AREsp 1199672/PR. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgado em 4.10.2021. *DJe* 8 out. 2021 – grifos nossos). “[...] 4. Acrescente-se que, consoante o art. 405 do CPC/2015, laudo, vistoria, relatório técnico, auto de infração, certidão, fotografia, vídeo, mapa, imagem de satélite, declaração e outros atos elaborados por agentes de qualquer órgão do Estado possuem presunção (relativa) de legalidade, legitimidade e veracidade, por se enquadarem no conceito geral de documento público. Tal qualidade jurídica inverte o ônus da prova, sem impedir, por óbvio, a mais ampla sindicância judicial. Por outro lado, documento público ambiental, sobretudo auto de infração, não pode ser desconstituído por prova judicial inconclusiva, dúvida, hesitante ou vaga, mais ainda quando realizada muito tempo após a ocorrência do comportamento de degradação do meio ambiente. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [2. Turma]. REsp 1778729/PA. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em 10.9.2019. *DJe* 11 set. 2020 – grifos nossos).

⁶⁸ DALLAGNOL; CÂMARA, 2019, p. 540 e 549.

⁶⁹ MAGNO; COMPLOIER, 2021, p. 210.

incumbe a quem invocá-la, prova esta que não se confunde com mera alegações de irregularidades, dada a presunção de legalidade e legitimidade dos atos das autoridades estatais, conforme aponta Del Pozo Pérez.⁷⁰ A autora acrescenta que tal afirmação em nada altera o direito à presunção de inocência, pois referido ônus visa impedir a utilização da prova contrária ao réu, não se relacionando, portanto, a qualquer incumbência direcionada à prova da inocência.

Em síntese, a análise da prova – o que inclui a fase anterior da coleta de vestígios – deve partir da premissa da presunção de legitimidade, da boa-fé e da regularidade, ou seja, há de prevalecer a confiança,⁷¹ até pela sua estreita correlação com o princípio da boa-fé.⁷² Em outras palavras, afigura-se razoável supor a integridade da evidência, sob pena de subverter toda a lógica do sistema jurídico.⁷³

3.2 • A CONSEQUÊNCIA DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

Superada essa análise conceitual, é possível avançar adequadamente na discussão central do presente artigo, que é delimitar a consequência jurídica no caso de reconhecimento da quebra da cadeia de custódia de prova.

Com efeito, a doutrina tradicional costuma classificar a prova ilegal como gênero e as provas ilícita e ilegítima como suas espécies. A prova será considerada ilícita quando houver violação de norma de direito material (penal ou constitucional), ao passo que a prova será ilegítima na ocasião em que alguém violar norma de direito processual penal.⁷⁴⁻⁷⁵

Para parcela da doutrina, a quebra da cadeia de custódia é tratada no campo da ilicitude da prova, cujo reconhecimento acarreta a sua exclusão do processo com fundamento no art. 157 do CPP.⁷⁶⁻⁷⁷ Nesse sentido,

⁷⁰ DEL POZO PÉREZ, 2012 *apud* MAGNO; COMPLOIER, 2021, p. 216.

⁷¹ DALLAGNOL; CÂMARA, 2019, p. 546.

⁷² VALENTE, 2020, p. 39.

⁷³ DALLAGNOL; CÂMARA, 2019, p. 543.

⁷⁴ LIMA, 2014, p. 584.

⁷⁵ OLIVEIRA, 2012, p. 359.

⁷⁶ PRADO, 2014, p. 87.

⁷⁷ LOPES JUNIOR, A. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 414.

ao anunciar como ponto de partida os princípios da desconfiança e da mesmidade⁷⁸ e tendo como orientação a experiência norte-americana, Prado⁷⁹ adota o raciocínio de que, se a acusação não se desincumbiu de estabelecer a cadeia de custódia da prova, fica prejudicada a aferição do valor probatório da informação obtida, o que leva à impossibilidade do efetivo exercício do contraditório pela parte contrária, cuja consequência dessa violação implica o tratamento da prova como ilícita.

Em que pese respeitável o esforço argumentativo, a linha ora exposta parece trazer algumas inconsistências. Em primeiro lugar, estabelecer a desconfiança como orientação inicial significa desconsiderar consolidado entendimento doutrinário e jurisprudencial de que todo ato praticado durante a cadeia de custódia por um agente do Estado possui presunção de legitimidade, decorrendo disso a afirmação da regularidade da prova, até que se tenha efetiva evidência de comprometimento de sua autenticidade. Em segundo lugar, como tal corrente se apega à doutrina norte-americana, é preciso que, ao importar tais diretrizes, sejam feitas as devidas adaptações, considerando, por exemplo, as particularidades próprias daquele instituto, como a maior cautela empregada no uso da prova pelo fato de os casos serem julgados por leigos (jurados), além da circunstância de essa avaliação prévia do juiz norte-americano ser feita superficialmente, sem maiores indagações, portanto. Fora essa peculiaridade não aplicada à realidade brasileira, é preciso levar em conta que toda evidência arrecadada por algum representante do governo presume-se regular conforme regra 901 do *Federal Rules of Evidence*, sem contar que a Suprema Corte americana admite a realização da cadeia de custódia na medida do possível, deixando de lado o rigorismo irrestrito que desfavorece a aplicação da justiça.⁸⁰

Nessa perspectiva, a cadeia de custódia, ao disciplinar o procedimento incidente desde o reconhecimento do vestígio de dada conduta delitiva, mostra-se afeita ao regime processual, de maneira que eventual violação

⁷⁸ A desconfiança decorre do fato de que é o Estado o detentor da responsabilidade pela investigação no âmbito criminal, ao passo que a mesmidade significa a garantia de que a prova valorada é integral e, portanto, a mesma que foi arrecadada em determinado ambiente (PRADO, 2014, p. 94).

⁷⁹ PRADO, 2019, p. 102-103 e 128.

⁸⁰ Como bem pontuado por Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009 *apud* DALLAGNOL; CÂMARA, 2019, p. 549), o excessivo formalismo deve ser combatido, pois sacrifica a realização da justiça em favor de solenidades supérfluas e sem qualquer sentido.

enseja a aplicação do regramento concernente às provas ilegítimas, qual seja, a teoria das nulidades (arts. 563 a 573 do CPP), acarretando a sanção correspondente conforme o caso, que pode ser o reconhecimento de mera irregularidade ou até mesmo da nulidade, absoluta ou relativa.⁸¹ Tanto é assim que, não por acaso, o legislador incluiu o regramento sobre a cadeia de custódia no Código de Processo Penal, já que se trata claramente de norma processual, e não norma que versa sobre direito material. Nesse sentido, Cunha⁸² afirma que a não observância do procedimento da cadeia de custódia não pode ser confundida com a obtenção ilegal da prova. Da mesma forma, o Supremo Tribunal da Espanha já assentou que a cadeia de custódia possui valor instrumental e que eventual quebra pode afetar a credibilidade da análise da prova, mas não a sua validade.⁸³

Considerando, então, que a cadeia de custódia se classifica como norma processual, resta agora estabelecer qual a consequência jurídica em caso de reconhecimento da quebra da cadeia de custódia da prova. Para Nucci,⁸⁴ o simples descumprimento da cadeia de custódia não deve gerar nulidade absoluta. Por sua vez, Cunha⁸⁵ leciona que, nesse caso, a prova permanece legítima e lícita, e eventual mácula interferirá na valoração da qualidade desta. Igualmente, Badaró⁸⁶ defende que as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar a ilicitude da prova, de modo que tal problema deve ser resolvido, com redobrado cuidado e elevado esforço argumentativo, no momento da valoração da prova pelo julgador. Adotando posicionamento semelhante, Dallagnol e Câmara⁸⁷ destacam que a ausência de prova da cadeia de custódia é questão de peso, e não de validade da prova, devendo ser objeto de análise no âmbito da valoração daquela prova.

⁸¹ LIMA, 2014, p. 588.

⁸² CUNHA, R. S. *Pacote anticrime*: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 180.

⁸³ NATAL MARCOS, N. *La cadena de custodia*: algunos problemas específicos de exclusión probatoria. 2020. Trabajo fin de máster (Máster Universitario de Abogacía) – Facultad de Derecho, Universidad de León, León, 2020. p. 19.

⁸⁴ NUCCI, G. D. S. *Pacote anticrime comentado*: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 71.

⁸⁵ CUNHA, 2020, p. 180.

⁸⁶ BADARÓ, G. H. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, R.; LOPES, A. B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 535.

⁸⁷ DALLAGNOL; CÂMARA, 2019, p. 536.

Brandão,⁸⁸ aliás, observa que o próprio CPP prevê a possibilidade de as partes requererem (art. 159, § 5º, I) e o juiz determinar (art. 181) esclarecimentos aos peritos em caso de inobservância de formalidades na perícia. Ora, tendo em conta que o CPP viabiliza o saneamento da prova pericial e considerando que aludidos dispositivos e o regramento da cadeia de custódia se encontram no mesmo capítulo do CPP, nada mais lógico concluir que o descumprimento da cadeia de custódia não enseja, em absoluto, a exclusão da prova, mas sim repercute na sua valoração pelo magistrado no momento da sentença, decidindo se determinada prova é confiável ou não.

Em reforço, Brandão⁸⁹ recorda que a Corte Suprema colombiana também rejeita a tese da inadmissibilidade da prova em decorrência da violação da cadeia de custódia, por se tratar de matéria que deve afetar a valoração das provas colhidas pelo magistrado, mas nunca a declaração de sua ilegalidade ou ilicitude. Nessa mesma linha de ideias, De Aguilar Gualda⁹⁰ destaca que a jurisprudência espanhola e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos compartilha o entendimento de que irregularidades na cadeia de custódia são questões fáticas e, portanto, sujeitas às regras de valoração da prova.

Por sua vez, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça possui algumas decisões em que trabalha o assunto no campo das nulidades e assenta a necessidade da demonstração do prejuízo por parte de quem alega o descumprimento das formalidades legais, invocando, para tanto, a já discutida presunção de validade e legitimidade dos atos praticados por funcionários públicos.⁹¹ Já a 6ª Turma tratou mais detidamente do tema no HC 653.515/RJ,⁹² ocasião em que considerou como irregularidades eventuais violações da cadeia de custódia, a serem sopesadas pelo juiz em cotejo com as demais provas produzidas, a fim de aferir a confiabilidade daquela prova.

⁸⁸ BRANDÃO, 2021, p. 116-117.

⁸⁹ BRANDÃO, 2021, p. 117.

⁹⁰ DE AGUILAR GUALDA, 2017 *apud* MAGNO; COMPLOIER, 2021, p. 217.

⁹¹ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). AgRg nos EDcl no REsp 1873472/PR. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 26.10.2021. *DJe* 3 nov. 2021; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). RHC 59.414/SP. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 27.6.2017. *DJe* 3 ago. 2017.

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). HC 653.515/RJ. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 23.11.2021. *DJe* 1º fev. 2022.

Enfim, considerando a sua especial importância para o processo penal, é imperioso que o juízo crítico da prova seja sereno e equilibrado, a fim de se chegar a um ajuste harmônico do conjunto probatório,⁹³ sob pena de conclusões precipitadas e desprovidas de lastro. Vale dizer, uma interpretação sistemática, coerente e condizente com a finalidade do processo penal – entendida como a busca da verdade possível⁹⁴ – deve sobressair ao preciosismo e ao rigorismo exacerbado que confere ao instrumento – no caso, a cadeia de custódia – um fim em si mesmo.

Nesse contexto, a quebra da cadeia de custódia deve ser tratada como mera irregularidade, o que resulta em não só exigir a efetiva comprovação de sua ocorrência como também a efetiva demonstração de prejuízo, para que, só então, esteja o juízo apto a aferir o peso a ser dado àquela prova na valoração do conjunto probatório. Assim, não há que se falar em nulidade da prova pelo juízo, a menos que, excepcionalmente, se constate falsidade da prova ou da prova da cadeia de custódia, peculiaridade a ser resolvida em procedimento próprio (incidente de falsidade), conforme sustentado por Dallagnol e Câmara.⁹⁵

Finalmente, dado que a disciplina da cadeia de custódia se voltou essencialmente a vestígios de locais de crime e sujeitos à perícia, com maior razão o magistrado deve assumir postura ainda mais temperada e prudente na sua avaliação em caso de vestígios outros, como documentos obtidos em cumprimento de mandado de busca e apreensão, atribuindo peso menor para a eventual mácula nessas situações.

⁹³ COELHO, W. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do MPR, 1996. p. 93 e 107.

⁹⁴ Segundo Faccini Neto e Ramires, verdade possível no processo penal é uma construção intersubjetiva, que se apresenta no processo como uma compreensão narrativa do mundo (FACCINI NETO, O.; RAMIRES, M. Refutando a indiferença do ceticismo: a estrutura narrativa dos casos penais e a função do juiz na produção da prova. In: SALGADO, D. R.; QUEIROZ, R. P. [org.]. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 48). Ao se basearem nos ensinamentos de Calvo González (2013), os autores acrescentam que a “verdade dos fatos” no processo é um produto interpretativo dos fatos extraído de uma estrutura narrativa, que se destina a construir a melhor resposta para os fatos em sintonia com as normas.

⁹⁵ DALLAGNOL; CÂMARA, 2019, p. 531. Segundo os autores, falsidade da prova é o questionamento direto da prova, no sentido de que ela foi falsificada ou deturpada, enquanto a falsidade da prova da cadeia de custódia da prova diz respeito à alegação de forjamento ou adulteração da documentação pertinente ao rastreamento do vestígio, nominada de ficha de acompanhamento de vestígio no § 4º do art. 158-D do CPP.

4 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cadeia de custódia da prova veio para aperfeiçoar a persecução penal no sentido de fornecer informações que subsidiem a análise da higidez, da integralidade e da fiabilidade da prova. Nem é preciso dizer, portanto, que tal instituto não possui o propósito de inviabilizar a persecução penal. Nessa perspectiva, é salutar que a discussão sobre a prova parte do pressuposto de que o sistema jurídico deve ser analisado como um todo, e não estrita e isoladamente, dada a ideia de unidade e equilíbrio que permeia o direito.⁹⁶ Daí por que se buscou apresentar algumas concepções teóricas voltadas à formação de um raciocínio mais lógico e coerente possível.

É certo que a produção probatória possui limites que objetivam, acima de tudo, assegurar o real equilíbrio entre as partes e, assim, o devido processo legal, notadamente o direito à ampla defesa e ao contraditório. Apesar disso, essa limitação não ocorre de modo arbitrário ou indiscriminado, mas sim em decorrência de fatores como a já comentada experiência comum, sem perder de vista a necessidade de se garantir a efetividade do processo.⁹⁷

Como bem pontuado por Valente,⁹⁸ a verdade, ainda que alcançada a partir de proposições falíveis, é algo muito sério para ser tratada como banalidade. Da mesma forma, enquanto instrumento vocacionado a contribuir para o alcance da verdade processual, não se deve banalizar a cadeia de custódia ao ponto de considerar toda e qualquer falha no procedimento como motivo suficiente a inadmitir determinada prova que, aliás, tem sua relevância para o desfecho de determinada causa. Isso porque, sendo a prova um instrumento válido à demonstração dos fatos, ela serve como critério objetivo para oportunizar às partes estimar suas reais chances de sucesso,⁹⁹ viabilizando, com isso, a real aplicação da paridade de armas no âmbito processual.

Enfim, a pretensão foi de contribuir para este interessante e necessário debate que toca diretamente a prova no processo penal, na expectativa de, ao menos, gerar reflexões que conduzam ao contínuo aperfeiçoamento da matéria.

⁹⁶ VALENTE, 2020, p. 35 e 44.

⁹⁷ BEDAQUE, 2007 *apud* MENEZES, P. B. D. *Novos rumos da prova pericial*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2013. p. 172-173.

⁹⁸ VALENTE, 2020, p. 31.

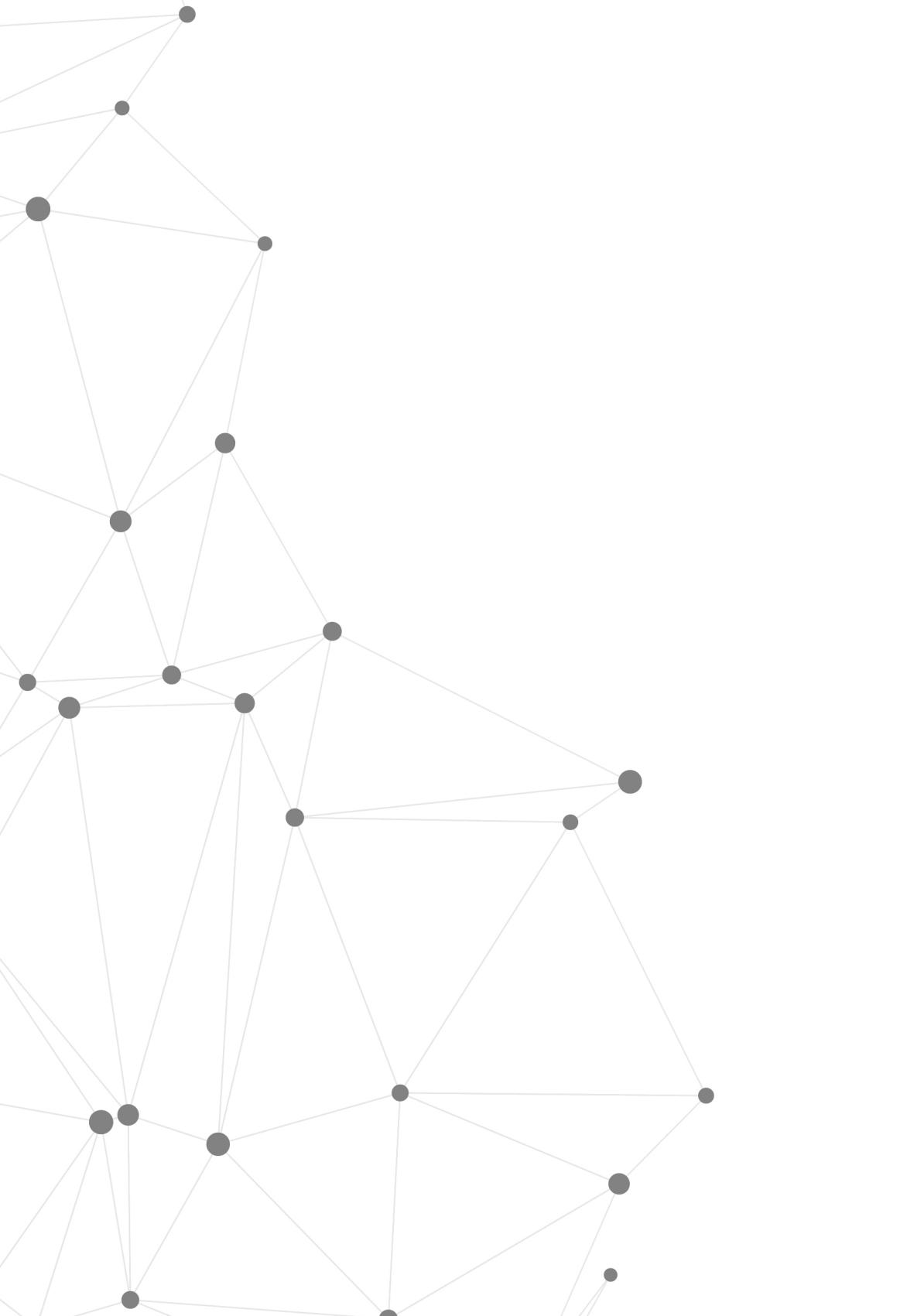
⁹⁹ MENEZES, 2013, p. 44.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, G. H. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, R.; LOPES, A. B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 517-538.
- BADARÓ, G. H. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BADARÓ, G. H. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, G. H. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, p. 43-80, 2018.
- BRANDÃO, B. M. D. C. A quebra da cadeia de custódia e suas consequências. In: CAMBI, E. C.; SILVA, D. S.; MARINELA, F. (org.). *Pacote anticrime*: volume II. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021. p. 107-121.
- CABRAL, T. C. Cadeia de custódia: uma leitura a partir da teoria das nulidades. In: GOMES, C. S. C. L. B.; PINTO, F. M.; SILVA, G. H. S. (coord.). *20 anos do Instituto de Ciências Penais*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 369-382.
- CARVALHO FILHO, J. D. S. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CERVANTES, E. A. *La cadena de custodia en el procedimiento penal mexicano*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2016.
- COELHO, W. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do MPRS, 1996.
- CUNHA, R. S. *Pacote anticrime*: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020.
- DALLAGNOL, D. M. *As lógicas das provas no processo*: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- DALLAGNOL, D. M.; CÂMARA, J. A. S. R. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, D. R.; QUEIROZ, R. P. (org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 529-566.
- FACCINI NETO, O; RAMIREZ, M. Refutando a indiferença do ceticismo: a estrutura narrativa dos casos penais e a função do juiz na produção da prova. In: SALGADO, D. R.; QUEIROZ, R. P. (org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 29-56.

- FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERRER BELTRÁN, J. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- FERRER BELTRÁN, J. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- FERRER BELTRÁN, J. *Valoração racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021.
- FERRUA, P. *La prova nel processo penale*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2015.
- GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GOMES FILHO, A. M. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.
- GOMES FILHO, A. M.; TORON, A. Z.; BADARÓ, G. H. *Código de processo penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- GRECO, L. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v. 4/5, n. 4/5, p. 213-269, 2003-2004.
- LAUDAN, L. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Tradução de Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LIMA, R. B. D. *Manual de processo penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- LIMA, R. B. D. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v. único.
- LOPES JUNIOR, A. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MAGNO, L. E.; COMPLOIER, M. Cadeia de custódia da prova penal. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, n. 57, p. 195-219, jan./mar. 2021.
- MALATESTA, N. F. D. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Russel, 1995. v. II.
- MARCÃO, R. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.
- MELLO, C. A. B. D. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENEZES, P. B. D. *Novos rumos da prova pericial*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2013.

- NATAL MARCOS, N. *La cadena de custodia: algunos problemas específicos de exclusión probatoria*. 2020. Trabajo fin de máster (Máster Universitario de Abogacía) – Facultad de Derecho, Universidad de León, León, 2020.
- NUCCI, G. D. S. *Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- OLIVEIRA, E. P. D. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PEREIRA, F. V. *Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- PRADO, G. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- PRADO, G. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- REYES, P. B. *Manual de investigación criminal: una perspectiva de la evidencia*. México: Tirant lo Blanch, 2016.
- SALVADOR NETTO, A. V. et al. *Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019*. São Paulo: Almedina, 2020.
- SUMMERS, R. S. Formal legal truth and substantive truth in judicial fact-finding-their justified divergence in some particular cases. *Law and Philosophy*, New York, v. 18, n. 5, p. 497-511, 1999.
- TARUFFO, M. *Aprova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, M. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- TAVARES, J.; CASARA, R. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- UBERTIS, G. *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè, 2015.
- VALENTE, M. M. G. *Cadeia de custódia da prova*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020.





CAPÍTULO 7

CUSTÓDIA E ANÁLISE DE DADOS ORIUNDOS DE APARELHOS ELETRÔNICOS APREENDIDOS POR ORDEM JUDICIAL

*Hewerton Jorge Bastos de Andrade
Vinícius de Jesus Santos*

1 · INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia tem proporcionado um aumento da interação entre os seres humanos, superando as dificuldades de comunicação, ideias e informações. É perceptível o quanto a comunicação se tornou mais presente e efetiva, conectando pessoas ao redor do mundo em frações de segundos, fazendo com que a distância deixe de ser uma barreira, bastando apenas um aparelho eletrônico para superá-la e substituir a presença física na transmissão de uma informação.

Atualmente, os equipamentos eletrônicos, os softwares e aplicativos de troca de mensagens, das mais diversas formas, estão mais frequentes e acessíveis, tendo se tornado uma realidade no cenário mundial, o que provocou uma revolução no modo de vida dos cidadãos e suscitou alguns aspectos que merecem ser analisados.

Segundo levantamento realizado pela consultoria Newzoo, em 2021 o Brasil ficou entre os cinco países com maior número de smartphones ativos. O número de horas de consumo de conteúdo por smartphone teve um crescimento de 6% no mesmo período.¹

A Fundação Getulio Vargas, em pesquisa similar realizada pelo Centro de Tecnologia de Informação Aplicada, informa que o Brasil possui dois

¹ BRAUN, Daniela. Além da Apple, outros fabricantes de celulares devem boicotar Rússia, diz consultoria. *Valor Econômico*, São Paulo, 2 mar. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2022/03/03/alem-da-apple-outros-fabricantes-de-celulares-devem-boicotar-russia-diz-consultoria.ghtml>. Acesso em: 9 mar. 2022.

dispositivos digitais (computadores, notebooks, tablets e smartphones) por habitante, totalizando quatrocentos e quarenta milhões de dispositivos, sendo a venda de celulares quatro vezes maior que a de televisores.²

Diante das perspectivas do cenário digital, somadas à facilidade de comunicação por meio de equipamentos eletrônicos, surge a necessidade de questionamento do uso de dados digitais como prova judicial, ou seja, análise de conteúdos pertinentes às investigações contidos nos equipamentos eletrônicos. Com isso, sobrevém responder aos seguintes questionamentos: como fazer a coleta, a análise, a custódia e o armazenamento de provas digitais em cumprimento de medidas judiciais, haja vista sua sensibilidade e volatilidade, de forma que possam ser utilizados como evidências no curso do processo criminal?

2 · COLETA DE DADOS DIGITAIS

Diante do panorama apresentado, por se tratar de conteúdos extremamente sensíveis e voláteis, quais ações adotar para garantir sua integridade para que possam ser utilizados como evidências no curso do processo?

Para coletar, extraír, analisar e preservar as evidências digitais sem comprometê-las, é necessário que o analista tenha conhecimento da base legal que fundamenta o trabalho a ser realizado, destacando alguns aspectos contidos nas leis que o norteiam, abalizados mais adiante, como também conhecimento técnico, haja vista que um simples comando poderá comprometer toda a cadeia de prova, acarretando sua possível nulidade.

Em face do exposto, vale observar os seguintes aspectos legais: Lei n. 13.964/2019 – Pacote Anticrime, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal; Lei n. 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive em meios digitais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade. Essa lei considera como tratamento de dados digitais toda operação com o objetivo de coletar, acessar, utilizar, extraír, entre outros, os dados digitais. A Lei n. 12.965/2014 – Marco Civil da Internet – estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, determinando diretrizes de atuação; a Lei n. 12.737/2012 – Lei de

² BRASIL tem dois dispositivos digitais por habitante, revela pesquisa da FGV. *Portal Fundação Getulio Vargas*, [s. l.], 21 maio 2021. Disponível em: https://portal.fgv.br/noticias/brasil-tem-dois-dispositivos-digitais-habitante-revela-pesquisa-fgv?utm_source=portal-fgv&utm_medium=fgvnoticias&utm_campaign=fgvnoticias-2021-05-25. Acesso em: 9 mar. 2022.

Crimes Cibernéticos – dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; a ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013 aborda as diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação da evidência digital, sendo essa norma de fundamental importância para a padronização mundial e atuação de agentes no âmbito da investigação cibernética e forense digital.

Nesse contexto, surge a necessidade de se evocar o conceito de coleta: “Coleta é o processo que consiste em recolher o dispositivo questionado de sua localização original para um laboratório ou outro ambiente controlado para posterior aquisição e análise”.³

Como já mencionado, algumas atividades importantes e específicas no tratamento da prova digital são padronizadas pela ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013, incluindo desde a coleta de aparelhos eletrônicos até os resultados de análises obtidos.

No momento da coleta, é imprescindível que algumas medidas sejam adotadas com o intuito de preservar a evidência e não modificar o seu conteúdo original, a começar pelo isolamento da região onde estejam dispostos os equipamentos eletrônicos coletados, evitando que pessoas não capacitadas, ou até mesmo familiares e o próprio investigado, tenham acesso aos equipamentos após a coleta realizada.

É importante, ainda, tomar todas as providências necessárias à proteção do local onde se encontram os equipamentos eletrônicos, tais como isolar e assegurar o local, evitando o acesso de pessoas que possam destruir ou inutilizar a evidência, conforme mencionado; manter quaisquer indivíduos afastados de fontes de energia como tomadas, estabilizadores, *nobreaks* e disjuntores; registrar a disposição de fios e cabos, bem como a localização do equipamento, se possível com fotos.

Recomenda-se cautela no uso de ferramentas para a coleta/aquisição da evidência ainda na sede do local em que foi encontrada, visto que o uso de ferramenta inadequada para a situação pode acarretar a perda parcial ou integral de dados.

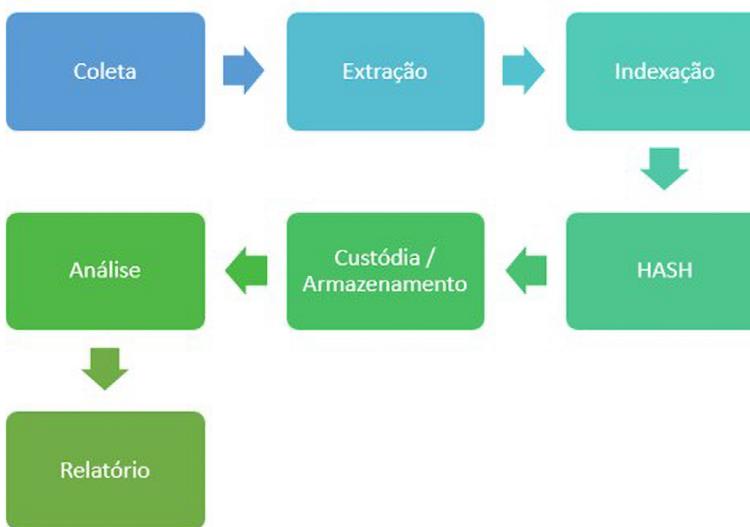
Essas medidas são fundamentais e importantes, pois visam impedir a modificação e a destruição do equipamento eletrônico apreendido, garantindo a cadeia de custódia e a validade da prova digital após a extração e a análise realizadas.

³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT NBR ISO/IEC 27037: Tecnologia da informação – Técnicas de segurança – Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

Após a coleta dos equipamentos relevantes para a investigação, é necessário que eles sejam identificados com a qualificação do investigado/usuário e devidamente lacrados em envelopes que permitam a identificação caso o lacre seja rompido, visando sempre à preservação e integridade dos dados ali contidos.

Na fase da coleta/aquisição, é importante priorizar os equipamentos passíveis de perdimento de dados, de acordo com as condições em que se encontram, como dependência de energia de alimentação, e conforme os níveis indicados no ponto inicial. Se no processo da identificação for constatado que os dados possuem algum tipo de criptografia, é recomendável realizar o processo de aquisição ainda na sede do local da busca, e na impossibilidade desse procedimento, deve-se manter o equipamento ligado para realizar o procedimento em local oportuno.

FIGURA 1 · FLUXO PRÁTICO DO TRATAMENTO DA PROVA DIGITAL



Fonte: Elaborada pelos autores.

Um grande desafio na fase da coleta/aquisição é o de se fazer um filtro para identificação e apreensão apenas do que for pertinente para a investigação em curso, pois a coleta de equipamentos desnecessários irá, certamente, acarretar sobrecarga nas subetapas do processo de tratamento da evidência digital.

É de suma importância observar as condições em que os equipamentos eletrônicos se encontram no momento da coleta, os quais podem ser classificados em quatro categorias, sendo elas:

Equipamento quente	Equipamento ligado, desbloqueado e com senha de desbloqueio fornecida ou sem existência de senha de bloqueio.
Equipamento parcialmente quente	Equipamento ligado, desbloqueado, mas sem fornecimento de senha de desbloqueio.
Equipamento parcialmente frio	Equipamento ligado, bloqueado e senha não fornecida.
Equipamento frio	Equipamento desligado, bloqueado e senha não fornecida.

O melhor estado para a fluidez e agilidade do processo é o equipamento estar na condição quente, pois dessa forma minimizam-se os riscos de não obter êxito na extração do conteúdo contido no equipamento eletrônico coletado. Ainda, com o intuito de proporcionar o melhor fluxo ao processo de tratamento, sugere-se a observação dos seguintes procedimentos:

- Mesmo a senha sendo fornecida, recomenda-se sua remoção/desativação de imediato para obter uma melhor dinâmica da equipe de análise/extração.
- Não permitir que o investigado tome posse do equipamento eletrônico após a coleta para inserir senhas ou realizar qualquer tipo de manuseio, de forma a preservar a integridade do equipamento/conteúdo.
- Nos casos em que a senha fornecida esteja incorreta, não insistir na sua digitação, tendo em vista a existência de programações que restauram o equipamento para suas configurações iniciais de fábrica após seguidas tentativas de acesso sem sucesso.
- Verificar se existem outras senhas de bloqueio do dispositivo e/ou dos aplicativos de mensagens instantâneas, a exemplo de WhatsApp, Signal, Telegram, entre outros, bem como pastas seguras, haja vista que os diversos aplicativos contidos nos equipamentos possuem a opção de senha de bloqueio própria. Atentar para a desativação da função de dupla autenticação, disponível em alguns aplicativos, para evitar futuros bloqueios no momento da extração.
- Mesmo após o fornecimento/remoção da senha de bloqueio de tela, sugere-se que o dispositivo seja reiniciado, a fim de verificar a existência de senha de bloqueio para inicialização, tendo em vista a possibilidade de configuração de senhas distintas.
- Colocar o equipamento em modo avião de imediato, ponto bastante discutido, considerando que a ativação desse modo impede que

determinados procedimentos sejam executados, como no caso dos smartphones com sistema operacional IOS (iPhone, iPad, MacBook), nos quais, ao se ativar o referido modo, em certos casos, impede-se a desativação do código de bloqueio.

- A depender do teor da decisão judicial que concedeu a medida cautelar de busca e apreensão, recomenda-se, antes de ativar o modo avião, acessar aplicativos que possibilitem exibir conteúdos armazenados em nuvem,⁴ como, por exemplo, e-mails, Google Maps, anotações contendo informações de e-mails, senhas, códigos, carteiras de criptomoedas, entre outros.
- No caso de equipamentos em que não seja possível habilitar o modo avião e desligar todas as demais conexões (wi-fi, bluetooth etc.), deve-se acondicioná-los em envelope do tipo Gaiola de Faraday⁵ ou, na ausência deste, sugere-se embrulhá-los em papel alumínio.

A coleta pode ser realizada, também, em evidências não digitais e evidências cruciais, sendo necessário proceder de forma diferente, tendo em vista a especificidade de cada.

As evidências, independentemente de sua forma, possuem a mesma relevância, não sendo possível desprezar nenhum aspecto de segurança em sua coleta. As informações se completam e, nas evidências não digitais, pode-se obter senhas, códigos, notas, juntando uma gama de documentos que, correlacionados com as evidências digitais, passam a fazer sentido e a ser úteis ao direcionamento da instrução criminal.

Dispositivos cruciais são aqueles que, diante da sua importância, não podem ser desligados ou desconectados de redes ou não podem ser removidos, como, por exemplo, servidores.⁶ É essencial realizar a análise do equipamento e, se constatada a necessidade, a aquisição deverá ser feita no exato momento

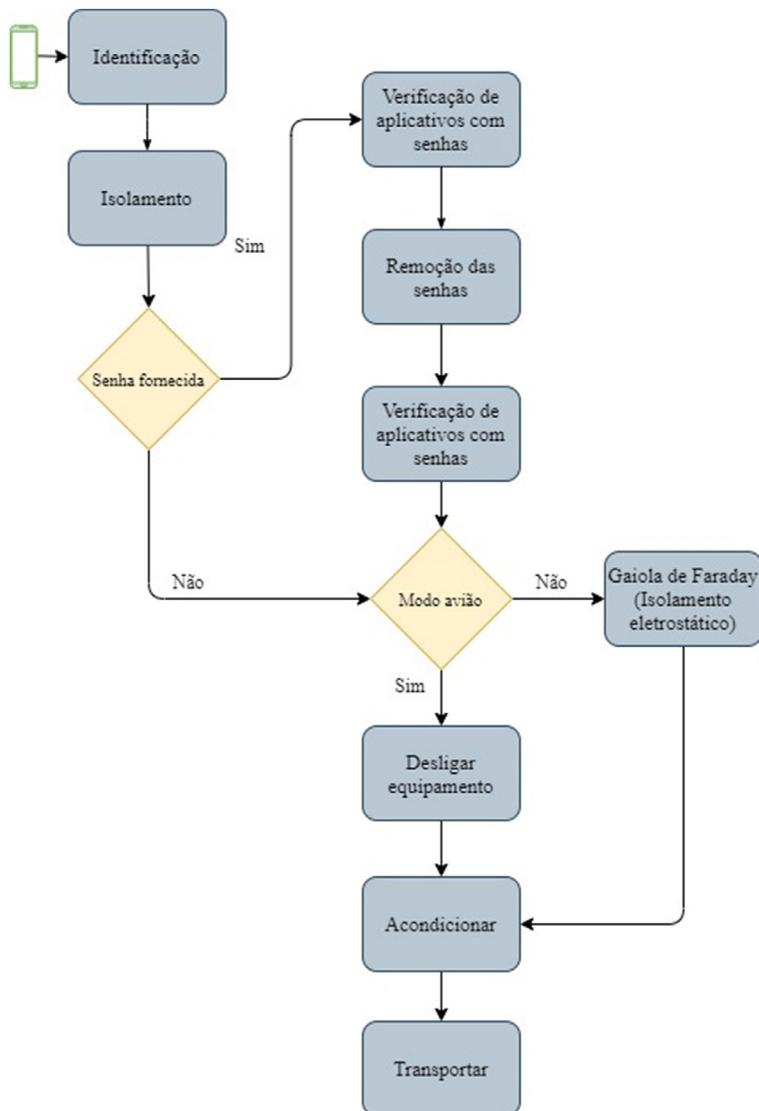
⁴ Nuvem: “[...] termo utilizado para descrever uma rede global de servidores, cada um com uma função única. A nuvem não é uma entidade física, mas uma vasta rede de servidores remotos ao redor do globo que são conectados e operam como um único ecossistema. [...]”. (O QUE é nuvem? Azure, [s. l.], 2022. Disponível em: <https://azure.microsoft.com/pt-br/overview/what-is-the-cloud/>. Acesso em: 3 mar. 2022).

⁵ A Gaiola de Faraday é um invólucro feito de material condutor utilizado para blindar o seu interior de interferências eletromagnéticas externas, realizando uma blindagem eletrostática, evitando assim que o equipamento coletado sofra qualquer tipo de interferência externa ou remota.

⁶ “Um servidor é um computador equipado com um ou mais processadores, bancos de memória, portas de comunicação, softwares e, ocasionalmente, algum sistema para armazenamento de dados, como *hard disks* internos ou memórias SSD.” (O QUE

do cumprimento do mandado. Para fins didáticos, segue abaixo um fluxo prático das etapas de coleta de um smartphone.

FIGURA 2 · ETAPAS PRÁTICAS DA COLETA



Fonte: Elaborada pelos autores.

é um servidor em computação? Controle Net, São Paulo , 7 jun. 2018. Disponível em: <https://www.controle.net/faq/o-que-sao-servidores>. Acesso em: 15 mar. 2022).

Importante, também, identificar o nível de volatilidade da evidência digital. Por exemplo, em se tratando de dados em memória RAM, estes são facilmente apagados com um simples procedimento de desligamento do equipamento.

Portanto, é uma evidência digital volátil, dada sua capacidade de alteração/perdimento.

Noutro giro, temos as evidências não voláteis, quais sejam: pen drive, HD, cartão de memória, que não se perdem facilmente pelo ato de desligar, mas não estão isentas de sofrerem danos, pois caso o agente/analista não seja capacitado, poderá ocasionar o perdimento total ou parcial do objeto.

Para que o filtro seja feito de maneira assertiva no momento da coleta, normalmente sugere-se a utilização de motores de busca, palavras-chave a serem procuradas que tenham ligação direta com os delitos cometidos e investigados no procedimento.

Caso o equipamento eletrônico não possua nada de relevante para a instrução criminal, descarta-se a possibilidade de apreensão e coleta, de modo a garantir uma produtividade mais eficaz nas fases posteriores do tratamento da evidência digital.

Após a coleta, é imprescindível o recebimento dos equipamentos pelo setor competente para fins de manutenção da cadeia de custódia, com os registros e cautelas de sigilo de praxe, visando posterior liberação desses equipamentos para a realização de extração e análise, iniciando-se assim uma nova etapa do processo de tratamento, tecnicamente chamada de análise de dados.

3 · ANÁLISE DE DADOS

A análise de dados consiste no ato de buscar, localizar e identificar todo e qualquer conteúdo que possua relação direta ou indireta com o objeto da investigação, bem como encontrar indícios que corroborem a identificação dos agentes envolvidos no ato ilícito, de modo que o relatório técnico, produto final desta etapa, contenha o máximo de informações para subsidiar as decisões da autoridade requisitante.

Nessa fase, recomenda-se a utilização de softwares forenses, que garantem a integridade e a preservação dos dados contidos nos equipamentos, de forma que, ao ser gerado o relatório técnico, as evidências tragam consigo as informações que possibilitem a identificação de sua origem.

Considerando a necessidade de preservação das evidências digitais, a análise deverá ser procedida, sempre que possível, tendo como base a cópia integral do dispositivo arrecadado, de forma que tais evidências sejam preservadas em sua origem, evitando que qualquer manipulação resulte na alteração dos dados, garantindo assim a sua validade. Dentro desse contexto, torna-se necessário citar as etapas que antecedem o processo de análise, sendo elas:

- **Extração:** Consiste no procedimento de importação, organização e exportação de informações contidas na evidência eletrônica apreendida. O primeiro passo da extração é o espelhamento, ou seja, a cópia integral dos dados contidos em um equipamento eletrônico, o qual pode ser realizado de diversas maneiras, sendo a mais recomendada a mídia para arquivo, ou seja, todo conteúdo presente na mídia estará contido em arquivo.
- **Indexação:** É uma técnica que organiza os dados no dispositivo de armazenamento, importante para tornar possível a legibilidade das informações após o processo de extração.

Importante ressaltar que essa fase também é realizada por analista capacitado que, entre as mais diversas formas de tentativas de extração, consiga recuperar dados apagados, dados contidos no equipamento, realizando assim uma extração completa que irá proporcionar uma análise mais robusta.

Após a extração e a indexação, os dados são disponibilizados para análise, uma nova etapa na qual não só se busca o ilícito relacionado ao objeto da investigação, como também se procura identificar novos detalhes (pessoas, veículos, locais, datas, entre outros), correlacionando-os com o fato atípico, reproduzindo todo conteúdo relevante de maneira fidedigna, ressaltando a imparcialidade.

A etapa da análise é tão importante quanto as outras fases do tratamento da evidência digital e exige do analista o conhecimento técnico e do procedimento que impulsionou a coleta da evidência digital analisada. Portanto, antes de o analista debruçar-se sobre os dados, deverá buscar a informação acerca do objeto da investigação.

É importante também que o analista seja capacitado, tenha um alto poder de síntese e que a análise ocorra em laboratório apropriado, pois somente assim ela tenderá a obter o aproveitamento máximo esperado e contribuirá de forma efetiva para a instrução.

No laboratório de extração e análise, buscando atender com celeridade o curso da investigação e o trâmite processual, recomenda-se que sejam estabelecidos alguns prazos para conclusão e entrega do relatório técnico final ou parcial, observado o previsto na legislação nos seguintes casos: 1) em procedimentos nos quais o investigado esteja cumprindo medida cautelar privativa de liberdade (réu preso); 2) em procedimentos nos quais o investigado esteja respondendo em liberdade (réu solto).

Vale salientar que os prazos a serem definidos podem variar de acordo com a necessidade e a realidade de cada instituição, bem como podem ser alinhados com a autoridade requisitante, levando em consideração a complexidade e o volume de dados a serem analisados. Ainda, considerando a quantidade de arquivos relevantes contidos na extração, os analistas, por terem um prazo curto e o compromisso de entregar um relatório técnico imparcial, com o maior nível qualitativo possível, poderão proceder à entrega de um relatório parcial, contendo as evidências encontradas até o momento de sua confecção, indicando, também, a possibilidade da elaboração de relatórios complementares com o decorrer da análise.

Dessa forma, o analista pauta suas ações, primeiramente, nas informações diretamente ligadas ao fato de maior relevância, que possa robustecer de imediato as investigações, e posteriormente continua a análise de forma gradativa, fazendo alusão ao primeiro relatório, caso necessário, para apresentar o panorama completo das evidências encontradas nos equipamentos em análise.

À vista disso, a produção do relatório de análise poderá ser parcial, quando apenas os dados julgados relevantes forem adquiridos, ou integral, quando a sua totalidade for coletada. Dentro desse contexto, surge a necessidade de os relatórios de análise de equipamentos digitais e os de materiais não digitais se complementarem, para que juntos apresentem à autoridade competente, de maneira técnica, todas as evidências pertinentes à investigação em epígrafe.

O analista tem que levar em consideração diversos aspectos que são primordiais para buscar as evidências e dar sentido às informações que, naquele momento, não tenham relação com os fatos investigados.

Os dispositivos eletrônicos, em regra, possuem diversos aplicativos, desde os destinados à troca de mensagens até os usados para transações financeiras, sendo necessária a análise de todos os dados existentes, de maneira global, em todos os itens contidos nos equipamentos.

Um bom exemplo é uma investigação na qual, após o cumprimento de medida cautelar de busca e apreensão, foi apreendido um aparelho celular de investigado suspeito de ter cometido delito de estelionato. Nesse aparelho, foram localizados diversos aplicativos de instituições financeiras, exibindo informações de terceiros. Após verificação, foi constatado tratar-se de vítimas de movimentações financeiras realizadas sem autorização/conhecimento.

Portanto, demonstra-se a importância de analisar todos os dados contidos nos equipamentos, e não somente os aplicativos de troca de mensagens.

Considerando a necessidade de ilustrar a estruturação de um relatório técnico de análise, sugere-se a inclusão dos seguintes itens:

- **Capa** – Contém o número do relatório, o nome da operação ou o número do procedimento, assunto e difusão (destinatário).
- **Contracapa** – Contém o número do relatório, a data de finalização da análise, o assunto, a origem (órgão requisitante), o número do procedimento (que concedeu a medida cautelar), a difusão, bem como informar qual objeto será analisado em face do procedimento de investigação que deu origem à medida cautelar.
- **Sumário** – Traz a enumeração das divisões do relatório.
- **Introdução** – Apresenta breve relato com a qualificação do investigado, os objetos a serem apreendidos, a data e o endereço do cumprimento, contidos na medida cautelar, e aponta, ainda, o principal objetivo da apuração.
- **Objeto analisado** – Consta a descrição dos objetos que serão analisados no relatório, com o máximo de detalhes (tipo, marca, modelo, cor, IMEI, entre outros), bem como o Auto Circunstaciado de Busca e Arrecadação ou documento similar.
- **Objetivo da análise** – Descreve os objetivos do relatório, a metodologia utilizada para confecção. Importante destacar a existência de outros relatórios de análise de materiais não digitais, produzidos no bojo da mesma investigação, de maneira que haverá um exame conjunto para melhor visualização dos fatos investigados.
- **Resultado da análise** – É o fruto da análise do objeto, descrito em tópico anterior do relatório, destacando a localização de informações

relevantes à investigação. Importante catalogar em subtópicos cada item contido no equipamento, bem como as evidências digitais encontradas. Na análise de aplicativos com fotos e nomes no perfil, recomenda-se que se apresente essa imagem como forma de corroborar a qualificação do usuário e possíveis vínculos.

- **Conclusão** – Assim como em toda a análise, orienta-se que o analista não emita opiniões ou impressões pessoais, focando apenas nas evidências encontradas.

É de fundamental importância que o analista procure entender o contexto da investigação, apontando palavras-chave, nomes relevantes e ilícitos supostamente cometidos pelo investigado, de forma que a busca e a análise sejam precisas e coerentes, reduzindo, então, o risco de não constarem informações relevantes. É importante, ainda, que não se divulguem fatos que venham a expor a privacidade do investigado, apontando apenas ocorrências relacionadas com as atividades ilícitas, preservando, assim, sua integridade e particularidade.

Como forma de ratificar o conteúdo contido no relatório, é importante recortar do arquivo indexado/espelhado as imagens que comprovem a existência dos conteúdos analisados, bem como seus metadados.

Em se tratando de arquivos de áudio, deve-se indicar o nome do arquivo (índice), a duração, a data e o horário, além de degravára⁷ todo o seu conteúdo.

Dentro desse contexto, destaca-se a importância de proceder com a análise dos metadados dos arquivos extraídos.

Os metadados são parte da estrutura de um dado principal, responsáveis por fazer dele um conjunto de informações úteis, ou seja, se o objeto da análise é uma fotografia, temos o dado principal, porém aquela fotografia, em muitos casos, pode carregar consigo outras informações importantes, como data, hora, localização, autor da modificação e equipamento em que foi tirada, contribuindo com a contextualização do dado bruto.

A função principal dos metadados é proporcionar ajuda na catalogação e recuperação de dados, podendo eles ser classificados em três tipos:

⁷ "Degravação é uma transcrição literal em texto de um conteúdo em áudio ou vídeo. A peculiaridade desse tipo de transcrição é a sua utilização em processos judiciais e deve incluir todas as falas exatamente como foram ditas. Ou seja: fidelidade máxima." GONZALES, Cristina. Qual a diferença entre transcrição e degravação? *Migalhas*, [s. l.], n. 5.328, 19 jan. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/358207/qual-a-diferenca-entre-transcricao-e-degravacao>. Acesso em: 5 mar. 2022.

- Estruturado – Metadado responsável por estar interligado com uma estrutura predefinida e utilizada para armazenar dados, a exemplo dos diversos endereços eletrônicos que solicitam dados do usuário para cadastro em determinada rede social ou nos próprios sites. Nesse caso, os dados são utilizados para abastecimento do banco de dados.
- Não estruturado – Metadado que exige maior capacidade de síntese e interpretação devido à sua dificuldade de localização, a exemplo dos arquivos de texto que permitem a inserção de quaisquer dados, sem padronização. São dados qualitativos e estão dispostos em sua forma bruta absoluta.
- Semi estruturado – Metadado que não se limita a uma estrutura rígida, possuindo algumas características consistentes e definidas.

Diante do exposto, nota-se a necessidade de capacitação técnica do analista para que consiga encontrar em cada detalhe contido no equipamento digital evidências que facilitem e ajudem na elucidação do delito em caso.

Toda manipulação do equipamento eletrônico é facilmente notada e expressa com a utilização das ferramentas e equipamentos forenses. Sendo constatada, a evidência digital pode ser questionada a ponto de se tornar inservível, por isso o analista deve evitar a manipulação do equipamento após sua apreensão, consignando quaisquer alterações que porventura venham a ser feitas, sendo estas intencionais ou não.

Como citado, os equipamentos eletrônicos, quando explorados em análise, proporcionam informações que levam ao mapeamento de toda e qualquer alteração sofrida, com registros de datas e local, sendo necessário que o analista possua capacidade técnica de ligar os fatos a ponto de esclarecer e encontrar o que se busca, preservando sempre a integridade do investigado e só consignando em termo o que se faz pertinente para a elucidação dos fatos.

Existem duas categorias de indivíduos que podem fazer o tratamento da evidência digital, sendo eles os *interventores*, que são os indivíduos com conhecimento suficiente para auxiliar no manuseio da prova digital, e os *especialistas*, que, por possuírem nível elevado de conhecimento e técnica, podem garantir a preservação da evidência digital.

A prova digital pode ser facilmente modificada e destruída caso o tratamento seja inadequado, sendo necessário realizar a análise em

laboratório apropriado, com os equipamentos e aplicativos forenses adequados, para minimização dos riscos de inviabilidade do uso.

Dentro desse contexto, a norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013 nos traz quatro aspectos fundamentais no tratamento da prova:

Auditabilidade: Possui o intuito de determinar se o método científico, técnica ou o procedimento foi adequadamente seguido. É altamente recomendado que os processos realizados sejam documentados para uma avaliação nas atividades realizadas.

Repetibilidade: Este conceito é considerado quando os mesmos resultados de testes são produzidos utilizando os mesmos procedimentos e métodos de medição, utilizando os mesmos instrumentos e sob as mesmas condições; e pode ser repetido a qualquer tempo depois do teste original.

Reprodutibilidade: Este conceito é válido quando os mesmos resultados são produzidos utilizando diferentes instrumentos, diferentes condições; e a qualquer tempo. Exemplo: Comparando as strings de Hash.

Justificabilidade: Este conceito tem como objetivo justificar todas as ações e métodos utilizados para o tratamento da evidência digital. A justificativa pode ser considerada demonstrando que a decisão foi a melhor escolha para obter toda a potencial evidência digital. (Grifos nossos).

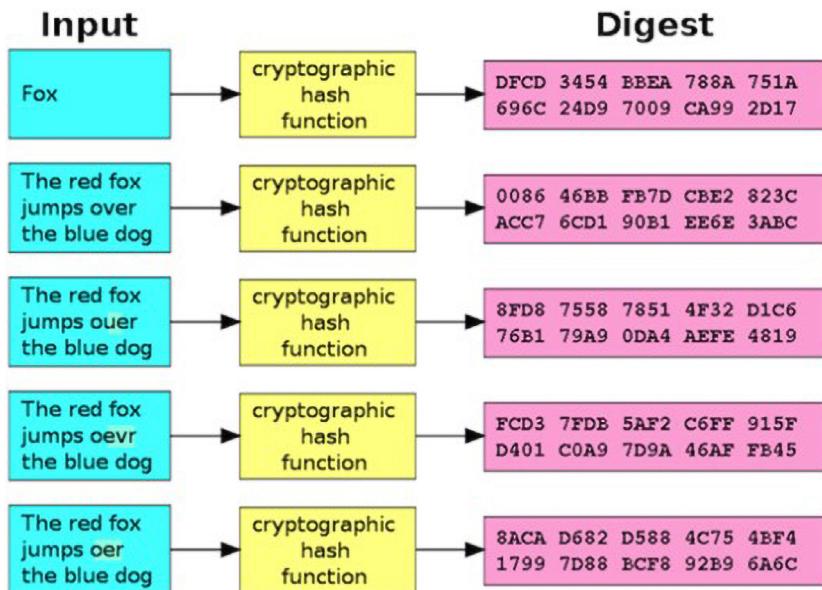
Perante tais aspectos, nota-se a necessidade de o analista ser extremamente capacitado e não violar as regras para que seu resultado seja auditável – caso seja necessário repetir a análise, que chegue ao mesmo resultado, o que constata que não houve interferências, manipulações ou parcialidade do analista. De igual forma, que os resultados se reproduzam quantas vezes for necessário e seu propósito seja justificado atendendo aos fundamentos legais, e não a interesses pessoais, sendo a verdade dos fatos e a não manipulação fatores primordiais para a confecção de um relatório técnico lastreado na legalidade.

Partindo do princípio de que todo resultado obtido tem que ser auditável, durante o processo de extração é gerado um código denominado *hash*,⁸ ou seja, um algoritmo utilizado com o intuito de garantir a integridade de um documento eletrônico.

⁸ “Uma função de *hash* criptográfico, muitas vezes é conhecida simplesmente como *hash* – é um algoritmo matemático que transforma qualquer bloco de dados em uma série de caracteres de comprimento fixo.” (DONOHUE, Brian. Hash: o que são e como funcionam. *Kaspersky Daily*, São Paulo, 10 abr. 2014. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/blog/hash-o-que-sao-e-como-funcionam/2773/>. Acesso em: 12 abr. 2022).

O código *hash* serve para comprovar que o analista, no momento da extração e análise, não realizou alterações no conteúdo original obtido, garantindo assim os princípios da auditabilidade e da reproduzibilidade.

FIGURA 3 · ILUSTRAÇÃO PRÁTICA DA FUNÇÃO HASH



Fonte: DONOHUE, 2014.

4 · PRESERVAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA E ARMAZENAMENTO

Dando seguimento ao ciclo de tratamento da prova digital, eis a sua última etapa, a qual, de acordo com o art. 158-A da Lei n. 13.964/2019 – Código de Processo Penal –, é assim definida:

Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Ainda, como bem define Camargo,⁹ a cadeia de custódia pode ser uma garantia que busca formalizar, de maneira detalhada, os procedimentos

⁹ CAMARGO, 2019, p. 42 *apud* BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise. *Manual prático de cadeia de custódia*. Brasília: MPF, 2021. p. 11.

executados sobre determinado elemento relevante para a constituição de uma prova.

Engrandecendo o conceito de cadeia de custódia, veja-se o voto do ministro do STJ Rogerio Schietti Cruz, proferido no bojo do HC n. 653.515-RJ (2021/0083108-7):

Doutrinariamente, a cadeia de custódia da prova tem sido conceituada como um “método por meio do qual se pretende preservar a integridade do elemento probatório e assegurar sua autenticidade em contexto de investigação e processo”.¹⁰

Eugênio Pacelli,¹¹ por sua vez, leciona que:

Cadeia de custódia [...] nada mais é do que a preservação e registro do caminho da prova, desde sua coleta até a apreciação pelo Poder Judiciário. A finalidade precípua é garantir a lisura e validade das provas que serão valoradas pelo julgador, maximizando-se o devido processo legal, sob duplo vetor: a) tanto sob a ótica da necessária apuração dos fatos na sua maior inteireza; b) como também para permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório a partir de provas e indícios que sejam considerados como válidos à luz do ordenamento jurídico.

Dessa forma, verifica-se a importância de se seguirem as regras desde a coleta (início da cadeia de custódia), análise, até o posterior armazenamento, evitando a nulidade e o prejuízo na utilização da prova que visa subsidiar as investigações em curso.

Para tanto, a norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013 padroniza o tratamento de evidências digitais, contribuindo para a aceitação, força probatória e relevância do conteúdo gerado, minimizando os riscos de violação, implantação e parcialidade na construção dos relatórios técnicos confeccionados para demonstrar as evidências digitais pertinentes ao caso em epígrafe.

A custódia da prova digital realizada dentro do que normatiza a legislação é garantia de que todo o ciclo da investigação estará preservado, contribuindo

¹⁰ PRADO, 2021, p. 162 *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 653.515 - RJ (2021/0083108-7). Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. DJ 1º fev. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=139161653&num_registro=202100831087&data=202201&tipo=3&formato=PDF. Acesso em: 17 mar. 2022.

¹¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2021. p. 547.

para o seu fluxo justo, haja vista que o seu tratamento fora dos padrões legislativos pode trazer sérios riscos para a investigação, inclusive anulando-a.

Para garantir o fluxo da cadeia de custódia, existem formulários que auxiliam na rastreabilidade das evidências, sendo eles de coleta, transporte, recebimento e descarte.

Esses formulários contêm a descrição detalhada do equipamento eletrônico apreendido (fabricante, marca, modelo, número de série) bem como dados da coleta (nome do responsável, local, hora e data, descrição do item, receptor, entre outros), ou seja, toda a cronologia da evidência digital, todo o seu percurso, identificando sempre os responsáveis pelo seu manuseio para que não existam lacunas que gerem dúvidas quanto à integridade das informações.

Assim, pode-se afirmar que a responsabilidade pela preservação da idoneidade da prova processual da cadeia de custódia é compartilhada com todos os envolvidos na investigação, desde o agente responsável pela coleta até o perito criminal, sendo de extrema importância que todos conheçam o fluxo para garantir a integridade das evidências coletadas, minimizando os possíveis questionamentos.

Dada a importância da cadeia de custódia, um dos quesitos que merecem atenção é a forma de armazenamento dos vestígios digitais obtidos, isso porque é temerário, por exemplo, armazenar tais conteúdos em dispositivos de mídia do tipo CD/DVD, pen drives, diante da facilidade com que são corrompidos, comprometendo assim o ciclo de tratamento da prova digital.

O armazenamento dos dados extraídos demanda das instituições um maior investimento voltado para infraestrutura de redes e servidores, o que é demasiadamente oneroso. Esse investimento é indispensável, tendo em vista que, com o *boom* tecnológico, é fácil coletar dispositivos que superam a capacidade de armazenamento de 1 terabyte,¹² e esse volume de dados arrecadados implica não só no aumento da capacidade de armazenagem, mas também na necessidade de medidas de segurança para custodiar os dados, primando pela sua inviolabilidade.

Ainda no que concerne aos cuidados adotados, não se pode deixar de lado os aspectos físicos do armazenamento, haja vista que o ambiente

¹² 1 terabyte (TB) = 1.000 gigabyte (GB) = 1.000.000 megabytes (MB). Ou ainda, na prática, 1 TB é o mesmo que 8 smartphones com 128 GB cada.

inadequado representa riscos à integridade dos dados, pois questões simples como o calor e a umidade representam uma ameaça à integridade física de mídias e equipamentos.

Atualmente a oferta de locais destinados a armazenar as evidências digitais é bastante ampla, sendo divididos nas seguintes categorias:

- armazenamento óptico – CD, DVD, Blu-ray;
- armazenamento magnético – disco rígido;
- armazenamento magnético e óptico – CDs e DVDs regraváveis;
- armazenamento eletrônico – SSD, nuvem.

Diante do exposto, nota-se que o armazenamento digital requer grande cautela, de forma a preservar a evidência digital por tempo adequado e em ambiente apropriado, evitando perdimentos e vazamentos da informação, que, por seu teor, carece de reserva.

5 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se, ao longo do estudo e da pesquisa para o desenvolvimento deste capítulo, que fica evidente o grau de importância de como fazer a análise, a custódia e a coleta da prova judicial seguindo métodos e parâmetros preestabelecidos ao cumprir medida cautelar de busca e apreensão.

Não se pode perder de vista que a quebra da cadeia de custódia é motivo ensejador de uma possível nulidade, podendo inclusive gerar ao agente caudador procedimentos administrativos, caso reste comprovada a sua má-fé.

Nesta senda, nota-se a importância da existência de procedimentos, fluxos e mecanismos de controle que norteiem o devido acesso às evidências digitais, tendo em vista que, acima de tudo, devem ser preservados os direitos e garantias individuais previstos na Carta Magna brasileira de 1988, como descrito em seu art. 5º.

Sem a menor pretensão de esgotar o tema, lembramos ao leitor a necessidade de atentar aos precedentes sobre o Direito de Evidências, tema novo e que traz total correlação com a atividade de custódia e análise de dados oriundos de aparelhos eletrônicos apreendidos por ordem judicial.

Para tanto, trazemos à baila o que diz uma das mais importantes constituições do mundo, com pelo menos 230 anos de existência, contendo apenas 27 emendas – a norte-americana –, a qual, em sua Emenda n. VI, diz, *in verbis*:

Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado (tradução livre).¹³

O processo de tratamento das evidências digitais, apesar de possuir diferentes etapas, pode ser entendido como uno, haja vista que essas etapas são interligadas e dependentes, podendo comprometer um dado extremamente sensível e volátil caso sejam desprezadas as cautelas citadas.

É inegável a posição que a tecnologia possui perante a sociedade, quanto a ela tem-se atribuído alto valor probatório, criando-se um problema caso não lhe seja dada a devida atenção e não sejam observadas as circunstâncias peculiares no tratamento da prova digital.

Enfim, observa-se a necessidade de o agente que trabalha com tratamento de prova digital se especializar e se capacitar constantemente, pois a tecnologia rompe barreiras e inova o cenário mundial de forma contínua, fazendo com que o novo se transforme em ultrapassado cada vez em menor espaço de tempo.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA DE FORENSE DIGITAL. *Forense em mobile*. 1 vídeo (1h44). [s. l.], 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Oldch6idJ6M>. Acesso em: 1º fev. 2022.

ACADEMIA DE FORENSE DIGITAL. *Mobile forensics starter: introdução à forense em dispositivos móveis*. 1 vídeo (4h45). [s. l.], 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TRwGV1j0lh0>. Acesso em: 17 fev. 2022.

ACADEMIA DE FORENSE DIGITAL. *RFC 3227: Diretrizes para coleta e arquivamento de evidências*. São Paulo: Academia de Forense Digital, [2018?]. Disponível em: <https://academiadeforensedigital.com.br/rfc-3227-melhores-praticas-referencias/#4.1>. Acesso em: 7 fev. 2022.

¹³ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS *apud* CABRAL, Bruno F. Precedentes sobre o direito à evidência ("right to evidence") nos Estados Unidos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2336, 23 nov. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13893>. Acesso em: 18 mar. 2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT NBR ISO/IEC 27037: Tecnologia da informação – Técnicas de segurança – Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise. *Manual prático de cadeia de custódia*. Brasília: MPF, 2021.

CABRAL, Bruno Fontenele. Precedentes sobre o direito à evidência (“right to evidence”) nos Estados Unidos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2336, 23 nov. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13893>. Acesso em: 18 mar. 2022.

DONOHUE, Brian. Hash: o que são e como funcionam. *Kaspersky Daily*, São Paulo, 10 abr. 2014. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/blog/hash-o-que-sao-e-como-funcionam/2773/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

GONZALES, Cristina. Qual a diferença entre transcrição e degravação? *Migalhas*, [s. l.], n. 5.328, 19 jan. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/358207/qual-a-diferenca-entre-transcrecao-e-degravacao>. Acesso em: 5 mar. 2022.

O QUE é um servidor em computação? *Controle Net*, São Paulo, 7 jun. 2018. Disponível em: <https://www.controle.net/faq/o-que-sao-servidores>. Acesso em: 15 mar. 2022.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2021.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

SOLBRINHA, Maria Quaranta de Lobão. *Cadeia de custódia das provas digitais: a perícia técnica como instrumento das garantias*. Tese (Bacharel em direito) – Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, 2021. Disponível em: https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/14545/2/Maria_Quaranta_Lobao_Sobrinha.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.



CAPÍTULO 8

O USO DE KDD E DE RED FLAGS PARA O ENFRENTAMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E PARA A CRIAÇÃO DE MATRIZES DE RISCO NA LAVAGEM DE CAPITAIS

Rafael Lima Linhares

1· INTRODUÇÃO

No contexto brasileiro, observa-se, no passo da notória escalada dos crimes contra a Administração Pública, uma crescente preocupação – como decorrência das derivações daqueles ilícitos materiais – dos órgãos reguladores internos com o efetivo enfrentamento da *lavagem de ativos* e do financiamento ao terrorismo (LD/FT), especialmente quando praticados por organizações criminosas, centrando este capítulo maior ênfase, todavia, no estudo do *branqueamento de capitais*. Nesse exato sentido, observam-se esforços efusivos do Banco Central do Brasil (BCB) no maior alinhamento às recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro (GAFI/FATF) e o consequente combate às organizações criminosas, em compasso com a ordem mundial vigente.

Como integrante do GAFI, desde 1990, o Brasil já foi submetido a três avaliações mútuas, sendo a última oficialmente finalizada no ano de 2010. Esse processo de avaliação, na esteira da observação de obrigações processuais penais positivas, exige dos países-membros não somente o cumprimento normativo de suas recomendações, mas, também, a comprovação da efetividade de suas ações de combate e prevenção à LD/FT, com nítido repúdio ao retrocesso, destacando-se, nesta vertente, a relevância da abordagem da prevenção da lavagem de ativos e financiamento ao terrorismo (PLD/FT) baseada no risco e na necessidade de que a entidade signatária realize sua própria avaliação de desconformidades legiferantes e de rotinas de atuação.

Em termos de legislação aplicada à área, frise-se que o Banco Central do Brasil efetivou a regulamentação da PLD/FT com a publicação da Circular n. 3.978, de 23 de janeiro de 2020. Prelada carta visa aumentar a eficiência e a efetividade das políticas, dos procedimentos e dos controles voltados à PLD/FT no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, além de aprofundar a abordagem com base no risco, em linha com as recomendações do GAFI/FATF.

A referida circular reforça a necessidade de que a política, os procedimentos e os controles de PLD/FT considerem os perfis de risco dos clientes de instituições financeiras, das empresas, das operações e das transações. A norma também estabelece que os procedimentos de identificação, qualificação e classificação de usuários do Sistema Financeiro Nacional sejam compatíveis com o correspondente perfil de risco e com o nível de relacionamento negocial dos usuários com a instituição bancária, contemplando medidas reforçadas para usuários classificados em categorias de maior risco, de acordo com a política de PLD/FT e com a avaliação interna de risco da instituição.

Outro ponto a destacar consiste no maior detalhamento dos procedimentos de monitoramento, seleção e análise de operações e situações suspeitas de LD/FT, inclusive mediante o uso de bancos de dados de caráter público e privado – art. 16 da referida recomendação –, o que reforça a necessidade de se investir na *automatização de rotinas e na análise massiva de dados* para fins de combate à lavagem de capitais por organizações criminosas, sem prejuízo das investigações incidentes sobre os correlatos crimes antecedentes.

Ainda nessa linha, com o objetivo de auxiliar as instituições autorizadas no cumprimento das obrigações previstas na referida circular, e seguindo as boas práticas internacionais de supervisão, o BCB atualizou a lista exemplificativa de operações e situações com indícios de atipicidade, editando a Carta Circular n. 4.001, de 29 de janeiro de 2020, em substituição à Carta Circular n. 3.542, de 12 de março de 2012, que, com maturidade, tempo de estudo das boas práticas e análise massiva dos dados internos e externos disponíveis, pode ser efetivada por meio do uso da tecnologia para fins de cumprimento regulatório, preventivo e para tutela do patrimônio público nacional. A importância de tal implementação de procedimentos, portanto, exige uma *revisitação do modelo de negócio do Ministério Público brasileiro*, especialmente orientado à *cultura de estímulo a dados – data driven*.

Diante desse panorama, vem surgindo crescente consenso entre os especialistas e os órgãos de controle de que a tecnologia, particularmente a *Ciência de Dados*, é de grande valia para prevenir as *exposições de risco* afetas às atividades das instituições financeiras, uma vez que o uso de avançadas

ferramentas analíticas permite que se fiscalizem, rigorosamente, todos os principais ditames das regulamentações do BCB e também se aumente a assertividade dos modelos de detecção de atipicidades.

De outro vértice, para além da importância do cumprimento das referidas normas, é de se destacar que o GAFI/FATF, criado no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), também estabelece importância econômico-financeira em nível internacional, em caso de avaliações positivas do Brasil e de suas instituições.

É de se ressaltar, outrossim, que a OCDE reconhece que os crimes tributários, a lavagem de dinheiro e outros delitos financeiros afetam os interesses estratégicos, políticos e econômicos das nações, sejam elas desenvolvidas ou em desenvolvimento. E esses ilícitos, como se sabe, corroem a confiança dos cidadãos em relação ao governo, desmotivando-os a contribuir com o pagamento de tributos, o que impactará, negativamente, nas receitas de um país e provocará o afunilamento de seu desenvolvimento sustentável.

À guisa de ilustração, conforme estimativas do UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*), é de se frisar que os rendimentos criminais das atividades ilícitas globais representam cerca de 3,6% do PIB global ou US\$ 2,1 trilhões,¹ números superlativos que reclamam, urgentemente, contra-ataques por medidas eficazes.

Assim, e dentro da conjuntura do avanço da criminalidade organizada no território nacional, existem plenas justificativas de ordem técnica (análise massiva de dados para evitar manualização de rotinas e operacionalizar informações relevantes), jurídica (cumprimento de carta circular e mandamentos regulatórios internacionais), bem como financeira (criação de um ecossistema financeiro favorável à OCDE), que perfazem a importância da adoção do que será proposto neste breve excerto como resposta plausível para o enfrentamento dos delitos com sofisticação.

2 · DAS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO ATUAL DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

O *crime organizado*, diferentemente do *crime de rua*, não é cometido na presença de espectadores e em locais supervisionados pelos agentes do

¹ UNODC. Dinheiro sujo: quanto há lá fora? UNODC, [s. l.], 26 out. 2011. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2011/10/26-illicit-money-how-much-is-there.html>. Acesso em: 12 mar. 2022.

Estado. Muito ao contrário, pois urdido e consumado longe dos olhares curiosos, dentro de recônditos privados ou na surdina, quando em ambientes públicos, sendo irrigados pelo apreço ao silêncio, pelos adornos de uma aparente forma, dita legal; bem como pela criteriosa seleção de soldados para o *front line* e pelas preocupações da cúpula com o sombreamento dos rastros deixados. E, falando nestes, seus vestígios também evoluíram. Não são mais físicos ou biológicos, mas inseridos em um *digital crime scene*. A propósito, e na mesma linha dessas percepções, Antônio Scarance Fernandes vaticina ser

essencial para a sobrevivência da organização criminosa que ela impeça a descoberta dos crimes que pratica e dos membros que a compõem, principalmente dos seus líderes. Por isso ela atua de modo a evitar o encontro de fontes de provas de seus crimes: faz com que desapareçam os instrumentos utilizados para cometê-los e com que prevaleça a lei do silêncio entre os seus componentes; intimida testemunhas; rastreia por meio de tecnologias avançadas os locais onde se reúnem para evitar interceptações ambientais; usa telefone e celulares de modo a dificultar a interceptação, preferindo conversas por meio de dialetos ou línguas menos conhecidas. Por isso, os Estados viram-se na contingência de criar formas especiais de descobrir as fontes de provas, de preservá-las e permitir a produção diferenciada da prova para proteger vítimas, testemunhas e colaboradores.²

Só por isso, percebe-se que o *caráter multiforme* da tessitura das organizações criminosas – marca muito ligada aos efeitos de uma sociedade entendida, na atualidade, como *líquida* e *conectada*, capaz, assim, de conferir grande poder de mutabilidade às suas mecânicas de atuação – tem exigido dos órgãos de persecução uma urgente *revisão de seus fluxos de trabalho*, longe de qualquer exclusividade incidente sobre os *tradicionais métodos de investigação*, especialmente calcados em *provas pessoais* e que não conseguem penetrar no âmago dos recitados agrupamentos; de sorte que seus bastidores apenas poderão ser conhecidos, e efetivamente entendidos, se afastados direitos inerentes à privacidade de seus integrantes. E isso, na atualidade, apenas se alcança com o emprego, judicialmente autorizado, de *técnicas especiais* presentes na legislação de regência, observe:

A relação umbilical existente entre a criminalidade organizada e a visível desestruturação política, social e econômica da sociedade moderna

² FERNANDES, Antônio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 70, p. 229-268, jan.-fev., 2008. p. 240.

reclama do ordenamento jurídico novos e eficientes mecanismos de atuação, vale dizer, novas técnicas de investigação, sob pena de se assistir, num futuro próximo, à falência irreversível do aparato preventivo-repressivo do Estado.³

Agora, convenhamos, não é de ninguém desconhecido: o crime está cada vez mais próximo! Cidades possuem bairros demarcados por facções, como se fossem loteamentos privados. Invariavelmente, o produto dessa teia é uma sociedade assustada e que não sente, de forma segura, a presença do Estado, pois o direito parece não estar mais em sintonia com o bem comum. É preciso, assim, um *choque de realidade*, especialmente porque *crimes modernos não se comprazem com interpretações vetustas*, querendo-se dizer, neste vértice, que a mudança do paradigma investigativo deve, também, reclamar a *ruptura da maneira de apreciar as provas possíveis* de serem produzidas – creditando importância ao *somatório de indícios* dentro de uma lógica dedutiva – e dos critérios de julgamento. O problema, na realista observação de Paulo Augusto Moreira Lima,⁴ é que muitos julgadores

se acostumaram com as provas diretas, testemunhas oculares, confissões e prisões em flagrante, padrão de prova tradicionalmente presente no Direito Penal Tradicional, ainda estudado pelos exemplos de “Tício e Mévio”. Pode-se dizer que assim se formou o pensamento ainda predominante nas Cortes Superiores do Brasil.

Isso é sentimento nutrido por quem, há décadas, enfrenta, em Grupo de Atuação Especial, a macrocriminalidade, no Estado da Paraíba. Crimes, especialmente dessa natureza ou de efeitos difusos, como costumam ser os praticados pelas organizações criminosas, arrostam-se com *celeridade* e preciso *rigor*. Mas uma ressalva se faz importante neste particular: não queremos defender, neste capítulo, que a aplicação eficiente ou utilitarista da Lei Penal poderá atropelar direitos e garantias fundamentais. Isso, jamais! O alerta foi feito apenas no sentido de *resgatar o equilíbrio das forças* no palco das discussões, pois, na presente quadra, o peso,

³ TURESSI, Flávio Eduardo. Breves apontamentos sobre crime organizado, delação premiada e proibição de proteção penal insuficiente. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 3, p. 230-246, jun. 2013. p. 232. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/57. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁴ LIMA, Paulo Augusto Moreira. A prova diabólica no processo penal. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 126.

claramente, anda superdimensionado para o lado do *garantismo negativo*, estando, de seu turno, as *vítimas e a efetividade da sanção*, em cada processo penal, sendo categoricamente esquecidas pelos aplicadores da Lei, como produto de uma *visão monocromática*, cujos efeitos, em futuro próximo, serão objeto de fatura social.

Caminham ao lado dessa antevisão as ponderações de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves,⁵ para quem “as ordens constitucionais de criminalização são um instrumento da Constituição para oferecer proteção adequada e suficiente a alguns direitos fundamentais, diante de lesões ou ameaças vindas de agentes estatais ou de particulares”, bem assim que a *proibição de retrocesso* encontra sede, entre outros, “no princípio da proporcionalidade, compreendido como inclusivo da vedação à proteção insuficiente”.

Agora, também se sabe que toda organização criminosa, institucionalizada ou não em ambientes públicos, procura poder e *dinheiro*, de modo que não há como enfrentá-la sem a adoção de mecanismos de *asfixia patrimonial*, mesmo que erigida essa estratégia como alternativa para romper o *estágio de letargia* que paira sobre os processos que abraçam, com maior ênfase, as classes mais abastadas da nossa sociedade. Outrossim, ainda nesse contexto, não podemos esquecer que, se os crimes societários visam o *enriquecimento ilícito*, como regra, este pressupõe a adoção de manobras de *dissimulação de ativos*, em cenário de “*purificação*” de ganhos (*money laundering*).

Em se falando de lavagem de capitais, resgatamos, na oportunidade, o conceito desse delito fornecido por Isidoro Blanco Cordero,⁶ como sendo “o processo em virtude do qual os bens de origem ilícita são integrados ao sistema econômico legal com a aparência de haverem sido obtidos de forma lícita”.

A ilação que se extrai do parágrafo anterior, pois, é que medidas de “*desmonetização*” são, de fato, extremamente importantes no campo das apurações modernas, mas, antes, devem ser, necessariamente, precedidas de *buscas ativas e analíticas* por *patrimônio*, notadamente o homiziado pelos

⁵ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 160 e 168.

⁶ CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 93.

agentes das súcias, o que atrai o consumo por *soluções tecnológicas* que possibilitam a *vinculação* de diversas fontes de informação. Esse socorro ao aparato tecnológico é, inquestionavelmente, um caminho sem volta e, como bem acentuado por Higor Vinícius Nogueira Jorge,⁷

Em razão dessas novas perspectivas, é necessário que o policial à frente da investigação criminal esteja preparado para enfrentar os desafios propostos pela sociedade tecnológica e, principalmente, que tenha condições de utilizar a tecnologia para auxiliar na investigação de delitos.

O crime, seja ele qual for, não pode compensar, mas deve trazer consigo, como projeção reflexiva, a imposição de sérios riscos. A corrupção, como tema em voga, é um fenômeno milenar, presente no solo nacional desde o período colonial. As organizações criminosas cada vez mais funcionam como empresas e se retroalimentam com os produtos de suas infrações, graças à sofisticação dos métodos de lavagem hoje existentes para “*justificar*” suas riquezas. O que fazer, então, para mudar essa realidade?

A resposta não é fácil, principalmente quando se vivenciam *momentos de insegurança jurídica* e quando discussões de “forma”, na arena das lides, sobrepujam os reais vetores de “conteúdo” do processo penal: as balizas de *materialidade e autoria dos crimes*. Todavia, *em palco de plena normalidade*, dessume-se que o arrazoado deste tópico já tenha antecipado, sem qualquer presunção de esgotamento ou aprofundamento, algumas soluções, ora resumidas para recordação: (I) *valorização das medidas preconizadas pelo art. 3º da Lei n. 12.850/2013 e da (II) prova por indício*; (III) resgate do *garantismo positivo*; (IV) priorização de medidas de *persecução patrimonial*; e (V) incorporação definitiva de *knowledge-discovery in databases* (KDD) nas persecuções criminais. E é sobre esse processo qualificado de extração do conhecimento de base de dados e tomada de decisão que trataremos nos itens seguintes.

3 · O USO DE KDD PARA A COMPOSIÇÃO DE CENÁRIOS INVESTIGATIVOS E DE MATRIZES DE RISCO

Como antecipado, enfrentam os órgãos de investigação um tempo singular em seus ofícios. Não apenas porque os crimes praticados pelos

⁷ JORGE, Higor Vinícius Nogueira. *Investigação criminal tecnológica*. São Paulo: Brasport, 2019. p. 48.

agrupamentos criminosos são sempre permeados por escolhas raciais, mas porque, somando-se a este fator, vivemos hoje em “rede”.⁸

De fato, de acordo com pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),⁹ 78,3% dos lares brasileiros passaram a contar com acesso à internet em 2019, sendo o celular a maior fonte de conexão da população (98,6%). Por sua vez, o percentual de pessoas que acessam a internet por smartphones para enviar ou receber mensagens de texto, voz ou imagem por aplicativos diferentes permaneceu como o mais elevado (95,7%) no tempo da entrevista, todavia a proporção das chamadas de voz ou vídeo (91,2%), por meio desse *device*, vem aumentando desde 2016.

Esses dados chamam a atenção. Primeiro, porque já se percebe, na realidade empírica e de atuação cotidiana, o declínio de eficácia de algumas técnicas de investigação antes adotadas com mais sucesso, a exemplo da *interceptação telefônica*. Segundo, porque são ponto de reflexão institucional, já que esse uso massivo de tecnologia gera uma quantidade muito grande de dados a serem armazenados e analisados. Não sem razão, em cenário de expressivas operações ministeriais e policiais, buscam-se soluções financeiras e tecnológicas para acompanhar – ou tentar – o aumento das demandas de extração de dispositivos móveis.

Resultado para reflexão interna das agências de aplicação da lei: as investigações precisam urgentemente – assim como as organizações criminosas pensam diuturnamente em suas engenharias de atuação e manobras de neutralização – passar por *filtros de racionalidade* e, antes de tudo, efetivamente ser envolvidas com a *mísceleânea de conhecimentos*, principalmente com os extraídos das ciências exatas, que estão à disposição dos promotores e policiais, pois, no esquadriamento das apurações complexas, não há mais como divorciar a aplicação da Ciência Jurídica dos *insights* fornecidos pelos dados, em visão holística dos casos concretos.

Entretanto, são poucos os órgãos de investigação que, em realidade nacional, verdadeiramente se aperceberam da importância dessa integração, sendo ainda mais incipiente a capacidade dessas agências nas *avaliações sistemáticas de riscos* de crimes, mediante o *acionamento*

⁸ Vida em rede é aquela extremamente conectada, com o uso massivo de computadores, smartphones, internet, ferramentas sociais, comunicação por meio de aplicativos, computação em nuvem etc.

⁹ IBGE. Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua. *IBGE*, , Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em: 19 mar. 2022.

automático de informações, o que seria possível caso cultivassem, com o apoio irrestrito das cúpulas de cada instituição envolvida no enfrentamento da delinquência mais sofisticada, o uso de *knowledge-discovery in databases* (KDD) – entendido como a extração de insumos de conhecimentos de diversas bases de dados – para auxiliar nos processos decisórios.

Isso porque, se é certo que uma organização criminosa se preocupa com o encobrimento de seus rastros, também se sabe que uma boa exploração de *metadados*, precedida de tratamento e seguida de análise de conteúdo, poderia, inegavelmente, auxiliar na recomposição da trilha de diversos crimes, a exemplo de desvio(s) de verbas públicas e de lavagem de dinheiro. Uma equação que tem resultado qualificado quando investigadores têm o sacramento de seguir escopos definidos, e sua agência o costume de palmilhar sobre *bancos tipológicos*, sedimentados em *algoritmos* próprios, criados com base em conhecimentos de *background*, ou seja, de investigações passadas e aprendidas. Ao comentar sobre a experiência do Ministério Público paraibano, Octávio Paulo Neto foi assertivo:

O objetivo do desenvolvimento e implementação de modelos de aprendizado de máquina supervisionado consiste em atribuir, para qualquer fornecedor ou licitante de órgão público, um score que refletia o seu respectivo risco de fraude. O primeiro passo para a implementação destes modelos é a base de dados criada por meio das centenas de variáveis que serão extraídas no âmbito do *data mining*. O segundo passo consiste na seleção de uma base de treinamento do algoritmo de aprendizado de máquina, a qual será composta de empresas que já foram descobertas como envolvidas em crimes contra a administração pública. O treinamento do algoritmo, no caso do Pandora, utilizará as centenas de variáveis extraídas para o conjunto de empresas envolvidas em casos transitados em julgado de crimes contra a administração pública.¹⁰

Do apanhado deste tópico, depreende-se que a junção dessas variáveis – *dado, tipologia e aprendizado* –, com o passar do tempo, terá o condão de transformar o próprio conhecimento em sabedoria – e, com isso, permitir a criação de verdadeiras *matrizes de riscos* as mais variadas (de fraudes, de desvios de recursos públicos, de lavagem de dinheiro etc.) para guiar não só os investigadores durante suas apurações, mas ações preventivas com a catalogação, em mosaicos preditivos, de *red flags* (bandeiras

¹⁰ PAULO NETO, Octávio Celso Gondim. Ciência de dados e combate à corrupção. In: JORGE, Higor Vinícius Nogueira (coord.). *Enfrentamento da corrupção e investigação criminal tecnológica, estudos de casos e direito anticorrupção*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 351.

vermelhas) –, de reduzir os custos operacionais e o tempo, e de majorar a assertividade das agências no combate às organizações criminosas.

4 · DO USO DE *RED FLAGS* NAS INVESTIGAÇÕES COMPLEXAS E NO CONTEXTO DA LAVAGEM DE ATIVOS

Dando seguimento à articulação deste texto, é conveniente antecipar que a utilização de *red flags* reflete a crescente disponibilidade de dados espraiados por fontes variadas e o poder computacional da atualidade, soando, dentro do curso de uma apuração, como *sinais de alerta* aos seus regentes que, por força desse recurso, conseguem detectar *comportamentos indicativos de irregularidade(s)*, considerando *máximas de experiência* e a presença de prévios conceitos normativos, econômicos, acadêmicos etc.

Representam, assim, *condutas atípicas catalogadas* e, a depender da hipótese investigativa – fraudes com o uso de empresas instrumentárias, desvio de recursos públicos por servidores fantasmas, entre outras –, podem mostrar, na guisa dos exemplos antes apresentados, padrões empresariais anormais ou transações financeiras suspeitas, o que permitirá a *construção de tipologias*, em trilhas de investigação a serem seguidas segundo a estrutura lógica de definição de conceitos proposta por Munck e Verkuilen.¹¹

Partindo para o campo das rotinas práticas, muito se investigam, como ilustração para a sedimentação de conceitos, os *riscos das empresas fornecedoras de bens e serviços ao Poder Público*, partindo de intelecções incidentes sobre *notas eletrônicas* emitidas, tendo por objeto prevenir ou reprimir a *inexecução contratual em prejuízo ao erário*. A propósito da hipótese, podem ser erigidas as seguintes tipologias (ou *red flags*) passíveis de aferição: (I) produtos fornecidos incompatíveis com o objeto social; (II) preços incongruentemente altos; (III) produtos fora do prazo de validade na data da emissão da nota ou próximos de vencer; e (IV) não pagamento de tributos competentes.

É fácil compreender que a mentalidade orientada a dados e o estímulo à cultura analítica, como auxílio no processo de tomada de decisão, têm aumentado a assertividade das investigações, de modo que as *red flags*,

¹¹ MUNCK, Gerardo L.; VERKUILLEN, Jay. Conceptualizing and measuring democracy: evaluating alternative indices. *Comparative Political Studies*, Newbury Park, v. 35, n. 1, p. 5-34, 2002. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/001041400203500101>. Acesso em: 20 mar. 2022.

além de sugerirem caminhos iniciais de apuração e a estruturação de um plano para guiar as atividades a serem executadas no perpasso da evolução do(s) caso(s), conferem maior segurança acerca da ocorrência ou não dos ilícitos objeto de um esforço determinado, este superlativo quando em mira organizações criminosas, de difícil comprovação.

Por isso, é preciso estimular o emprego e a disseminação de toda e qualquer *tipologia investigativa* de padrões de comportamentos desconformes, pois, e indutores de risco, sobretudo quando relacionada a *delitos perpetrados com o mesmo modo de atuação*, não havendo dúvidas que a incorporação institucional desse conhecimento racional maximizará os aprendizados e evitará retrabalho das agências, além de contribuir com a prática de ações preventivas, considerando as visões preeditivas que conferem.

Saindo do raio da teoria e adentrando, mais uma vez, na vivência operacional como objeto de exame deste tópico, passaremos a fincar atenção no estabelecimento de perfis que podem representar a sistematização dos principais padrões de *risco de lavagem de dinheiro* em nível nacional e internacional. Tal modelagem se satisfaz com uma sugestiva nomenclatura lógica: (a) pessoas físicas que praticam crimes deliberadamente; (b) uso de “laranjas”; (c) empresas “fantasmas”; e (d) empresas em setores de risco de lavagem de dinheiro.

A partir da combinação e da especificidade dessas categorias, é possível identificar as *red flags* associadas à massa de dados de transações financeiras que eventualmente tenham sido realizadas. Primeiro, seguindo os passos de um *workflow*, ao relacionar as pessoas físicas com os atributos acima citados e as pessoas jurídicas, utilizando-se de KDD, ressoa plausível extrair uma camada adicional de informação, invisível aos olhos dos analistas humanos, que representa os vínculos diretos e indiretos que podem existir, especialmente se possível a interligação com dados de investigações passadas, cuja memória não pode sofrer solução de continuidade.

Paralelamente à análise das características de uma pessoa física, a tecnologia também pode segmentar, de forma granular, cada empresa brasileira dentro dos perfis contidos nos diferentes atos normativos e guias de melhores práticas de PLD/FT internacionais, sem prejuízo da exploração de dados incidentes sobre os componentes dessas entidades, com destaque para os fatores de produção – capital, mão de obra e insumo(s).

No mais, dentro dos setores de risco para a lavagem de dinheiro, existem dezenas de segmentos específicos que carecem de cuidado dos

órgãos de investigação, como câmbio, *factoring* e negócios típicos de movimentação em espécie – postos de combustíveis e estacionamentos. Adicionalmente, dentro dos negócios típicos de movimentação em espécie, existe, do mesmo modo, nível adicional de profundidade.

Assim, a lógica de classificação de risco, em arremate, junta tanto o perfil de envolvimento com a criminalidade de pessoas físicas quanto os vínculos diretos e indiretos destas pessoas com empresas brasileiras e com as empresas específicas em área de atuação de risco para a lavagem de dinheiro. A aplicação desta engrenagem, de forma contínua, para todas as empresas brasileiras permite que se tenha uma sólida classificação de risco de abrangência nacional.

Nessa linha, a literatura mostra ser fundamental que um programa de prevenção à lavagem de dinheiro seja capaz de empregar as melhores abordagens computacionais para classificar o risco das transações financeiras efetuadas por pessoas físicas em paralelo aos seus relacionamentos e vínculos com pessoas jurídicas. Seguindo essa premissa, é notório que a atuação de lavadores de dinheiro deixa rastros nos bancos de dados de transações e, paralelamente, que a Ciência de Dados permite que essas trilhas – tipologias de risco – sejam detectadas sistematicamente. Essas análises, por sua vez, abarcam diversos produtos financeiros, tais como movimentações em conta-corrente, uso de cartão de crédito e empréstimos por empresas – e pessoas físicas com vínculos a ela estabelecidos – que tenham classificações de risco (*red flags*).

Feitas essas considerações, o que se propõe é a utilização de diversas técnicas de análise de grande volume de dados para identificação de transações financeiras realizadas por investigados e que representem riscos de PLD, a exemplo das seguintes movimentações típicas, perfeitamente detectáveis por ferramentas analíticas:

QUADRO SINÓTICO

NOME DA TIPOLOGIA	DEFINIÇÃO
Smurfing	Transações repetitivas oriundas de diferentes depósitos em dinheiro ou transferências. Modalidade muito utilizada para inserção do dinheiro do narcotráfico no sistema bancário. Frequentemente realizada com a participação de cidadãos de baixa renda como “laranjas”.

NOME DA TIPOLOGIA	DEFINIÇÃO
Conta de passagem	Aquela que apresenta padrões de saque em espécie ou transferência para outras contas em periodicidade que indica que os recursos ficam por tempo muito curto em conta, em comparação com padrões esperados em transações legítimas de empresas ou pessoas físicas com perfil similar.
Transferências imediatas recorrentes de parte dos recursos	Recebimento de recursos com imediata compra de instrumentos para a realização de pagamento ou de transferência a terceiros.
Conta adormecida	Conta que permanece por longo período sem receber qualquer recurso e, subitamente, passa a movimentar montantes significativos.
Transações com empresa de fachada	Uso de empresas com características empresariais e transacionais incompatíveis <i>vis-à-vis</i> quanto aos valores movimentados em comparação com padrões de empresas em setores análogos.
Movimentações excessivas em dinheiro	Proporção de transações em dinheiro muito acima do que seria esperado considerando o perfil da empresa ou pessoa física.
Padrões geográficos de pagamentos incongruentes	Recebimento de proporção elevada de transferências oriundas de outros Estados por empresas cujo objeto social não o justifica.
Movimentação com empresas e pessoas de risco crítico e alto	Movimentação que envolve pessoas jurídicas e físicas já identificadas como de risco crítico e alto pelo Módulo de Classificação de Perfis de Risco (MCPR).
Recebimentos via cartão de crédito anômalos	Envolvem empresas cujo perfil, quantidade e proporção de pagamentos via cartão de crédito sejam <i>outliers</i> quando comparados com empresas de características similares.

Fonte: Elaborado pelo autor (2022).

Em arremate, é possível depreender que o uso massivo do cruzamento de dados ressoa como claramente capaz de aprimorar a produtividade da investigação com a sinalização dos casos de maior risco e produção automatizada de relatórios que explicam o motivo desse alerta, cumprindo entoar que diversas dessas tipologias estão, genericamente, presentes em artigos da própria Carta Circular n. 4.001, de 29 de janeiro de 2020, e em regulamentações internacionais, tais como a do GAFI/FATF (40 recomendações).

5 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Operações dos órgãos de persecução e de fiscalização pululam nos noticiários quase que diariamente. Isso não é motivo para aplausos. Vibração pelo cumprimento do dever de ofício não tem o poder de esconder a realidade: a de que o crime organizado está cada vez mais presente e engenhoso. Não coube a este capítulo a tarefa de revelar, no entanto, a causa de sua escalada, porque a macrocriminalidade, em si, já é um fenômeno complexo e de vetores de eclosão multifacetados. Uma coisa é certa: o sistema de justiça precisa evoluir, mas o amadurecimento institucional e o profissional demandam, antes de tudo, vontade de seus agentes no propósito de romper os grilhões do Direito Penal tradicional, cujas visão e interpretação precisam se casar com as de utilidade e de eficiência a serem vivenciadas e, sobretudo, sentidas, em intensidade suficiente para mostrar à sociedade que o Estado não é uma instituição falida.

De fato, não se combate mais o crime organizado com as técnicas de investigação tradicionais e com base em prova pessoal – pelos rastros que quase não são deixados e pelo código de silêncio que impera nesses redutos. Urge, assim, a valorização da prova material, da técnica e do uso da prova indiciária nesses casos. Os órgãos de investigação precisam criar, em especial, uma cultura de sinergia orientada para dados e estimular a construção de tipologias, amplificadas por rotinas automatizadas, e, por conseguinte, difundir essas práticas entre todos os seus integrantes, pois, somente assim, conseguirão formular hipóteses sólidas ao derredor dos mais diversos crimes – como é o de lavagem de dinheiro, aqui neste texto abordado – e resistentes a casuismos de cada momento ou ao sabor do operador de plantão.

Ademais, resistência ou letargia no uso da tecnologia, na aproximação com a Ciência de Dados e na adoção de *red flags* representará, a bem da verdade, falta de alcance prático no combate a tais práticas perniciosas, o que nos faz lembrar e acolher as palavras de Peale:¹² “Os covardes nunca tentam, os fracassados nunca terminam, os vencedores nunca desistem”.

REFERÊNCIAS

CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2002.

¹² PEALE, Norman Vincent. *O poder do pensamento positivo*. Trad. Leonidas Gontijo de Carvalho. 75. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 127.

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

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

IBGE. Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua. IBGE, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em: 19 mar. 2022.

JORGE, Higor Vinícius Nogueira. *Investigação criminal tecnológica*. São Paulo: Brasport, 2019.

LIMA, Paulo Augusto Moreira. A prova diabólica no processo penal. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 126.

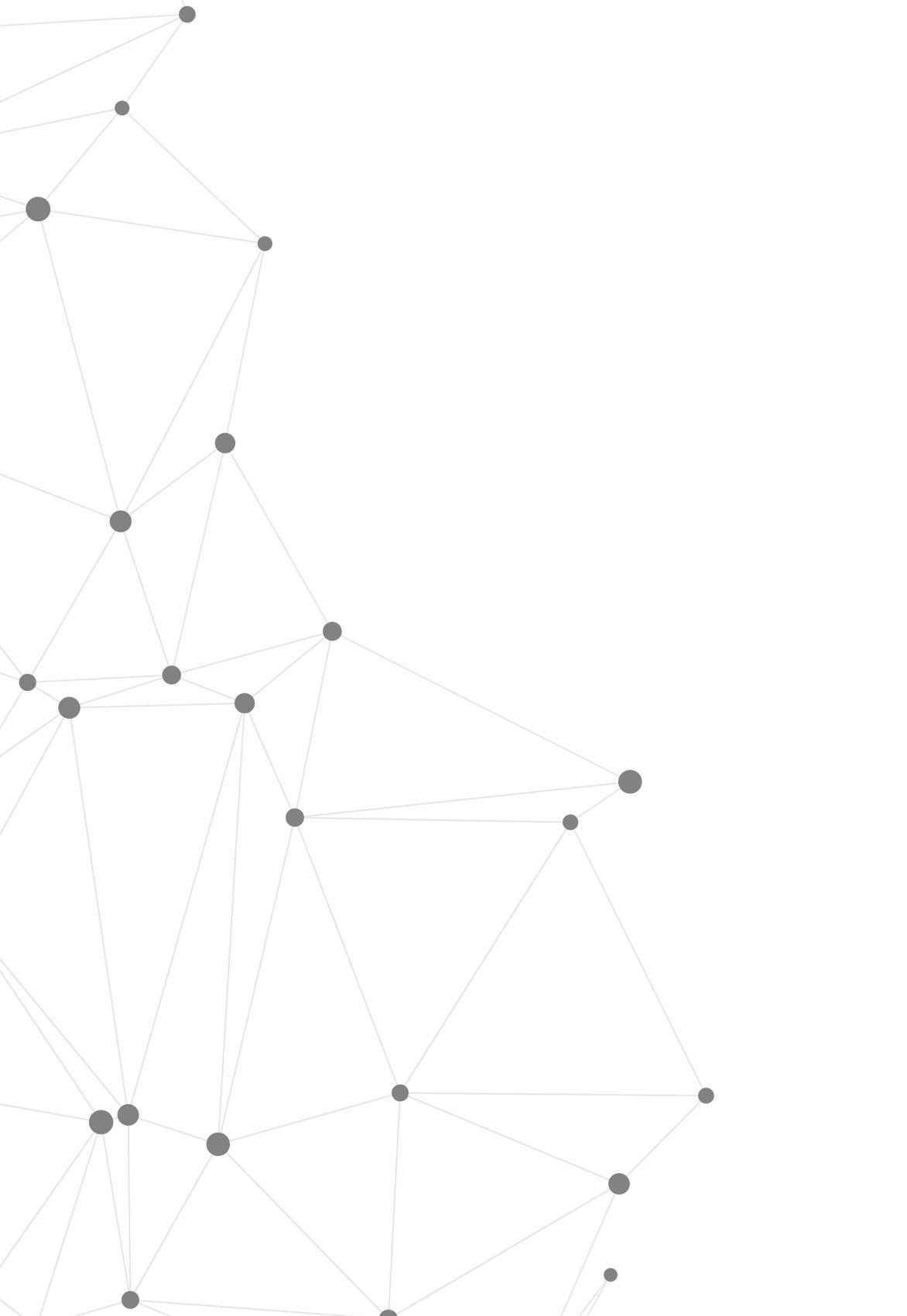
MUNCK, Gerardo L.; VERKUILEN, Jay. Conceptualizing and measuring democracy: evaluating alternative indices. *Comparative Political Studies*, Newbury Park, v. 35, n. 1, p. 5-34, 2002. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/001041400203500101>. Acesso em: 20 mar. 2022.

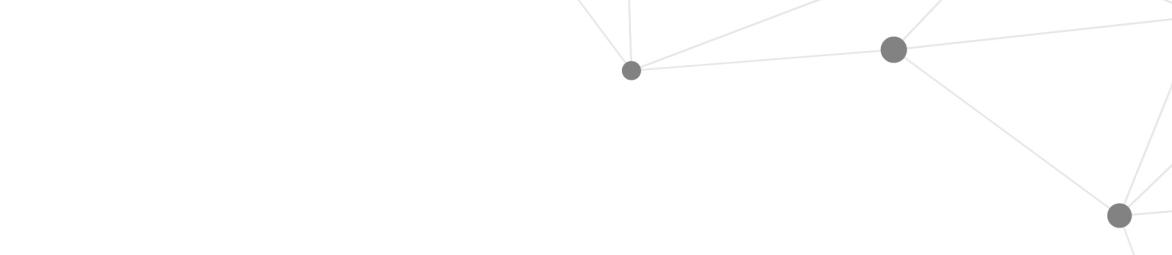
PAULO NETO, Octávio Celso Gondim. Ciência de dados e combate à corrupção. In: JORGE, Higor Vinícius Nogueira (coord.). *Enfrentamento da corrupção e investigação criminal tecnológica, estudos de casos e direito anticorrupção*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 343-360.

PEALE, Norman Vincent. *O poder do pensamento positivo*. Trad. Leonidas Gontijo de Carvalho. 75. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

TURESSI, Flávio Eduardo. Breves apontamentos sobre crime organizado, delação premiada e proibição de proteção penal insuficiente. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 3, p. 230-246, jun. 2013. Disponível em: https://es.mppsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/57. Acesso em: 20 mar. 2022.

UNODC. Dinheiro sujo: quanto há lá fora? UNODC, [s. l.], 26 out. 2011. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2011/10/26-illicit-money-how-much-is-there.html>. Acesso em: 12 mar. 2022.





CAPÍTULO 9

CRIME ORGANIZADO VIOLENTO E INVESTIGAÇÃO MINISTERIAL 4.0

Leonardo Leonel Romanelli

1 · INTRODUÇÃO

A pretensão deste escrito é apontar as perspectivas de atuação do Ministério Público no enfrentamento do crime organizado violento, partindo-se do exame do desenvolvimento recente desse fenômeno, bem como dos desafios enfrentados pela instituição. A partir dessas observações, propomos pilares metodológicos para a investigação ministerial e abordamos práticas inovadoras.

A elevada lesividade dos grupos criminosos, as complexas redes que estabelecem e a sofisticação de seus métodos exigem dos protagonistas das investigações o emprego de técnicas inovadoras, aproveitando-se das evoluções tecnológicas.

A recente onda de alterações jurisprudenciais e legislativas vem impondo uma série de desafios ao mister investigativo e processual-criminal, exigindo, a seu turno, cuidado redobrado dos agentes públicos encarregados.

Como ponto central do texto, defendemos a adoção de novas tecnologias aliadas a metodologias e rotinas de trabalho adequadas a esses desafios, trazendo à lume algumas iniciativas que buscam enfrentá-los.

2 · DESENVOLVIMENTO RECENTE DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA VIOLENTA

Tomamos a expressão “crime organizado violento” para, aproveitando a definição legal (art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013),¹ excluirmos os fenôme-

¹ Considera-se organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que

nos similares que não se valem da violência pessoal – física ou psíquica – para consecução de suas finalidades, notadamente, a criminalidade de colarinho branco e a cibernética, isso quando não integram ou não são utilizadas em prol de grupos criminosos violentos.

Tratamos, portanto, de grupos atuantes em solo nacional reconhecidos social e popularmente como facções criminosas e milícias e, ainda, do novo cangaço, os quais, sem dúvidas, são fenômenos em franca expansão e cujas mazelas se potencializam.

O Brasil está na 22^a posição entre os 193 países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU), com os mais altos índices de criminalidade organizada.² O sistema de ranqueamento do Índice Global do Crime Organizado inclui análise multifatorial, destacando-se o contraponto entre a presença de atores criminais organizados e a resiliência social, ou seja, a habilidade de cada país de enfrentar essas atividades ilícitas; e, nesse caso, o Brasil ocupa a 87^a posição.

Composto por uma série de métricas e indicadores, o índice inclui o Brasil no grupo de países com elevada presença de grupos criminosos organizados e baixa resiliência estatal:³

FIGURA 1



Fonte: GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2021b.

informalmente, com 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.

- 2 GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME. *Global Organized Crime Index 2021*. Geneva: GI-TOC, 2021a. p. 151. Disponível em: <https://ocindex.net/>. Acesso em: 15 mar. 2022.
- 3 GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2021a, p. 104.

O relatório aponta o Primeiro Comando da Capital (PCC) como o grupo criminoso nacional mais poderoso, listando, a seguir, a criminalidade de colarinho branco e as milícias.⁴

Outro relevante relatório produzido por entidade internacional aponta o PCC como o segundo grupo criminoso mais poderoso de toda a América Latina – à frente, portanto, entre outros, de similares mexicanos, reconhecidos pela extrema violência.⁵

FIGURA 2



Fonte: McDermott, 2022.

A facção criminosa de origem paulista, justamente pela proeminência ilícita e por seu envolvimento com o mercado de drogas transnacional, foi recentemente incluída na relação de entidades sancionadas pelo Tesouro norte-americano.⁶

⁴ GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME. *Global Organized Crime Index 2021*. Brazil. Geneva: GI-TOC, 2021b. Disponível em: <https://ocindex.net/country/brazil>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁵ McDermott, Jeremy. GameChangers 2019: Latin America's Top 10 Criminal Groups. *Insight Crime*, Washington DC, 22 jan. 2022. Disponível em: <https://insightcrime.org/news/analysis/gamechangers-2019-top-10-criminal-groups/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

⁶ ISSUANCE of Executive Order Imposing Sanctions on Foreign Persons Involved in the Global Illicit Drug Trade; counter narcotics designations and designations updates. *U.S. Department of the Treasury*, Washington DC, 15 dez. 2021. Disponível em: <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20211215>. Acesso em: 17 mar. 2022.

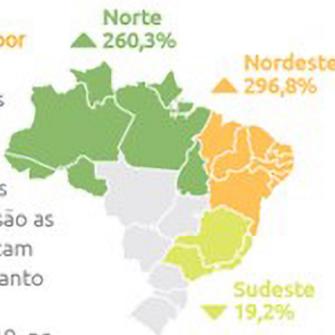
O grupo criminoso paulista, embora seja a ponta de lança do problema, não o encerra, tendo servido de inspiração e modelo para o surgimento de facções similares por todo o País, as quais disputam entre si e com o próprio PCC, na atualidade, a atuação nas principais rotas de droga, situadas nas regiões de fronteira da bacia amazônica e do Paraguai.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública destaca, sobre o brutal incremento de homicídios dolosos nas regiões Norte e Nordeste, que:

A intensa presença de facções do crime organizado e de disputas entre elas pelas rotas nacionais e transnacionais de drogas que cruzam a região contribui com a elevação das taxas de homicídios/mortes violentas intencionais de seus estados, os colocando acima da média nacional.⁷

FIGURA 3

A análise da variação entre 1980 e 2019 indica que a taxa de mortalidade por homicídio cresceu 85% no Brasil
no período, mas com comportamentos muito diferentes ao longo dos anos em cada região. Enquanto na região Sudeste o crescimento ocorre nos anos 1990, a partir do início dos anos 2000 são as regiões norte e nordeste que apresentam maior crescimento. Deste modo, enquanto no Sudeste a taxa de mortalidade por homicídio caiu 19,2% entre 1980 e 2019, no Norte houve crescimento de 260,3% e no Nordeste de 296,8%.



Fonte: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021, p. 6.

Paralelamente ao crescimento do PCC, assistimos, nos últimos anos, ao recrudescimento de ações criminosas sofisticadas contra instituições financeiras e empresas de valores, conhecidas midiaticamente como “novo cangaço”,⁸ destacando-se o aumento da violência nelas empregada.

⁷ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Cartografias das violências na Região Amazônica: síntese dos dados e resultados preliminares*. São Paulo: FBSP, 2021. p. 4. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/cartografias-das-violencias-na-regiao-amazonica/. Acesso em: 18 mar. 2022.

⁸ BARRETO FILHO, Herculano. Ações de ‘novo cangaço’ miram R\$ 160 milhões e têm 46 mortes em 2021. *Uol Notícias*, São Paulo, 2 jan. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/01/02/acoes-novo-cangaco-r-160-milhoes-46-mortes-2021.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 18 mar. 2022.

Destacam-se a lesividade e o risco social trazidos: “as atividades criminosas a que se dedicam as organizações criminosas [...] cometidas de forma profissional, reiterada e eficiente, faz[em], por si só[s], com que representem um novo quadro no âmbito da criminalidade [...]”⁹ Disso decorre a necessidade de os atores estatais se colocarem, de maneira eficaz, em condições de combate a esses fenômenos. Nesse passo, o Ministério Público já se notabiliza pelo enfrentamento das facções criminosas, mormente do PCC.

3 · DESAFIOS À ATIVIDADE INVESTIGATIVA MINISTERIAL NO INÍCIO DO SÉCULO XXI

Atualmente, o Ministério Público depara-se com novos desafios, que necessitam ser abordados como pré-requisitos à atuação efetiva no enfrentamento dessas modalidades de criminalidade organizada violenta. Destacam-se, entre eles, como fatores externos, a (r)evolução digital e dos modelos de investigação bem como as novas resistências ao trabalho investigativo; e, como fator interno, a presença de uma cultura investigativa ainda voluntarista em detrimento, tantas vezes, do trabalho metodológico e da adoção de boas práticas.

O Ministério Público chega ao atual estágio de evolução tecnológico-digital, o 4.0, com diversos caminhos a percorrer, o primeiro dos quais é a premente necessidade de digitalização de feitos e procedimentos. Os avanços não podem relegar as necessidades experimentadas no campo das investigações avançadas, sob pena de se incrementar a distância entre o alcance das organizações criminosas e as possibilidades técnicas para a atuação dos órgãos de repressão.

Recentemente, um decreto federal previu a necessidade de utilização dos recursos tecnológicos disponíveis no contraste ao crime organizado, no âmbito dos órgãos de inteligência de segurança pública:¹⁰

3.5 O desenvolvimento das tecnologias da informação e das comunicações impõe a implementação e a utilização de instrumentos e técnicas avançadas de apoio que sejam capazes de analisar, com tecnologia de ponta e profissionais

⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 222.

¹⁰ BRASIL. Decreto n. 10.777, de 24 de agosto de 2021. Institui a Política Nacional de Inteligência de Segurança Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10777.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

qualificados, as ações nocivas realizadas no espaço cibرنético, considerada a migração massiva de práticas ilícitas e criminosas para esse espaço, o que tem tornado a sociedade mais vulnerável. [Grifos nossos].

Estamos, de fato, atravessando uma fase de incremento dos recursos legais e técnicos disponíveis, redundando em profundas alterações nos modelos de investigação.

O modelo codificado em nosso ordenamento, refletindo os conhecimentos técnicos e as preocupações da época (imposição de pena corporal ao autor do ilícito), enfatiza a produção da prova de caráter pessoal, relegando a segundo plano os demais meios – reservando, assim, seis capítulos a atos puramente pessoais e apenas quatro a outras provas.¹¹

A partir do final dos anos 1980 em países avançados, e de 1998 no Brasil, acrescentou-se uma segunda preocupação investigatório-criminal: a necessidade de perquirição patrimonial dos produtos e proveitos dos crimes,¹² cristalizada no adágio *“follow the money”*, da qual vêm surgindo, lenta e gradualmente, diversos meios de prova.

A terceira onda de inovação ou de atualização dos modelos de investigação, consentânea com o momento histórico, é justamente a de incorporação dos recursos tecnológicos do século XXI.

Externamente, a instituição enfrenta oposição direta ao ânimo investigativo, especialmente em razão de ter atuado em grandes casos contra a criminalidade de colarinho-branco, notadamente, a Operação Lava Jato, iniciada em 2014. Em consequência, têm sido editados e promulgados diversos diplomas legais ostentando, em comum, uma multiplicidade de disposições voltadas a manietar ou dificultar investigações, especialmente a atuação ministerial – despiciendo, além de inviável, listá-las neste espaço.

Internamente nos deparamos com um poderoso ingrediente que permeia a cultura, o *ethos* investigativo-ministerial: o voluntarismo. Certo é

¹¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Título VII - Da Prova. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 fev. 2022.

¹² Segundo a Exposição de Motivos da Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998), tem-se: “Desta forma, em 1988, o Brasil assumiu, nos termos da Convenção, compromisso de direito internacional, ratificado em 1991, de tipificar penalmente o ilícito praticado com bens, direitos ou valores oriundos do narcotráfico”. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/acesso-a-informacao/Institucional/a-atividade-de-supervisao/regulacao/supervisao/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613-1.pdf/view>. Acesso em: 20 mar. 2022.

que se cultua, no Ministério Público, a observância a procedimentos e ritos legais, tanto de normativas internas e externas quanto das advindas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Todavia, quando se trata do desenvolvimento de investigações e do uso de novos meios de prova, assistimos, não raras vezes, ao triunfo do ímpeto sobre a técnica. Ao menos dois fatores concorrem para esse cenário.

O primeiro fator é a ausência de regulamentação específica sobre alguns meios de prova, especialmente os mais modernos – como, por exemplo, o que respeita ao emprego de Relatórios de Inteligência Financeira do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (RIF/Coaf) ou de provas colhidas em meio digital aberto, ou, ainda, de provas telemáticas. O segundo fator conducente àquele ânimo está em que, ao contrário do âmbito processual, no âmbito investigatório, pouco dispõe o Ministério Público de metodologias próprias ou de procedimentos padronizados – os chamados procedimentos operacionais-padrão, utilizados nas instituições policiais – e de metodologias de produção de conhecimento, empregadas pelas agências de inteligência mundo afora.

Na ausência do desenvolvimento interno de metodologias e de procedimentos padronizados adequados aos mais modernos meios de prova (e de sua adoção prática), a instituição seguirá refém de soluções normativo-legislativas não condizentes com seus interesses e, sobretudo, insuficientes à defesa da sociedade.

Traçado este breve e incompleto diagnóstico dos graves desafios à investigação ministerial das poderosas organizações criminosas violentas, passamos à exposição de propostas estruturais e de práticas inovadoras para este momento de travessia.

4 · PROPOSTAS ESTRUTURAIS PARA A INVESTIGAÇÃO MINISTERIAL 4.0

Não se pretende apresentar um novo sistema nem uma metodologia completa, mas prestar contribuição ao ânimo institucional de reflexão – num momento em que nos parece ser exigível essa postura – através da conjugação de diretrizes capazes de atingir ao menos alguns dos desafios presentemente colocados. Momentos agudos, como são os atuais, tendem a exigir adaptação e renovação institucional.

Isso ocorreu quando as instituições públicas italianas passaram a enfrentar a máfia com ênfase. Destacou-se, na ocasião, a firme atuação do

magistrado palermitano Giovanni Falcone. Além da condução impecável do maxiprocesso, ele legou observações importantes sobre a necessidade de inovação na condução de investigações e na atuação das autoridades: "(1) centralização de dados; (2) especialização das autoridades; (3) apreensão de bens e valores mafiosos".¹³ Destacava ainda o magistrado, nos idos dos anos 1980, "a importância e o domínio da informação", através da "imagem do 'puzzle', onde, dizia ele, uma insignificante peça pode resolver a montagem de um jogo de quebra-cabeça".¹⁴

Nessa esteira, chamamos o quanto exposto neste item de propostas estruturais porque seu objetivo é impulsionar o debate que possa amparar, de maneira consistente, o trabalho investigatório institucional – ao menos diante dos desafios mencionados – na conjuntura atual, através de cinco pilares iniciais; não incluímos a recuperação e o bloqueio de ativos por entender estarem incorporados ao mister investigativo-processual do Ministério Público (na segunda fase evolutiva da matéria, como referido).

A. INTEGRAÇÃO OU INTERAÇÃO INSTITUCIONAL EM TRÊS NÍVEIS

Tratamos, de saída, da necessidade de integração institucional em três planos: intra, inter e ultrainstitucional.

A necessidade de integração institucional no confronto efetivo com a criminalidade organizada violenta – que nos parece ser evidente diante do espraiamento dos grupos criminosos para além das fronteiras municipais, estaduais e nacionais – é meta pregada desde que se iniciou seu combate.¹⁵ A ampla união entre grupos criminosos diversos e seus componentes atuantes em localidades as mais distintas exige dos atores estatais grande esforço no intercâmbio de dados, ferramenta fundamental na prevenção e na repressão de crimes de alta lesividade.

A integração institucional deve ocorrer, em primeiro plano, no âmbito interno de cada ramo do Ministério Público. Por sua natureza fragmentária,

¹³ DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa*. São Paulo: Editora Unesp, 2010. p. 22.

¹⁴ DINO; MAIEROVITCH, 2010, p. 22.

¹⁵ Walter F. Maierovitch destaca observação do juiz Giovanni Falcone na Conferência Mundial sobre Crime Organizado Transnacional realizada em Nápoles, em 1994, para quem "o crime não obedece à limitação de fronteira, apenas com a cooperação internacional seria possível contrastá-lo" (DINO; MAIEROVITCH, 2010, p. 12).

reforçou-se a atuação individualizada de seus membros, deixando de lado, tantas vezes, a construção e a consolidação de conhecimentos institucionais. Opostamente, memoremos que vários integrantes e células do PCC têm “competência criminosa” regional (chamados “Sintonias Regionais”), dispondo de liberdade de agir ilicitamente nas cidades componentes de toda uma região – ao contrário das limitações territoriais locais das promotorias de justiça e regionais dos Gaecos.

Não apenas no plano territorial faz-se necessária a integração entre órgãos e unidades com atribuições distintas, já que a promotoria de justiça ou o grupo de atuação especial que tenha agido no processo de conhecimento de determinados integrantes de grupo criminoso armado raramente atua no processo de execução de suas penas. É primordial que os dados e as análises mais relevantes de casos dessa gravidade alcancem as promotorias atuantes na execução das penas.

Em segundo plano, carecem de integração os diferentes ramos de Ministérios Públicos, os quais compartilham as mesmas experiências e os mesmos desafios e, não raras vezes, os mesmos réus, integrantes de redes criminosas interestaduais – como, por exemplo, aquelas que atuam no novo cangaço em vários estados.¹⁶ No momento, as interações interinstitucionais se desenvolvem na atividade-fim diretamente entre promotorias e pela formação de forças-tarefas para agir contra determinado grupo com atuação interestadual, bem como na atividade-meio, por intermédio de acordos de cooperação técnica ou convênios, para o intercâmbio de bases e de ferramentas. Essas interações ocorrem, ainda, de maneira mais abrangente ou geral, via CNMP e Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (GNCOC/CNPG). Resta, contudo, a definição de formatos e de procedimentos para aprimorar e potencializar as ações integradas interinstitucionais.

Em terceiro plano, mister a interação com órgãos externos atuantes no combate à criminalidade organizada, novamente aqui, tanto na atividade-fim (através da formação de forças-tarefas com órgãos policiais) quanto na atividade-meio (pela celebração de acordos técnicos e convênios). Os integrantes de grupos criminosos organizados, especialmente os cruentes, atuam de

¹⁶ SOARES, Lucas; FRANCO JR. Quadrilha que teve pelo menos 25 integrantes mortos em MG tem relação com assaltos a bancos em outros estados, diz Bope. *G1 Sul de Minas, Varginha, MG*, 31 out. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/noticia/2021/10/31/quadrilha-que-teve-25-integrantes-mortos-em-mg-tem-relacao-com-assaltos-a-bancos-em-outros-estados-diz-policia.ghtml>. Acesso em: 18 mar. 2022.

maneira próxima, estreita e unida. Não há possibilidade de sucesso no seu enfrentamento sem que Ministérios Públicos e demais agentes de Estado se aproximem e trabalhem de maneira coesa, abandonando tendências ao heroísmo individual e institucional. Nesse plano, as boas iniciativas em curso necessitam ser sedimentadas e integradas em definitivo ao espírito e ao trabalho diário de Ministérios Públicos e demais órgãos de combate.

B. DESENVOLVIMENTO E ADOÇÃO DE METODOLOGIAS DE TRABALHO

Não existe método de investigação único, devendo-se desenvolver diferentes metodologias conforme as variáveis presentes, de acordo com os diferentes tipos de ilícitos abordados (homicídios em contexto de Tribunais do Crime, assaltos a transportadoras de valores ou corrupção de agentes carcerários, entre outros) ou com os elementos de provas inicialmente disponíveis (denúncia anônima, depoimento de colaborador espontâneo etc.). A cada situação fática pode corresponder uma trilha de investigação, contemplando-se os meios de prova utilizados em casos similares que anteriormente obtiveram sucesso.

Não se propõe interferência na independência funcional, mas, como mencionado, a formulação de boas práticas investigativas – evitando-se, como tem acontecido, a imposição de regras externas que tornam o trabalho investigatório inexequível ou tendente ao fracasso. Existem boas práticas sedimentadas nas culturas das instituições policiais – nominadas de procedimentos operacionais-padrão – e nas agências de inteligência¹⁷ – entre tantas, as metodologias de produção de conhecimento.

Poderia, a nosso sentir, o Ministério Público caminhar em sentido similar, iniciando o desenvolvimento de ritos e metodologias para pesquisas e investigações apropriadas a sua realidade institucional e seu perfil constitucional. Não basta, contudo, apenas o desenvolvimento de metodologias, trilhas etc., sendo igualmente fundamentais sua sedimentação institucional e seu aprimoramento constante.

C. INVESTIMENTO E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

A expressão “desenvolvimento tecnológico” envolve a mais ampla gama de ferramentas digitais presentes na atualidade. Conforme abordamos inicialmente,

¹⁷ Entre tantos: HEUER JR., Richards J.; PHERSON, Randolph H. *Structured analytic techniques for intelligence analysis*. Washington, DC: CQPress, 2010.

a incorporação de soluções tecnológicas inovadoras é, de fato, o cerne e o traço distintivo do atual momento evolutivo das investigações complexas.

Inclui-se aqui o desenvolvimento, o abastecimento e a manutenção de bases de dados, o investimento em soluções proprietárias, o desenvolvimento e (ou) a incorporação (via acordos e convênios) de soluções de fontes abertas, como algoritmos, *bots* e *crawlers*, o investimento em ciência de dados e ferramentas de análise como *business intelligence* (BI) e *dashboards*, bem como em jurimetria, entre tantos. A relação é longa e suficiente para não permitir seu exaurimento.

O emprego de ferramentas avançadas será inócuo caso aplicado de maneira isolada e sem metodologia – daí porque esse pilar, embora seja o mais evidente, deve suceder aos anteriores; não há sentido em falar em base de dados se, antes, não há consenso interno para sua coleta, abastecimento e compartilhamento, nem haverá de se falar em análise estatística estando ausente a cultura interna que habilite sua utilização na atividade diária ministerial, seja na formulação de políticas públicas, seja na identificação de padrões de atuação criminosos.

No meio especializado, já se percebe a necessidade de adoção de rotinas para garantir a validação das provas digitais: “Já do ponto de vista técnico, há necessidade de (re)definição do melhor procedimento para tratar da documentação digital”¹⁸.

O uso da tecnologia, enquanto mecanismo de investigação que surgiu circunscrito a exames periciais (*post factum*), hoje se faz presente em todas as etapas do ciclo investigatório, desde o recebimento ou a coleta da notícia criminal (como em fonte aberta digital), passando pelas mais diversas formas de produção de prova, permitindo cruzamentos de dados inviáveis de serem feitos pela mente humana, até o acompanhamento dos fatos em tempo real e sua reprodução tridimensional.

O Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias (Simba), desenvolvido e mantido pelo órgão de perícias técnicas do Ministério Pùblico Federal (MPF), atualmente Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise (Sppea),¹⁹ é exemplo consolidado de prática que uniu desenvolvimento de metodologia

¹⁸ BARRETO, Alessandro; WENDT, Emerson; CASELLI, Guilherme. *Investigação digital em fontes abertas*. Rio de Janeiro: Brasport, 2017. p. 222.

¹⁹ BRASIL. Ministério Pùblico Federal. Simba – O que é e para que serve? Portal MPF, Brasília, [201-?]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sppea/sistemas/simba-1>. Acesso em: 20 mar. 2022.

investigatória com tecnologia, hoje sistema utilizado por dezenas de órgãos de investigação da lavagem de valores, ministeriais e policiais.

D. CAUTELA NA AÇÃO

O pilar da cautela consiste na adoção de cuidados necessários para o emprego adequado de cada fonte e meio de prova, especialmente as novas ferramentas tecnológicas e aquelas mais complexas, bem como para cada nova apresentação de pedido em uma investigação complexa, durante buscas, coletas, extrações e até quando for feita eventual publicização do trabalho. Como o nome diz, é o oposto do ímpeto e do voluntarismo, voltando-se, no limite, à proteção da prova e do trabalho contra futuras anulações processuais.

Partamos de um exemplo concreto, o atual debate em curso perante as Cortes Superiores acerca do emprego e da validade processual dos RIFs/Coaf. A norma de referência²⁰ não delinea como se opera, na prática, o emprego dos relatórios do Coaf, e não sobreveio regramento a fazê-lo em abstrato. O CNMP trouxe luzes sobre seu emprego em investigações ministeriais, inclusive para cruzamento de dados,²¹ mas restaram lacunas sobre seu emprego processual válido.

Como resultado assistimos, desde 2019, a uma sucessão de decisões sobre o tema, as quais têm abordado as duas formas de obtenção de dados, e a elas têm sido conferidos contornos – espontânea (ou de ofício) e mediante provocação (via sistema de intercâmbio, SEI-C); assim, complementam os ritos para emprego válido daquela prova.

Em dezembro de 2019, foi fixada pelo Supremo Tribunal Federal a Tese de Repercussão Geral n. 990, no Recurso Extraordinário n. 1.055.941SP, prevenindo, em síntese, a possibilidade de emprego de RIF/Coaf, desde que

²⁰ 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 utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 23 mar. 2022.

²¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Recomendação n. 4/2017-CNMP*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/corregedoria/recomendacoes-de-carater-geral>. Acesso em: 23 mar. 2022; BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n. 174/2017-CNMP*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5192>. Acesso em: 23 mar. 2022.

enviado de forma sigilosa e compartmentada (direto à autoridade competente), dispensando-se autorização judicial para seu uso como fonte de prova. O acórdão, todavia, não tratou especificamente dos RIFs/Coaf provocados, isto é, daqueles gerados a pedido de órgão de investigação por meio do Sistema Eletrônico de Intercâmbio do Coaf (SEI-C).

Adveio, assim, em fevereiro de 2022, decisão do Superior Tribunal de Justiça anulando ação criminal na qual o Ministério Público obtivera RIF do Coaf via SEI-C (mediante provocação) sem autorização judicial.²² Esse julgado não tem efeitos gerais e é sujeito a recurso, restando, assim, e até o momento, lacuna quanto ao emprego válido de RIFs/Coaf obtidos por provocação (sistema de intercâmbio).

Resta a indagação: como o Ministério Público deve utilizar, nesse hiato e nas investigações presentes, RIFs/Coaf obtidos via sistema de intercâmbio? Quais os fundamentos necessários e qual o momento adequado para solicitação de ordem judicial para sua obtenção? Perguntas por ora sem respostas – as quais talvez venham a ser obtidas em eventual decisão da Suprema Corte sobre o tema.

Como diz o próprio nome – Relatório de Inteligência Financeira –, não estamos diante de singela prova documental, mas de uma com origem bastante específica. Daí porque esse caso, ainda pendente de normatização, é ilustrativo da necessidade de cautelas especiais quando tratamos de novos mecanismos de prova, a serem sopesadas diante de cada caso concreto.

Destaque-se, ainda neste ponto, que cautela na ação não se confunde com pretexto para inação; trata-se da necessidade de observância dos elementos corretos para agir em segurança.

²² "PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. [...] OBTENÇÃO DE DADOS FISCAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DIRETAMENTE À RECEITA FEDERAL SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. QUESTÃO NÃO COMPREENDIDA NO JULGAMENTO DO TEMA 990 PELO STF. ACESSO DIRETO PELO ÓRGÃO DA ACUSAÇÃO, QUE NÃO SE CONFUNDE COM A REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS, PREVISTA LEGALMENTE E RECONHECIDAMENTE POSSÍVEL PELA CORTE SUPREMA. COMPARTILHAMENTO QUE OCORRE, DE OFÍCIO, PELA RECEITA FEDERAL, APÓS DEVIDO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM QUE, POSTERIORMENTE AO LANÇAMENTO DO TRIBUTO, VERIFICA-SE A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE CRIME. ILEGALIDADE CONFIGURADA. RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DOS DADOS OBTIDOS PELO ÓRGÃO DA ACUSAÇÃO E OS DELES DECORRENTES." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 83.233 - SP (2017/0083338-5). Relator: Min. Sebastião Reis. DJ 25 abr. 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/451541886/recurso-em-habeas-corpus-rhc-83233-sp-2017-0083338-5/decisao-monocratica-451541983>. Acesso em: 18 mar. 2022).

E. CAPACITAÇÃO CONSTANTE DE INTEGRANTES

Finalmente, tratamos do derradeiro pilar, a necessidade de capacitação constante dos integrantes do Ministério Público – servidores e membros – que atuam em investigações avançadas. Desnecessário apontar que tanto a criminalidade organizada violenta quanto o desenvolvimento de técnicas de investigação são fenômenos em constante transformação. Os grupos criminosos cruentos alteram e inovam, dia após dia, as formas de se reunirem e de manterem a comunicação entre seus integrantes, evoluem nas táticas ilícitas e aperfeiçoam os mecanismos para ocultar o produto delitivo.

As metodologias e técnicas de investigação são aprimoradas, também diuturnamente, em busca de reduzir a distância entre a evolução das táticas de atores ilícitos. Contudo, as instituições de Estado terminam, não raras vezes, por apresentarem soluções distintas para um mesmo problema.

A capacitação e o treinamento contínuo dos integrantes dos órgãos ministeriais são o antídoto essencial para essas irrefreáveis evoluções – já alertava Falcone, como visto, sobre a necessidade de especialização de autoridades.

Assim, além do trabalho realizado pelas escolas de MPs e pelos centros de aperfeiçoamento funcionais, iniciativas como oficinas unindo órgãos técnicos com os de execução e grupos de estudo merecem destaque, bem como são necessários intercâmbios com órgãos externos – nacionais e internacionais –, que potencializam a capacidade investigativa ministerial.

Algumas iniciativas do Ministério Público têm se apoiado em um ou mais desses cinco pilares estruturais, como será visto na sequência.

5 • INVESTIGAÇÃO MINISTERIAL 4.0: INICIATIVAS INOVADORAS

Apesar dos graves percalços enfrentados pelo Ministério Público atualmente ao confrontar a criminalidade mais violenta, assistimos à adoção de incontáveis ações inovadoras partindo de todos os cantos ministeriais do País – numerosas o bastante para não serem comportadas em único artigo.

Destacamos, para esta breve análise, algumas das quais temos tido a grata satisfação de testemunhar e mesmo, de alguma forma, com elas colaborar.

A. TRÍPLICE VERTENTE NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Deve-se ao promotor de Justiça Amauri Silveira Filho, secretário-executivo do Gaeco/MPSP, o desenvolvimento duma metodologia de trabalho que foi apresentada no primeiro semestre de 2016 a integrantes dos 14 núcleos de Grupos Especiais do estado. Coube aos integrantes do Gaeco/MPSP, a partir de então, sua aplicação e execução prática.

Cuida-se de ideia simples e eficiente, calcada no pressuposto segundo o qual as organizações criminosas têm como sustentáculos constantes a corrupção de agentes públicos e a lavagem de valores dos ilícitos praticados – sem essas bases de apoio, as organizações criminosas não sobrevivem, elas ruem. Estrutura, enfim, piramidal, da qual se extrai a ideia de enfrentar as organizações criminosas por uma tríplice vertente, mirando: seus integrantes diretos; os agentes públicos corruptos envolvidos; e as devidas responsabilizações pelos delitos de lavagem e a recuperação dos valores ilicitamente auferidos.²³

FIGURA 4



Fonte: elaborada pelo autor.

²³ ATUAÇÃO do Gaeco em tempos de pandemia || MPSP+. [S. l.: s. n.], 2021. 1 vídeo (19 min). Publicado pelo canal do Ministério Púlico do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UEPmn6dV4HU>. Acesso em: 22 mar. 2022; NÚMEROS do Gaeco são apresentados no Fala, MPSPI Portal MPSP, São Paulo, 2 fev. 2022. Notícias. Disponível em: <https://www.mppsp.mp.br/w/n%C3%BAmeros-do-gaeco-s%C3%A3o-apresentados-ao-vivo-no-fala-mpsp->. Acesso em: 22 mar. 2022.

Impossível deixar de notar a semelhança com um dos pilares da lição de Falcone: a apreensão de bens e valores mafiosos.

Implicação subjacente à tríplice vertente está na necessidade de qualificação do resultado do trabalho investigativo; isto é, em atenção aos princípios reitores da Administração Pública da economia e da eficiência, as investigações avançadas – aquelas que se valem dos mais modernos recursos disponíveis – devem atacar as lideranças criminosas e, em especial, as que tenham amealhado maior patrimônio. Quanto mais relevantes os alvos dentro de um grupo criminoso violento, maiores serão os abalos na cadeia de comando, na estrutura marginal, e maior será o volume de bens apreendidos; maior será, ao final, o benefício à sociedade.

Outro corolário prático dessa proposta metodológica: a instauração de um procedimento investigatório de lavagem de valores para cada nova investigação aberta. Como se vê, tais ideias dialogam com o pilar do Desenvolvimento e Adoção de Metodologias de Trabalho.

Os integrantes do Gaeco/MPSP, como dito, executaram o plano e os resultados vieram, destacando-se dois exemplos práticos.

A operação Sharks, deflagrada em setembro de 2020, que teve como alvo as principais lideranças então em liberdade do PCC,²⁴ foi decorrência direta dessa disciplina. A investigação que redundou na operação reuniu membros de vários núcleos do Gaeco (pilar da Integração), utilizou-se de ferramentas de análise de dados em massa (pilar do Investimento em Tecnologia), e, especialmente, foi feita com extrema cautela. Antes de cada passo dado, de cada pedido judicial ser apresentado – desde a abertura da investigação em 2018 até a coletiva de imprensa que se seguiu à operação em 2020 –, não houve uma única ação que não tenha sido fruto de diligente ponderação (pilar da Cautela na Ação). Após o oferecimento da denúncia inicial, seguiram-se denúncias por lavagem de dinheiro contra filiados do mais alto escalão da facção criminosa paulista.

O segundo exemplo ou *case* dos resultados alcançados com a aplicação prática da tríplice vertente foi o vertiginoso aumento de denúncias oferecidas pelos núcleos do Gaeco/MPSP por crimes de lavagem de

²⁴ COM OPERAÇÃO Sharks, Gaeco mira líderes do PCC. Portal MPSP, São Paulo, 14 set. 2020. Notícias. Disponível em: <https://www.mppsp.mp.br/pt/web/guest/w/com-operacao%C3%A7%C3%A3o-sharks-gaeco-mira-l%C3%ADderes-do-pcc>. Acesso em: 22 mar. 2022.

dinheiro, muitas das quais já redundaram em condenações com volumosas sanções pessoais e financeiras.²⁵

B. DESENVOLVIMENTO DE BASES DE DADOS DO CRIME ORGANIZADO VIOLENTO

A cada ano, promotorias de justiça e grupos de atuação especial oferecem, Brasil afora, centenas de denúncias contra integrantes de organizações criminosas violentas, faccionados, assaltantes de bancos, milicianos. Historicamente, os dados relativos a essas ocorrências eram relegados aos arquivos internos de cada grupo ou promotoria; quando muito, eram reunidos localmente, formando uma base interna, circunscrita territorialmente. Contudo, desde 2018 avolumam-se as soluções desenvolvidas internamente por Ministérios Públicos para reunir esses dados, até então esparsos, em bases unificadas.

O NIGC/MPSP tratou do tema desenvolvendo sistema próprio (Harpia), abastecido pela colaboração dos núcleos Gaeco/MPSP e pela coleta de dados no sistema processual do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), entre outras fontes; reuniu ainda, na ferramenta, centenas de documentos colhidos em fontes abertas sobre o histórico e o funcionamento da maior facção de São Paulo (pilares da Integração e do Investimento e Desenvolvimento Tecnológico).

Não se trata de dados de atividade de inteligência, mas qualificados, porque constantes de processos judiciais, ou seja, incorporados após passarem pelo crivo investigatório e judicial, passíveis de serem acessados, democraticamente, pelos integrantes da instituição.

Hoje é disponibilizada aos integrantes consulta direta, via *chat bot*, àquela base de dados, permitindo às promotorias de justiça e ao Gaeco/MPSP verificarem se determinado investigado ou réu integra o violento grupo criminoso.

²⁵ CONSELHO Superior do Ministério Pùblico debate relatório sobre desempenho do Gaeco. Portal MPSP, São Paulo, 14 maio 2019. Notícias. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/pt/web/guest/w/conselho-superior-do-minist%C3%A9rio-p%C3%BAblico-debate-relat%C3%B3rio-sobre-desempenho-do-gaeco>. Acesso em: 22 mar. 2022; SACHETO, Cesar. Asfixia financeira: MP bloqueia R\$ 4 bilhões do crime organizado em SP. R7, São Paulo, 13 jul. 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/asfixia-financeira-mp-bloqueia-r-4-bilhoes-do-crime-organizado-em-sp-13072021>. Acesso em: 22 mar. 2022; GAECO obtém condenação de 1.016 réus em dois anos, mostra balanço. Portal MPSP, São Paulo, 7 fev. 2022. Notícias. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/w/gaeco-obt%C3%A9m-condena%C3%A7%C3%A7%C3%A3o-de-1.509-r%C3%A9us-em-dois-anos-mostra-balanc%C3%A7o>. Acesso em: 22 mar. 2022.

FIGURA 5



Fonte: página inicial do sistema Harpia (disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Inteligencia).

A realização de consulta exige prévio registro no sistema e certificação dos dados do usuário e do feito em que se pretende utilizar o dado (pilar da Cautela na Ação).

O GNCOC/CNPG, a seu turno, congregando integrantes de Gaecos dos Ministérios Públicos estaduais e federal, também tem realizado iniciativas conjuntas nesse sentido, destacando-se o panorama das facções criminosas nacionais, que permite conhecer, entre outras, as facções que atuam em mais de uma região e que merecem, assim, olhar integrado.

FIGURA 6



Fonte: página do Núcleo de Inteligência e Gestão do Conhecimento do MPSP (disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Inteligencia).

C. METODOLOGIAS E SISTEMAS PARA TRATAMENTO DE DADOS DIGITAIS E CADEIA DE CUSTÓDIA

Ministérios Públicos têm investido tempo e recursos valiosos para aprimorar o tratamento de dados digitais utilizados em investigações, especialmente os telemáticos, assim como para fazer cumprir as novas normas processuais da cadeia de custódia (arts. 158-A a 158-F do Código de Processo Penal).

Aqui, novamente, estamos em terreno movediço, onde o legislador não exauriu o tema e a jurisprudência não amadureceu a ponto de conferir a necessária segurança jurídica. No caso da validação da prova eletrônica oriunda de interceptação telemática e daquela coletada em fonte aberta, pouco há, inclusive na jurisprudência.²⁶ Já sobre a cadeia de custódia, a legislação de 2020 exige cumprimento de diversas obrigações e tarefas práticas, sem, contudo, definir conceitos essenciais.

Destacam-se, de um lado, o surgimento de metodologias e fluxos de trabalho para lidar com a obtenção de dados telemáticos estáticos e dinâmicos em nuvens (*cloud computing*) e a sua extração diretamente de equipamentos digitais apreendidos; de outro, a construção de soluções para acompanhar o fluxo de custódia da prova em sua integralidade e de normativas para a matéria, incluídas aquelas sobre as centrais de custódia.

Outras práticas concretas são o desenvolvimento de fluxos para cumprimento de mandados de busca e apreensão em operações ministeriais, padronizando-se os respectivos autos de coleta, bem como o acompanhamento *in loco* por técnicos do quadro do MP, capazes de extrair imediatamente dados de suportes digitais e garantir que não sejam deletados.

Em comum esses estímulos reclamam: (I) o desenvolvimento de metodologias e de soluções voltadas à realidade específica do Ministério Público, autor da investigação e titular da ação penal; (II) o envolvimento de vários setores internos de cada MP, especialmente de membros e servidores que protagonizam investigações e operações em conjunto com os setores técnico-periciais.

Esse foco e tal combinação de esforços internos garantem que os rumos sejam institucionalmente adequados e que não sejam impostos ainda mais obstáculos além daqueles legalmente previstos e decorrentes da observância do pilar da Cautela na Ação.

²⁶ “[...] não há uma previsão específica a respeito das evidências digitais e dos documentos eletrônicos.” (BARRETO; WENDT; CASELLI, 2017, p. 221-233).

Os trabalhos recentes realizados nessas áreas vão ao encontro dos pilares da Integração, do Desenvolvimento de Metodologias, do Investimento e Desenvolvimento Tecnológico e da Cautela na Ação.

6 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminalidade organizada violenta tem-se espraiado por todo o País e além dele, tornando-se mais profissional e integrada entre seus pares nacionais e estrangeiros, elevando os malefícios que causa às vidas e à economia, bem como à segurança, à saúde e aos cofres públicos. Seu poder de esgarçar o tecido social aumenta a cada dia.

Simultaneamente, o Ministério Público experimenta grave momento institucional, com resistências e revezes em sua atuação investigativa, enquanto o mundo contemporâneo, marcado pela revolução tecnológica, leva a novo marco evolutivo das investigações, inundadas por recursos digitais.

Sugere-se, nesse contexto, a reavaliação dos pilares sobre os quais se assentam o ânimo e os esforços investigativo-institucionais, propondo-se: a) integração e interação institucionais internas, entre MPs e externas; b) desenvolvimento e adoção de metodologias de trabalho investigativo; c) investimento e desenvolvimento tecnológicos; d) cautela na ação; e) capacitação constante de integrantes.

Cremos ter apresentado iniciativas inovadoras já testadas em investigações de sucesso e trabalhos em desenvolvimento em vários ramos do Ministério Público, as quais inspiraram a ideação desses pilares. Não havendo a opção de deixar de agir, cumpre buscar equilíbrio entre a ação e os limites necessários, aproveitando, especialmente, as inovações técnico-digitais.

REFERÊNCIAS

ATUAÇÃO do Gaeco em tempos de pandemia || MPSP+. [S. l.: s. n.], 2021. 1 vídeo (19 min). Publicado pelo canal do Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UEPmn6dV4HU>. Acesso em: 22 mar. 2022

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARRETO, Alessandro; WENDT, Emerson; CASELLI, Guilherme. *Investigação digital em fontes abertas*. Rio de Janeiro: Brasport, 2017.

BARRETO FILHO, Herculano. Ações de ‘novo cangaço’ miram R\$ 160 milhões e têm 46 mortes em 2021. *Uol Notícias*, São Paulo, 2 jan. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/01/02/acoes-novo-cangaco-r-160-milhoes-46-mortes-2021.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. Ministério Pùblico Federal. Simba – O que é e para que serve? *Portal MPF*, Brasília, [201-?]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sppea/sistemas/simba-1>. Acesso em: 20 mar. 2022.

COM OPERAÇÃO Sharks, Gaeco mira líderes do PCC. *Portal MPSP*, São Paulo, 14 set. 2020. Notícias. Disponível em: <https://www.mppsp.mp.br/pt/web/guest/w/com-oper%C3%A7%C3%A3o-sharks-gaeco-mira-%C3%ADderes-do-pcc>. Acesso em: 22 mar. 2022.

CONSELHO Superior do Ministério Pùblico debate relatório sobre desempenho do Gaeco. *Portal MPSP*, São Paulo, 14 maio 2019. Notícias. Disponível em: <https://www.mppsp.mp.br/pt/web/guest/w/conselho-superior-do-minist%C3%A9rio-p%C3%BAblico-debate-relat%C3%B3rio-sobre-desempenho-do-gaeco>. Acesso em: 22 mar. 2022.

DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa*. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÙBLICA. *Cartografias das violências na Região Amazônica*: síntese dos dados e resultados preliminares. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/cartografias-das-violencias-na-regiao-amazonica/. Acesso em: 18 mar. 2022.

GAECO obtém condenação de 1.016 réus em dois anos, mostra balanço. *Portal MPSP*, São Paulo, 7 fev. 2022. Notícias. Disponível em: <https://www.mppsp.mp.br/w/gaeco-obt%C3%A9m-condena%C3%A7%C3%A3o-de-1.509-r%C3%A9us-em-dois-anos-mostra-balan%C3%A7o>. Acesso em: 22 mar. 2022.

GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME. *Global Organized Crime Index 2021*. Geneva: GI-TOC, 2021a. Disponível em: <https://ocindex.net/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME. *Global Organized Crime Index 2021*. Brazil. Geneva: GI-TOC, 2021b. Disponível em: <https://ocindex.net/country/brazil>. Acesso em: 15 mar. 2022.

HEUER JR., Richards J.; PHERSON, Randolph H. *Structured analytic techniques for intelligence analysis*. Washington, DC: CQPress, 2010.

ISSUANCE of Executive Order Imposing Sanctions on Foreign Persons Involved in the Global Illicit Drug Trade; counter narcotics designations and designations updates. *U.S. Department of the Treasury*, Washington DC, 15 dez. 2021. Disponível em: <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20211215>. Acesso em: 17 mar. 2022.

MARRIN, Stephen. Analytic objectivity and science: evaluating the US Intelligence Community's approach to applied epistemology. *Intelligence and National Security*, Abingdon, v. 35, issue 3, p. 350-366, 2020. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/02684527.2019.1710806?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 26 mar. 2022.

MCDERMOTT, Jeremy. GameChangers 2019: Latin America's Top 10 Criminal Groups. *Insight Crime*, Washington DC, 22 jan. 2022. Disponível em: <https://insightcrime.org/news/analysis/gamechangers-2019-top-10-criminal-groups/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

NÚMEROS do Gaeco são apresentados no Fala, MPSP! *Portal MPSP*, São Paulo, 2 fev. 2022. Notícias. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/w/n%C3%BAmeros-do-gaeco-s%C3%A3o-apresentados-ao-vivo-no-fala-mpsp->. Acesso em: 22 mar. 2022.

SACHETO, Cesar. Asfixia financeira: MP bloqueia R\$ 4 bilhões do crime organizado em SP. *R7*, São Paulo, 13 jul. 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/asfixia-financeira-mp-bloqueia-r-4-bilhoes-do-crime-organizado-em-sp-13072021>. Acesso em: 22 mar. 2022.

SOARES, Lucas; FRANCO JR. Quadrilha que teve pelo menos 25 integrantes mortos em MG tem relação com assaltos a bancos em outros estados, diz Bope. *G1 Sul de Minas*, Varginha, MG, 31 out. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/noticia/2021/10/31/quadrilha-que-teve-25-integrantes-mortos-em-mg-tem-relacao-com-assaltos-a-bancos-em-outros-estados-diz-policia.ghtml>. Acesso em: 18 mar. 2022.

CAPÍTULO 10

INVESTIGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE SISTEMAS DE INFORMAÇÕES

*Milena Santana de Araújo Lima
Octahydes Ballan Junior*

1 · INTRODUÇÃO

Em 2020 e 2021, o Brasil foi surpreendido com sucessivas investidas criminosas contra os sistemas de informações de diversos órgãos públicos, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Secretaria do Tesouro Nacional.

Conforme noticiado, as instituições teriam sido vítimas da prática conhecida como *ransomware*,¹ que consiste na invasão de um sistema e infecção por um *malware* que criptografa os dados, exigindo o pagamento de determinada quantia a título de “resgate” para que a vítima volte a ter acesso.

¹ Conforme Daniel Mendes Caldas, *malwares* são *softwares* maliciosos. “O conceito é basicamente definido pelo objetivo malicioso, agindo contra a vontade do usuário do sistema, e não inclui programas que causam danos não intencionais, resultantes de alguma falha não prevista por seus criadores” (2016, p. 7). Já *ransomware* é compreendido como “Malware cujo objetivo é restringir o acesso ao sistema infectado, e exigir o pagamento de uma quantia em dinheiro para que o acesso seja reestabelecido, como forma de resgate. Agem bloqueando arquivos ou partes essenciais do sistema operacional infectado. Normalmente fazem uso de algoritmos criptográficos para encriptar os arquivos, o que muitas vezes torna o acesso aos arquivos impossível de ser recuperado, sem a chave criptográfica.”

O uso de *ransomware* trata-se de um golpe, considerado uma ação de extorsão. Além disso nada garante que o criminoso que utiliza o malware forneça a chave para decriptar os arquivos, mesmo após o pagamento da quantia requisitada”. (CALDAS, Daniel Mendes. *Análise e extração de características estruturais e comportamentais para perfis de malware*. 2016. 82 p. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Engenharia Elétrica da Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 36).

O *modus operandi* acima descrito não é algo novo, datando de 1989 os primeiros relatos de sua incidência. Todavia, a dimensão da ameaça ganhou relevância internacional com o *malware* denominado *WannaCry*,² que infectou milhares de computadores em dezenas de países no ano de 2017,³ inclusive no Brasil, cujos dados apontam para a incidência, em um período de três meses, de mais de 15 bilhões de tentativas de ataques cibernéticos,⁴ fazendo do País o quinto no mundo em número de dispositivos infectados.⁵

A existência de *backup* (cópia de segurança) atualizado é uma importante medida de prevenção contra o *ransomware*, pois nem mesmo o pagamento dos valores exigidos para fornecimento da chave de desbloqueio é garantia de que ela será de fato fornecida e menos ainda de que aqueles dados não foram usados para a prática de outros crimes.

Se ter sua principal ferramenta de trabalho comprometida já é um cenário ruim para qualquer pessoa, quando se trata de uma instituição pública os prejuízos ultrapassam a esfera individual. O incidente pode ser capaz de afetar milhares ou milhões de pessoas usuárias de um sistema ou que possuam informações ou dados profissionais nele armazenados, comprometendo a confiança nas instituições e aumentando a insegurança a respeito de como essas informações serão utilizadas.

² "O vírus é do tipo *Ransomware*, que se espalha através de links ou e-mails. Após identificarem uma vulnerabilidade no sistema, os responsáveis pelo WannaCry criaram um software que, ao entrar em contato com o computador, o bloqueia, codifica tudo que nele há e pede como resgate para a decodificação a quantia de 300 dólares em *bitcoins* (moedas). Segundo o programa Avast, o vírus consegue atingir 178 tipos de extensões de arquivos." (CHELQUE, Elton da Silva; SANTOS, Lucas de Souza; PERES, Luiz Henrique Arêas. *O vírus WannaCry*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Ciências e Tecnologia, 2017).

³ GRUSTNIY, Leonid. A saga do ransomware. *Kaspersky Daily*, São Paulo, 9 abr. 2021. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/blog/history-of-ransomware/17280/>. Acesso em: 24 mar. 2022.

⁴ SEGURANÇA cibernética: WannaCry ainda é um perigo real no Brasil. *Convergência Digital*, 6 ago. 2019. Disponível em: <https://www.convergenciadigital.com.br/Seguranca/Seguranca-cibernetica%3A-WannaCry-ainda-e-um-perigo-real-no-Brasil-51375.html?UserActiveTemplate=mobile>. Acesso em: 24 mar. 2022.

⁵ FUNABASHI, Amanda Maria Martins; CAPARELLI, Lucas Leal. WannaCry: como o *ransomware* afetou o mundo? *Coruja Informa*, São Paulo, 24 jul. 2017. Disponível em: <http://www.each.usp.br/petsi/jornal/?p=1863>. Acesso em: 24 mar. 2022.

A implementação de novas tecnologias e a imersão na era digital tornaram-se inevitáveis⁶ e encontram-se em ritmo acelerado no serviço público, sendo insustentável qualquer retrocesso. A informatização e a virtualização de serviços vêm sendo ampliadas em todas as esferas, e cada vez mais informações são coletadas e armazenadas. Na maior parte do Brasil, os processos judiciais e procedimentos administrativos já se desenvolvem de forma eletrônica, albergando os dados de milhões de pessoas.

Um ataque externo não é a única ameaça à segurança dessas informações. O perigo, não raras vezes, é interno e pode atuar despercebido durante anos até ser revelado. Nem sempre é fácil comprovar o vazamento criminoso de informações sigilosas armazenadas em meio eletrônico e, principalmente, individualizar a autoria delitiva, produzindo inafastáveis desafios.

Ao longo deste artigo, busca-se esclarecer questões jurídicas e técnicas que auxiliem os trabalhos investigativos relacionados com a violação de sistemas de informação, contribuindo para a comprovação de materialidade e autoria delitivas.

2 · VIOLAÇÃO DE SISTEMAS DE INFORMAÇÕES E TIPIFICAÇÃO PENAL

Numa sociedade cada vez mais informatizada e dependente dos diversos sistemas, a proteção de dados é uma preocupação em todos os ordenamentos jurídicos, assumindo contornos de direito fundamental.⁷ Antonio Enrique Pérez Luño afirma que todos têm a tarefa de

contribuir para se evitar um paradoxo dramático: compensar nosso atraso na incorporação ao desenvolvimento tecnológico com a vanguarda mundial na pirataria de software, a delinquência informática e as agressões informáticas à liberdade.⁸

⁶ "É importante lembrar que vivemos em uma sociedade em que a informática se transformou em símbolo de nossa cultura, a ponto de, para designar o âmbito de nossa convivência, se recorrer reiteradamente a expressões tais como 'sociedade da informação' ou 'sociedade informatizada'." (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Direitos humanos, Estado de direito e Constituição*. Trad. Paulo Roberto Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2021. p. 347).

⁷ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba-SC, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

⁸ PÉREZ LUÑO, 2021, p. 409.

Na era digital, ter acesso à informação corresponde a detenção de poder,⁹ e o incremento desse poder, com o acúmulo de dados e de conhecimento, pode ocorrer de forma lícita ou ilícita. A falta de controle efetivo e transparente pode gerar dúvidas quanto à confiança em sistemas e instituições, além de possíveis violações de privacidade por meio de “tratamento automatizado dos dados pessoais, que permite que as pessoas sejam ‘perseguidas’ durante todos os dias e transformadas em pessoas ‘eletrônicas’”¹⁰.

No Brasil, ao menos desde o início da década de 1990, a questão envolvendo a fundamentalidade da proteção da informação tem recebido atenção da literatura jurídica. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, discorrendo sobre o sigilo de dados, diz:

Trata-se de um direito subjetivo fundamental. Como direito subjetivo, manifesta uma estrutura básica, cujos elementos são o *sujeito*, o *conteúdo* e o *objeto*. O *sujeito* é o titular do direito. Em se tratando de um dos direitos fundamentais do indivíduo, o sujeito é toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente (ou transeunte cf. Mello Filho, p. 20) no País (art. 5º, *caput*). O *conteúdo* é a faculdade específica atribuída ao sujeito, que pode ser a faculdade de constranger os outros ou de resistir-lhes (caso dos direitos pessoais) ou de dispor, gozar, usufruir (caso dos direitos reais). A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O *objeto* é o bem protegido, que pode ser uma *res* (uma coisa, não necessariamente física, no caso de direitos reais) ou um interesse (no

⁹ “A temática da privacidade passou a se estruturar, fundamentalmente, em torno da informação, e especificamente dos dados pessoais. Se a caracterização da nossa organização social como uma comunidade cada vez mais calcada sobre o acúmulo e circulação de informações comportou o nascimento de um novo instrumento de base – ao qual se coliga o estabelecimento de novas situações relações de poder –, qual seja, a questão da legitimação do poder fundado em informação, tanto no âmbito estatal como aquele vinculado à indústria.” (RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro; FINGER, Brunize. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 53, p. 45-66, 2011. p. 53. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/30768/19876>. Acesso em: 20 mar. 2022).

¹⁰ VEIGA, Adélia Solange Pereira Gonçalves da. *Proteção de dados: o direito à privacidade na era digital.* 108 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Autônoma de Lisboa, Lisboa, 2020. p. 41. Disponível em: https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/5046/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Final%20-%20Revista%206.7.2020o_%20AV.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

caso dos direitos pessoais). No direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito.¹¹ (Grifos no original).

Em 10 de fevereiro de 2022, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 115, que, adicionando o inciso LXXIX ao art. 5º da Carta da República, prevê que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. O reconhecimento expresso dessa garantia fundamental, no corpo da Constituição Federal, reforça sobremaneira a necessidade de proteção e, consequentemente, investigação e responsabilização pela violação de informações sigilosas, legitimando ainda mais a intervenção do Direito Penal.

A primeira tarefa na investigação de vazamento de informações em sistemas eletrônicos é buscar delimitar o tipo penal incidente, porquanto há possibilidade de caracterização cumulativa (em concurso) ou isolada, permitindo uma multiplicidade de cenários. A informação pode ter sido obtida online, via intranet, por meio físico ou verbal. Quem vazou pode não ser quem acessou e até mesmo quem acessou pode não ser a pessoa que aparece identificada nos registros de acesso ou de conexão. Os fins da invasão podem ser os mais diversos possíveis, resultando em delitos diferentes.

Não por outro motivo, deve-se buscar, sempre que possível, confirmar um elemento de informação com outros indícios.¹² Cuidando-se de delitos praticados por meio eletrônico, o somatório de indícios pode ser decisivo para a condenação.¹³ Esse cenário reforça a necessidade de uma

¹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 20 mar. 2022.

¹² Os indícios estão previstos no Título VII do CPP, como prova típica. Conforme art. 239, “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Doutrinariamente, é bastante difundida a lição de Maria Thereza Rocha de Assis Moura: “Indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo.” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 38).

¹³ “Uma pluralidade de indícios, um laime lógico entre estes que têm o condão de apontar na mesma direção a que se busca chegar, com a inexistência de contradições ou provas em sentido oposto, são pressupostos para um conceito de suficiência probatória.” (GOMES, Márcio Schlee. *A prova indiciária no crime de homicídio: lógica,*

investigação baseada na busca de todas as provas que possam ser relevantes, assim entendidas como aquelas que apoiam ou refutem hipóteses fáticas, fornecendo uma informação “superior a zero”¹⁴ admitindo-se, pois, “qualquer prova relevante que não deva ser excluída por aplicação de algum dos filtros adicionais impostos pelas regras jurídicas”, como, por exemplo, aquelas obtidas ilicitamente.¹⁵

Importa observar que, cuidando-se de investigação, o trabalho ocorrerá a partir da formulação de hipóteses, daí a relevância de cada prova recolhida, mesmo aquela que eventualmente refute a hipótese inicial e mais genérica, que servirá para o afunilamento dos trabalhos e formulação de nova hipótese mais específica.¹⁶

probabilidade e inferência na construção da sentença penal. 250 f. Mestrado (Dissertação) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014. p. 196).

¹⁴ Embora focando no processo civil, Michele Taruffo diz: “O conceito de relevância é especialmente importante como critério para a seleção dos elementos de prova admissíveis. Relevância é um critério lógico segundo o qual os únicos elementos de prova que devem ser admitidos e tomados em consideração pelo julgador são aqueles que possuem uma conexão lógica com os fatos em litígio, de modo que a conclusão acerca da verdade de tais fatos possa ser por esses elementos sustentada. Esse critério é óbvio como meio de exclusão da apresentação de provas que não teriam qualquer utilidade para o estabelecimento da verdade dos fatos em litígio: aplica-se a todos os sistemas processuais, ainda que alguns não o estipulem *expressis verbis* como uma condição para a admissibilidade das provas. Dado que a função da prova é suprir o julgador com informações úteis para o estabelecimento da verdade dos fatos em litígio, essa conexão lógica é cognitivamente instrumental: ‘elementos de prova relevantes’ são todos aqueles que podem oferecer uma base cognitiva para que se estabeleça a verdade de um fato em litígio, ou seja, uma informação sobre tal ‘superior a zero’”. (TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 36).

¹⁵ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoración racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 63-64.

¹⁶ “O contexto da descoberta é destinado, sinteticamente, à formulação de hipóteses prévias, com potencial explicativo de um determinado acontecimento, com base em alguns dados disponíveis. É exatamente o que necessita o investigador, diante da notícia da ocorrência de um fato que se lhe afigura criminoso e dos elementos iniciais disponíveis, como o cadáver, os indícios na cena do crime, o depoimento de uma testemunha etc.

Muitas vezes, contudo, os fatos que se oferecem inicialmente, por exemplo, na cena do crime, são insuficientes para uma hipótese explicativa definitiva, que será posteriormente introduzida no processo ao se formular a acusação. A primeira hipótese tem um caráter de generalidade e provisoria, sendo empregada para produzir outros âmbitos de investigação, sendo posteriormente substituída por uma hipótese mais específica.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 145-146).

Por oportuno, deve-se ter em linha de consideração que a busca pela verdade permitirá que os indícios sejam utilizados para identificar, definir e confirmar a autoria delitiva, mas também para afastar determinada suspeita e até mesmo provar a inocência.

Em que pese a precisão dos dados isoladamente considerados, a leitura e a interpretação deles podem passar por armadilhas em uma investigação tecnológica. As vulnerabilidades na segurança da informação geralmente decorrem de uma falha no sistema ou de uma falha humana, sendo esta a mais comum.

Ocorre que a utilização de senhas padrões ou idênticas para vários acessos, o compartilhamento de login e senha, a falta de cuidados com a guarda de credenciais de acesso, a utilização de rede de internet aberta ou de terceiros sem a devida cautela e a ausência multifator de autenticação ainda são muito frequentes, elevando os riscos de um incidente de segurança e de não identificação da autoria.

Nem mesmo a correta tipificação das condutas ilícitas é tarefa fácil. Muitas vezes ela é possível somente ao final da investigação, após a colheita de todos os elementos de prova e esclarecimento dos contornos do caso concreto.¹⁷ As violações de sigilo, observadas as suas circunstâncias específicas, podem encontrar várias correspondências típicas e geralmente estão associadas a outras práticas delitivas, destacando-se, *a priori*, os seguintes delitos do Código Penal:

- divulgação de segredo, art. 153;¹⁸

¹⁷ Considerando que a investigação assume cada vez mais uma “importante função garantista de impedir a acusação destituída de suficiente base” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 94), a autoridade investigadora deverá se cercar de todas as cautelas possíveis para a colheita da maior gama de provas disponíveis, hábeis a uma correta imputação em juízo.

¹⁸ “Art. 153 – Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.

§ 1º Somente se procede mediante representação.

§ 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública:

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

- violação do segredo profissional, art. 154;¹⁹
- invasão de dispositivo informático, art. 154-A;²⁰
- extorsão, art. 158;²¹
- interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública, art. 266;²²

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

¹⁹ “Art. 154 – Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis.
Parágrafo único – Somente se procede mediante representação.”

²⁰ “Art. 154-A. Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

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

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no *caput*.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.”

²¹ “Art. 158 – Constar de alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º – Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.”

²² “Art. 266 – Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento:

Pena – detenção, de um a três anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

- supressão de documento, art. 305;²³
- falsa identidade, art. 307;²⁴
- inserção de dados falsos em sistema de informações, art. 313-A;²⁵
- modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações, art. 313-B;²⁶
- violação de sigilo funcional, art. 325;²⁷

§ 2º Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.”

²³ “Art. 305 – Destruir, suprimir ou ocultar, em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio, documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor: Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é particular.”

²⁴ “Art. 307 – Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.”

²⁵ “Art. 313-A. 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: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

²⁶ “Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.”

²⁷ “Art. 325 – Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”

- coação no curso do processo, art. 344;²⁸
- espionagem, art. 359-K;²⁹
- interrupção do processo eleitoral, art. 359-N.³⁰

Sem prejuízo de outras condutas criminosas, a violação de sigilo também é objeto de tratamento pela Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996,³¹ e, a depender

²⁸ "Art. 344 – Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:
Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência."

²⁹ "Art. 359-K. Entregar a governo estrangeiro, a seus agentes, ou a organização criminosa estrangeira, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, documento ou informação classificados como secretos ou ultrascretos nos termos da lei, cuja revelação possa colocar em perigo a preservação da ordem constitucional ou a soberania nacional:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem presta auxílio a espião, conhecendo essa circunstância, para subtraí-lo à ação da autoridade pública.

§ 2º Se o documento, dado ou informação é transmitido ou revelado com violação do dever de sigilo:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 15 (quinze) anos.

§ 3º Facilitar a prática de qualquer dos crimes previstos neste artigo mediante atribuição, fornecimento ou empréstimo de senha, ou de qualquer outra forma de acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 4º Não constitui crime a comunicação, a entrega ou a publicação de informações ou de documentos com o fim de expor a prática de crime ou a violação de direitos humanos."

³⁰ "Art. 359-N. Impedir ou perturbar a eleição ou a aferição de seu resultado, mediante violação indevida de mecanismos de segurança do sistema eletrônico de votação estabelecido pela Justiça Eleitoral:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa."

³¹ "Art. 10. Constitui crime 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:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no *caput* deste artigo com objetivo não autorizado em lei.

Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida:

de seus contornos fáticos, pode ser cometida, exemplificativamente, dentro do contexto de uma associação criminosa,³² pertencimento a organização criminosa,³³ obstrução de justiça³⁴ e acesso informático a imagens sexuais envolvendo crianças ou adolescentes,³⁵ sem prejuízo de outros desdobramentos para quem divulgou ou acessou indevidamente as informações.

Havendo indícios de crime, o início da persecução penal será de competência dos órgãos de investigação criminal, o que não impede a realização de auditorias internas pelo próprio órgão que teve seu sistema violado, bem como a adoção de medidas emergenciais para corrigir eventuais vulnerabilidades, desde que promovida a preservação das evidências.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.

§ 2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial.”

³² “Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.”

³³ Lei n. 12.850/2013 – “Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”.

³⁴ Lei n. 12.850/2013 – “Art. 2º [...] § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa”.

³⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente – “Art. 241-A. 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:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* deste artigo.

§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o *caput* deste artigo”.

Durante a apuração dos fatos, os órgãos de persecução penal deverão se atentar para a possibilidade de configuração dos delitos acima mencionados, afunilando a investigação no sentido da adequada delimitação dos tipos penais incidentes, individualização de condutas e respectivas autorias.

3 · PERSPECTIVAS TÉCNICAS PARA IDENTIFICAÇÃO DA AUTORIA

As investigações para apurar a violação de sigilo de informações geralmente são de natureza complexa e exigem uma conjugação de diligências, desde a auditoria de *logs*,³⁶ pesquisas de dados, oitivas de testemunhas e até mesmo medidas cautelares para o afastamento de sigilos telefônico, telemático, fiscal, bancário, de busca e apreensão e de restrição de liberdade, entre outras que possam auxiliar no esclarecimento dos fatos.

³⁶ “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.

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 CGI.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 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.” (CAIADO, Marcelo; FERRAZ, Winícius. Perícia em tecnologia da informação e comunicação. In: PAULINO, Galtiênio da Cruz; SCHOUCAIR, João Paulo Santos; BALLAN JUNIOR, Octahydes; MAIA, Tiago Dias. *Técnicas avançadas de investigação: perspectivas prática e jurisprudencial*. Brasília: ESMPU, 2021, v. 1. p. 286-287. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/técnicas-avancadas-de-investigacao-2013-perspectivas-pratica-e-jurisprudencial-vol-1>. Acesso em: 22 mar. 2022. Grifos no original).

Imagine uma situação de vazamento de informações sigilosas armazenadas em um sistema de procedimentos administrativos ou processos judiciais com acesso pela internet. É natural que, antes de se recorrer às medidas cautelares, a investigação tenha como ponto de partida a busca pelos registros de acesso ao sistema, mas é preciso saber o que pedir, como pedir, a quem pedir e o que dizem as informações.

As respostas para um possível vazamento de informações nesse contexto necessariamente demandam a análise das evidências digitais, sendo intuitivo que esse seja o primeiro recurso de investigação e que permita verificar se houve ou não o acesso indevido aos autos eletrônicos, quem acessou, como acessou, o que acessou, se houve cópia, alteração, inserção ou exclusão de dados. Deve-se ainda adotar os cuidados necessários para preservação dessas evidências e de sua cadeia de custódia.

Ao buscar essas informações, é preciso delimitar o pedido, especificando os dados necessários ao esclarecimento dos fatos em determinado lapso temporal que compreenda o período do fato investigado e aqueles que podem servir de base comparativa, a exemplo dos dias que o antecederam e os posteriores.

Outra pergunta recorrente é a quem pedir determinadas informações. Em se tratando de violação de sigilo de informações armazenadas em sistemas de processos judiciais ou administrativos públicos, é possível direcionar os pedidos de registros de acessos para os representantes legais das instituições que tiveram seus sistemas violados. Se a violação de sigilo ocorreu em um sistema de informações de uma pessoa jurídica de direito privado, poderá ser ela a responsável pela guarda da informação e para quem se deve pedir os dados.

Conforme será mais bem explicado no tópico seguinte, é importante diferenciar se o responsável pela guarda da informação também é vítima ou não. Há casos em que as informações demandarão ordem judicial e outros nos quais os dados podem ser fornecidos mediante solicitação da autoridade pública encarregada da investigação ou, até mesmo, voluntariamente pelo detentor da informação.

Por outro lado, em resposta, poderá ser apresentada uma relação contendo centenas de dados com a identificação do usuário, hora, fuso horário, data, endereço IP (*Internet Protocol*), porta, entre outras informações. Ainda assim, em algumas situações, essas informações não serão suficientes, tornando indispensáveis novas diligências para obtenção de dados cadastrais, por exemplo, relacionados aos endereços IP, e-mails, números telefônicos e outros dados identificados ou identificáveis.

Como assinalado linhas atrás, é natural que se busque a primeira resposta nos vestígios digitais, exigindo da investigação conhecimentos específicos, atenção e muita cautela. No homicídio, costuma-se dizer que o corpo fala. Assim também são os dados a serem analisados na apuração de qualquer crime, cibرنético ou não, sendo indispensável ao aplicador do direito compreender o que eles revelam.

Dessa forma, sugerimos o conhecimento básico do que representam as informações abaixo, tratamento legal e desafios jurídicos:

- dados cadastrais;
- dados de registros de acesso ao sistema;
- dados de registros de acesso a aplicação de internet;
- dados de registros de conexão de internet;
- dados de registros de comunicação;
- fluxo de comunicação pela internet;
- fluxo de comunicação armazenada;
- fluxo de comunicação telefônica.

Para quem ainda não possui familiaridade com os termos, basta pensar em uma ligação telefônica. O interlocutor precisa inicialmente de um aparelho móvel ou fixo e de uma linha telefônica ativa, em seu nome ou no de terceiro. As chamadas efetuadas e recebidas são relacionadas, conforme datas, horas e respectivos números (chamador e chamado), armazenando-se na operadora esses dados, o que é diferente do conteúdo tratado entre os interlocutores nas ligações.

Utilizando o mesmo raciocínio, para acessar um site de notícias, redes sociais ou determinado sistema de informação online, por exemplo, o usuário precisa utilizar um dispositivo de informática ou terminal (computador, smartphone e outros), uma conexão de internet ativa, identificada por endereço IP, dinâmico (muda a cada nova conexão) ou fixo (permanece o mesmo número, ainda que o usuário se desconecte), este último muito utilizado em pequenas, médias e grandes organizações em que o mesmo endereço IP permite acesso remoto.³⁷

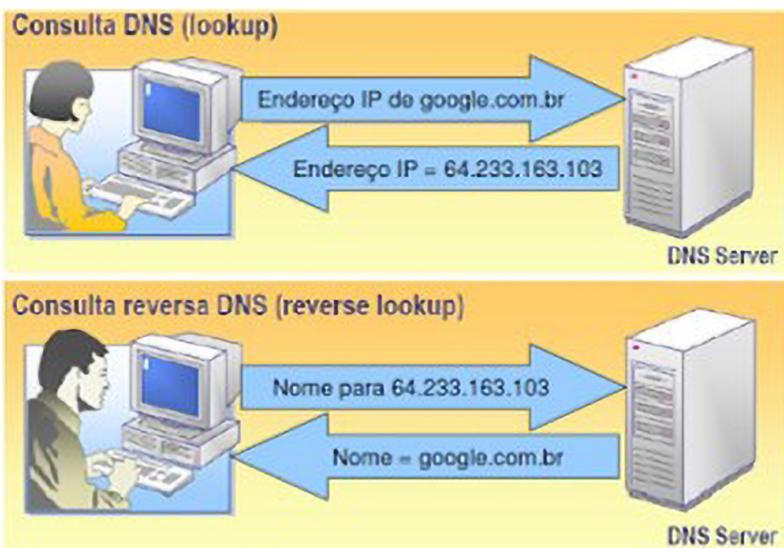
³⁷ KINAST, Priscilla. Qual a diferença entre IP dinâmico e IP estático? *Oficina da net*, 18 dez. 2020. Disponível em: <https://www.oficinadanet.com.br/redesdecomputadores/26649-qual-a-diferenca-entre-ip-dinamico-e-ip-estatico>. Acesso em: 25 mar. 2022.

Assim como na ligação telefônica – em que se tem um número de telefone com o usuário que liga e outro número utilizado pelo recebedor da chamada –, na rede mundial de computadores, o usuário que busca um site pode ser identificado pelo endereço IP utilizado na conexão de internet acessada, assim como o site acessado possuirá um endereço IP, que nada mais é do que seu endereço digital.

Desse modo, tanto o internauta como o site que pretende acessar são identificados por seus respectivos endereços IP, mas a internet não seria tão dinâmica e intuitiva se os usuários precisassem decorar esses números para se estabelecer uma comunicação entre os terminais.

Atualmente, já não é comum as pessoas decorarem números telefônicos, acostumando-se a salvá-los no aparelho celular e a atribuir o nome para aquele contato, quanto menos decorar os endereços IP das dezenas ou centenas de sites de seu interesse.

Com o passar dos anos, permitiu-se então que os endereços web ganhassem o nome de domínio, facilitando a memorização do usuário, sendo desenvolvido um sistema que realiza a tradução do nome digitado no buscador em um endereço IP, previamente correlacionado ao domínio, cujo mecanismo é conhecido como DNS – *Domain Name System*:



Fonte: DNS (Domain Name System). *De Boa na Rede*, [s. l.], maio 2015. Disponível em: <http://dboanarede.blogspot.com/2015/05/dns-domain-name-system.html>. Acesso em: 20 maio 2022.

Voltando ao exemplo, em ambos os serviços, de telefonia e de internet, é necessário fornecer os dados pessoais dos usuários para a contratação do serviço, os quais são armazenados em seus cadastros.

Assim como as operadoras de telefonia armazenam a relação de chamadas efetuadas e recebidas a partir de determinado número, conforme data e hora, os provedores de serviços de conexão à internet também relacionam todos os endereços IP fornecidos para cada usuário, sendo indispensável, ao se buscar esses dados, informar a data, a hora e o fuso horário para a correta identificação do titular do serviço.

Cumpre esclarecer que um endereço IP é disponibilizado pelo provedor de conexão ao contratante do serviço a cada nova conexão, salvo se contratado um endereço de IP fixo. É importante saber que, em um mesmo dia, mais de uma pessoa pode ter recebido o mesmo endereço IP, em momentos distintos, razão pela qual é indispensável para o atendimento que a solicitação de dados cadastrais de usuário especifique o dia, a hora e o fuso horário correspondentes àquela conexão de internet alvo da investigação.

A identificação do usuário da internet não será tão fácil se o provedor de conexão adotar a tecnologia conhecida como *Network Address Translation*, ou NAT, que permite que mais de um usuário navegue na internet com um mesmo endereço IP, solução alternativa para equilibrar a quantidade de usuários e a quantidade de endereços IP.

Com o aumento exponencial de usuários de internet, o protocolo de internet versão 4, conhecido como IPv4, composto por quatro grupos de sequências numéricas, tornou-se insuficiente. Assim como foi necessária a implementação do dígito 9 para os números telefônicos, surgiu o protocolo de internet versão 6, conhecido como IPv6, o qual ainda está em fase de implementação pelos provedores de conexão.³⁸

Assim como o provedor de conexão, existem os provedores de acesso, pessoas que fornecem utilidades na internet, a exemplo de um site de notícias, plataformas de e-mail e redes sociais. Quando um usuário de internet acessa os respectivos sites, necessariamente, é preciso ter uma conexão de internet, que é identificada por endereço IP, o qual fica registrado, assim como dia, hora, fuso horário, entre outras informações.

³⁸ PATRIZIO, Andy. Endereço IP IPv4 x IPv6: Qual é a diferença? *Avast Academy*, 27 set. 2021. Disponível em: <https://www.avast.com/pt-br/c-ipv4-vs-ipv6-addresses>. Acesso em: 22 mar. 2022.

Denomina-se, portanto, como registros de conexão a relação de dados referentes aos endereços IP utilizados pelo usuário a cada vez, dia, hora e fuso horário que acessar um sítio eletrônico ou sistema de um provedor de aplicação.

Isso também ocorre com o acesso a um sistema de informações, como o de procedimento ou processo eletrônico, ficando armazenados o endereço IP, a data, a hora, o fuso horário, a identificação do usuário e o número do procedimento ou processo acessado.

Esclarecendo um pouco mais, como regra, em toda consulta a um sistema público mediante login e senha, ficará registrado o que se chama de *logs* ou eventos em um sistema, nesse caso, geralmente, compostos de:

- dados cadastrais: nome de usuário, respectiva instituição, unidade e cargo, sua matrícula;
- dados de acesso: data, hora, endereço de conexão (número IP) utilizado durante o acesso e o que acessou, por exemplo, quais arquivos de texto, áudio ou imagem.

E, cada vez que o usuário consultar os autos, um novo *log* será gerado com as informações acima, compondo o denominado “registro de acesso”. A quantidade de informações agregadas em cada evento ou *log* dependerá da configuração do sistema, podendo estar associada ou não a dados cadastrais, os quais não se confundem com conteúdo de comunicação.

De posse dos *logs* de acesso, deve-se buscar identificar os usuários responsáveis por eles, considerando diversas possibilidades, desde o uso compartilhado da internet até o próprio uso compartilhado de *logins* e senhas. Eventuais dados de cadastros associados ao sistema (matrícula, lotação, CPF e outros) no acesso logado devem necessariamente ser confirmados pelos titulares da conexão de internet utilizada e identificada pelo endereço IP, o qual nada mais é do que uma sequência de grupos numéricos, não revelando conteúdo de comunicação.

A identificação do titular da conexão usada para acessar o sistema, em regra, será possível mediante solicitação de dados cadastrais ao provedor de conexão, indicando o endereço IP, a data, a hora e o fuso horário. Para conhecer qual o provedor de conexão, basta utilizar um dos diversos serviços de localização de IP gratuitamente disponibilizados na internet e digitar o respectivo número IP apresentado nos *logs*.

Esses primeiros passos são necessários, mas podem não ser suficientes para elucidar os fatos, sendo possível e recomendável a realização de outras diligências. Contudo, os exemplos citados podem auxiliar na compreensão e distinção entre registros de conexão e registros de acesso, dados cadastrais e fluxo de comunicação, mas o tratamento legal dos temas ainda gera dissenso.

4 · DESAFIOS JURÍDICOS

Coube à Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, que instituiu o Marco Civil da Internet, regular o uso e o fornecimento da internet no Brasil, estabelecendo princípios, direitos e deveres a serem observados, inclusive quanto ao armazenamento de dados e ao fornecimento às autoridades públicas e demais legitimados a solicitá-los.

Embora o Marco Civil da Internet não seja o único a tratar sobre a obtenção de dados para apuração criminal, recomenda-se a compreensão inicial dos termos abaixo descritos de forma simplificada:

	DEFINIÇÃO	FUNDAMENTO LEGAL LEI N. 12.965/2014
Dados cadastrais	Qualificação pessoal, filiação e endereço.	Art. 10, § 3º
Endereço IP	Código atribuído a um dispositivo de informática/terminal (computador, smartphone e outros) que se conecta à internet e permite sua identificação.	Art. 5º, III
Conexão à internet	Serviço que habilita um equipamento (celular, computador e outros) para acessar a internet, mediante o fornecimento de um endereço IP.	Art. 5º, V

	DEFINIÇÃO	FUNDAMENTO LEGAL LEI N. 12.965/2014
Registro de conexão de internet	Conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados.	Art. 5º, VI
Aplicações de internet	Conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet, a exemplo de conteúdo de informações disponibilizadas na internet e acessadas por dispositivos informáticos (<i>logs</i> de acesso ao processo e <i>logs</i> de acesso aos documentos).	Art. 5º, VII
Registros de acesso a aplicações de internet	Conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um certo endereço IP e fuso horário em cada acesso.	Art. 5º, VIII

A diferenciação entre “dados” e “fluxo de comunicações” encontra-se fundamentada na própria Constituição Federal, conferindo disciplina legal mais restritiva e maior proteção constitucional ao conteúdo da comunicação telefônica.³⁹

³⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

Ao tempo da elaboração da Constituição Federal de 1988, a comunicação por meios eletrônicos e telemáticos ainda não havia se tornado rotina de significativa parte da população, mas a projeção constitucional, de forma sábia, resguardou a inviolabilidade do sigilo como regra a ser excepcionada em casos de investigação criminal ou instrução processual penal, exigindo ordem judicial para o afastamento do sigilo de comunicações telefônicas.

O papel da jurisprudência tem sido crucial para delimitar o alcance do dispositivo acima (art. 5º, XII, da CF), caminhando no sentido de que ele abrange apenas a comunicação, e não os dados em si, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 124.322 AgR/RS, que admitiu serem protegidas as comunicações via telefone ou por certos dados transmitidos pelo aparelho (como mensagens, SMS, v.g.). Entretanto, a inviolabilidade do sigilo não abrange os dados cadastrais, sendo possível a sua obtenção sem prévia autorização judicial⁴⁰ ou seja, o teor da comunicação, do que é transmitido pelo interlocutor, é de conhecimento reservado, sigiloso, somente superado mediante fundamentada decisão judicial, exigência não extensiva, por exemplo, ao acesso aos números que utilizaram uma Estação de Rádio Base na região e em período correspondente ao do delito, que são informes externos à comunicação.

Portanto, os dados não se confundem com o conteúdo da comunicação, embora ambos possam ser protegidos por sigilo, cuja inviolabilidade não se opõe à investigação criminal ou instrução processual penal. A diferença chancelada constitucionalmente consiste em que o afastamento do sigilo das comunicações telefônicas somente pode ser decretado mediante

⁴⁰ "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ACESSO A DADOS CADASTRAIS E DE USUÁRIOS. SIGILO DAS COMUNICAÇÕES. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA.

1. Não cabe *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário constitucional (HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio).
2. As decisões proferidas pelas instâncias de origem estão alinhadas com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que 'a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos'" (RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário).
3. Ausência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a concessão da ordem de ofício para invalidar a prova.
4. Agravo regimental a que se nega provimento."

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus n. 124.322 AgR. Relator: Min. Roberto Barroso. Data de Julgamento: 9.12.2016. Data de Publicação: *DJe* 19 dez. 2016.

ordem judicial, enquanto o acesso aos dados, inclusive dessas comunicações, não estaria, para parte da jurisprudência, sob reserva de jurisdição.

O Marco Civil da Internet também faz diferenciação ao tratar sobre o fluxo de comunicações na internet ou armazenadas e os dados:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II – inviolabilidade e sigilo do *fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;*

III – inviolabilidade e sigilo de suas *comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;*

[...]

VII – não fornecimento a terceiros de seus *dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; [...].* (Grifos nossos).

Observe-se que aqui também não se exige ordem judicial para o fornecimento dos dados, mas observância do consentimento ou demais hipóteses legais, a atrair o poder de requisição dos membros do Ministério Público⁴¹ e dos Delegados de Polícia,⁴² configurando as “hipóteses legais” a que se refere o art. 7º, VII, do Marco Civil da Internet.

Nesse passo, é fundamental diferenciar o *provedor de aplicação-vítima*, que teve seu sistema indevidamente acessado e suporta o prejuízo da violação de conteúdo, do *provedor de aplicação não-vítima*, que forneceu uma funcionalidade indevidamente acessada, mas não suporta o prejuízo da violação de conteúdo.

Na primeira hipótese, cuidando-se de provedor de aplicação-vítima, é permitido defender a requisição direta dos dados, independentemente de ordem judicial, assim como o próprio provedor poderia fornecer as informações

⁴¹ Art. 129, VI e VIII, da CF; arts. 7º, II, e 8º, II e IV, da Lei Complementar n. 75/1993; art. 26, I, b, II e IV, da Lei n. 8.625/1993.

⁴² Código de Processo Penal, art. 6º, III; Lei n. 12.830/2013, art. 2º, §§ 1º e 2º.

referentes aos *logs* de acesso contendo dados cadastrais, endereços IP, data, hora, fuso horário e outros, que não revelem conteúdo de comunicação.

Sem a pretensão de findar os conflitantes entendimentos, é necessário atentar para o disposto nos arts. 10⁴³ e 15⁴⁴ da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), suas similitudes e diferenças textuais quanto à exigência de autorização judicial.

Ademais, os sistemas processuais eletrônicos ou sistemas de procedimentos eletrônicos poderiam até se enquadrar como uma aplicação de internet, contudo, a incidência do referido art. 15, § 3º, é questionável, na medida em que um órgão público, por exemplo, o Poder Judiciário, não presta o serviço processual com finalidade econômica e nem os processos judiciais se assemelham a perfis de redes sociais ou outros serviços oferecidos que permitem comunicações privadas entre usuários.

⁴³ "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."

⁴⁴ "Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento. [...]

§ 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo."

Outrossim, uma invasão do sistema processual é uma violação da confiança institucional, tornando o Poder Judiciário, sem dúvida, uma vítima, porque fragilizado e exposto seu sistema de segurança eletrônica, ultrapassando as ponderações a respeito da legitimidade da solicitação e do compartilhamento das informações para apuração criminal.

Embora o tema continue a suscitar calorosos debates, ao entender pela prescindibilidade de ordem judicial para o acesso aos dados de provedor de aplicação-vítima, quando se acolhe a tese acima, significa que eles podem ser solicitados diretamente pela autoridade pública, assim como podem fornecer as informações voluntariamente, desde que não violem o conteúdo da comunicação de terceiros.

Nessa ordem de ideias, vale relembrar que, conforme art. 7º do Marco Civil da Internet, somente o fluxo de comunicação (inciso II) e as comunicações privadas armazenadas (inciso III) exigem ordem judicial para o afastamento de seu sigilo, podendo os “dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet” ser fornecidos a terceiros, desde que observadas as hipóteses legais.

Ainda que diferente fosse, vale destacar o trecho do art. 10, § 1º, do Marco Civil da Internet, segundo o qual o provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mediante ordem judicial. Ressalvados os entendimentos em sentido contrário,⁴⁵ podemos construir o seguinte raciocínio: a obrigatoriedade se impõe mediante ordem judicial porque dotada de meios coercitivos (como multa diária, por exemplo), mas o provedor-vítima da violação de seu sistema poderá fornecer os dados voluntariamente e (ou) se demandado pela autoridade investigadora.

Essa linha de raciocínio encontra amparo na literatura especializada e na prestigiada reflexão de Alessandro Gonçalves Barreto e Beatriz Silveira Brasil:

⁴⁵ No sentido da impossibilidade de requisição direta após o Marco Civil da Internet, Guilherme Caselli diz: “A crítica que é feita a este dispositivo é a retirada da possibilidade de requisição de dados do tipo formal (registros de conexão e de acesso a aplicações de internet) pelas Autoridades que detenham este poder. Antes da implementação da Lei 12.965/14, a Autoridade Policial e o Membro do Ministério Público requisitavam diretamente os registros de conexão e de acesso a aplicações de internet aos provedores que os detinham, e a execução desta requisição não representa a reserva de jurisdição do art. 5º, XII, CFRB, afinal, registros de conexão e de acesso a aplicações não se confundem com acesso ao conteúdo das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e telemáticos. São apenas informações de registros. Não há conteúdo de dados (aspectos materiais) a serem preservados”. (CASELLI, Guilherme. *Manual de investigação digital*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 55).

Conforme preceitua o Marco Civil da Internet, em seu Art. 10, § 1º, o provedor somente será obrigado a fornecer os registros de conexão e acesso a aplicação mediante ordem judicial, mas nada obsta que forneça tais informações diretamente ao órgão investigativo se lhe aprouver. Exemplificando, uma instituição bancária pode, se quiser, fornecer diretamente à polícia os registros de acessos fraudulentos à conta de uma vítima pela internet, mas só poderá ser obrigada a fazê-lo mediante ordem judicial.⁴⁶

Dessa forma, aquele que detém os dados e também é vítima, quando considerada a possibilidade de um incidente de segurança de informações por ele custodiadas, possui *legítimo interesse não somente em fornecer os registros, mas, principalmente, em que efetivamente se apure eventual crime.*

Entendimento contrário não faria sentido, porque seria o mesmo que imaginar que a vítima de uma invasão domiciliar somente pudesse fornecer à Polícia as imagens do circuito de segurança mediante ordem judicial, não lhe sendo permitido adotar medidas para tentar reconhecer quem teria adentrado o imóvel.

Aliás, o registro de conexão, compreendido como o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para envio e recebimento de pacotes de dados, nada tem de sigiloso. O endereço IP não é mais do que um número, tal qual o de um telefone ou a matrícula (placa) de um veículo, que permite o tráfego de informações na rede mundial de computadores, assim como a placa autoriza a regular circulação de um automóvel: as letras e números da matrícula do veículo são visíveis a qualquer pessoa, mas os dados de infrações, propriedade, histórico etc. não o são.

O conhecimento desses dados permite ao investigador saber o número dessa “matrícula”, data e hora em que ela foi usada para acessar determinado destino. De forma semelhante, seria o mesmo que acessar uma câmera de trânsito e constatar que o veículo com determinada placa passou pelo local “x” na hora “y”.

Assim, embora somente a ordem judicial para entrega dos registros seja dotada de suficiente força coercitiva para torná-la irrecusável, é perfeitamente possível o entendimento no sentido da validade da requisição extrajudicial, visto que: 1) os dados em si (número IP, data e hora de acesso) não são sigilosos; 2) a requisição policial ou ministerial recai

⁴⁶ ARRETO, Alesandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. *Manual de investigação cibernética à luz do Marco Civil da Internet*. Rio de Janeiro: Brasport, 2016. p. 65.

sobre indícios de prática criminosa de violação do próprio sistema administrado pelo detentor da informação, que, portanto, também é vítima.

Em outras palavras, aquele que teve seu sistema violado somente pode ser obrigado a disponibilizar os *logs* de acesso mediante ordem judicial (porque dotada de maior força coercitiva), contudo, embora com menor coercibilidade, poderá fornecê-los em atendimento a requisição policial ou do Ministério Público, ou ainda *sponte propria*, ao requerer a investigação e fornecer os dados quando constatar a existência de indícios de prática criminosa contra o seu sistema de informação ou por meio dele.

A violação de sistemas de informação é uma preocupação recorrente e de âmbito internacional. O preâmbulo da Convenção de Budapeste⁴⁷ sobre cibercrime, já aprovada pelo Senado por meio do Decreto Legislativo n. 37, de 16 de dezembro de 2021,⁴⁸ ressalta a importância da identificação e responsabilização pela prática de ações fraudulentas contra ou mediante o uso de sistemas, redes e dados.⁴⁹

⁴⁷ Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fa428>. Acesso em: 18 mar. 2022.

⁴⁸ Diário Oficial da União de 17.12.2021:

"Decreto Legislativo nº 37, de 2021. Aprova o texto da Convenção sobre o Crime Cibernético, celebrada em Budapeste, em 23 de novembro de 2001.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Fica aprovado o texto da Convenção sobre o Crime Cibernético, celebrada em Budapeste, em 23 de novembro de 2001.

Parágrafo único. Nos termos do inciso I do *caput* do art. 49 da Constituição Federal, ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em alteração da referida Convenção, bem como quaisquer ajustes complementares que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação".

Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=7&data=17/12/2021>. Acesso em: 24 mar. 2022.

⁴⁹ "Convictos de que a presente Convenção é necessária para impedir os actos praticados contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos, de redes e dados informáticos, bem como a utilização fraudulenta desses sistemas, redes e dados, assegurando a incriminação desses comportamentos tal como descritos na presente Convenção, e da adopção de poderes suficientes para combater eficazmente essas infracções, facilitando a detecção, a investigação e o procedimento criminal relativamente às referidas infracções, tanto ao nível nacional como internacional, e estabelecendo disposições materiais com vista a uma cooperação internacional rápida e fiável; [...]."

Outrossim, a Convenção determina que os Estados adotem medidas para permitir a *conservação expedita de dados informáticos*. O artigo 16º.1 normatiza:

Cada Parte adoptará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para permitir às suas autoridades competentes exigir ou obter de uma outra forma a conservação expedita de dados informáticos específicos, incluindo dados relativos ao tráfego, armazenados por meio de um sistema informático, nomeadamente nos casos em que existem motivos para pensar que os mesmos são susceptíveis de perda ou alteração.

Os sistemas eletrônicos de tramitação de documentos, judiciais ou administrativos, utilizados na Administração Pública constituem-se em serviço público em que se deve zelar pela segurança das informações. Da mesma forma que devem ficar registradas a entrada e a saída de pessoas do prédio de um órgão público, todo sistema deve armazenar os dados daqueles que acessam, por exemplo, os autos processuais eletrônicos para fins de segurança institucional e coletiva, de fiabilidade do próprio sistema, nada havendo de sigiloso nisso.

Ademais, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) admite expressamente a transferência de dados pessoais pelo Poder Público a entidades privadas nas hipóteses de prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteção e resguardo à segurança e à integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades, na forma do art. 26, § 1º, V, não havendo razão para se impedir essa transferência aos órgãos estatais encarregados da persecução penal.

Embora ainda não exista legislação específica disciplinando a proteção de dados pessoais no âmbito da investigação e repressão de infrações penais, a solução é oferecida pela própria Lei Geral de Proteção de Dados, que exige o atendimento ao interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular, cuja proteção dos dados pessoais tornou-se uma garantia constitucional.

Outrossim, não há que se falar em consentimento do titular e nem mesmo na comunicação do compartilhamento, sobretudo quando se trata de cumprimento de um dever legal e (ou) quando o tratamento é de interesse legítimo do controlador, como do terceiro que poderá ter acesso, neste caso a autoridade policial ou ministerial solicitante (art. 4º, § 1º, c/c art. 7º, II e IX, da LGPD).

5 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo, escrito com o objetivo de esclarecer questões jurídicas e técnicas que auxiliem nas investigações relacionadas com a violação de sistemas de informação, por meio da identificação da materialidade e da autoria delitivas, sem a pretensão de esgotar o debate, permite recordar que, num mundo digital, acessar informações é deter poder, que pode ser incrementado lícita ou ilicitamente, colocando em xeque sistemas e instituições, bem como a privacidade dos cidadãos, a exigir proteção e intervenção do Direito Penal.

Os órgãos de persecução penal deverão estar atentos para a multiplicidade de delitos que podem se configurar a partir da violação dos sistemas informáticos, coletando a maior gama de provas que permitam o afunilamento da investigação, a correta delimitação do(s) tipo(s) penal(is) incidente(s), a individualização de condutas e respectivas autorias, viabilizando uma perfeita persecução em juízo.

É imprescindível que a investigação busque e analise dados cadastrais, de registros de acesso ao sistema, registros de acesso a aplicação de internet, registros de conexão de internet, registros de comunicação, fluxo de comunicação pela internet, fluxo de comunicação armazenada, fluxo de comunicação telefônica, de acordo com a necessidade e as peculiaridades de cada caso e com atenção às armadilhas que o mundo virtual pode oferecer.

Violado um sistema de informação, a autoridade investigadora deverá ter acesso aos *logs* ou eventos do sistema, compostos de dados cadastrais (nome de usuário, respectiva instituição, unidade e cargo, matrícula) e dados de acesso (data, hora, número IP), identificando, outrossim, quais arquivos de texto, áudio ou imagem foram acessados.

Compreende-se que os *logs* compostos de endereço IP, data, hora, fuso horário e demais dados cadastrais associados, tecnicamente, não revelam conteúdo de comunicação, motivo pelo qual não devem ser submetidos à reserva de jurisdição, sobretudo quando o detentor da informação também é a vítima.

Conquanto apenas a ordem judicial para entrega dos registros possua suficiente força coercitiva para tornar irrecusável o seu fornecimento, é perfeitamente válida a requisição extrajudicial direta, seja porque os dados em si (número IP, data e hora de acesso) são visíveis quando se

trafega na internet, seja porque a requisição policial ou ministerial recai sobre indícios de prática criminosa de violação do próprio sistema administrado pelo detentor da informação, que, portanto, também é vítima.

Assim, defende-se que aquele que teve seu sistema violado poderá fornecer os dados indispensáveis à investigação, em atendimento a solicitação policial ou do Ministério Público, ou ainda espontaneamente, ao requerer a instauração de inquérito policial, entregando os elementos de prova que auxiliem na detecção de indícios de prática criminosa e de seu autor.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. *Manual de investigação cibernética à luz do Marco Civil da Internet*. Rio de Janeiro: Brasport, 2016.

CAIADO, Marcelo; FERRAZ, Winícius. Perícia em tecnologia da informação e comunicação. In: PAULINO, Galtiênio da Cruz; SCHOUCAIR, João Paulo Santos; BALLAN JUNIOR, Octahydes; MAIA, Tiago Dias. *Técnicas avançadas de investigação: perspectivas prática e jurisprudencial*. Brasília: ESMPU, p. 259-322, 2021. v. 1. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/tecnicas-avancadas-de-investigacao-2013-perspectivas-pratica-e-jurisprudencial-vol-1>. Acesso em: 22 mar. 2022.

CALDAS, Daniel Mendes. *Análise e extração de características estruturais e comportamentais para perfis de malware*. 2016. 82 p. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Engenharia Elétrica da Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

CASELLI, Guilherme. *Manual de investigação digital*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

CHELQUE, Elton da Silva; SANTOS, Lucas de Souza; PERES, Luiz Henrique Arêas. *O vírus WannaCry*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Ciências e Tecnologia, 2017.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba-SC, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 1993, v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 20 mar. 2022.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

FUNABASHI, Amanda Maria Martins; CAPARELLI, Lucas Leal. WannaCry: como o ransomware afetou o mundo? *Coruja Informa*, São Paulo, 24 jul. 2017. Disponível em: <http://www.each.usp.br/petsi/jornal/?p=1863>. Acesso em: 24 mar. 2022.

GOMES, Márcio Schlee. *A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal*. 250 f. Mestrado (Dissertação) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

GRUSTNIY, Leonid. A saga do ransomware. *Kaspersky Daily*, São Paulo, 9 abr. 2021. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/blog/history-of-ransomware/17280/>. Acesso em: 24 mar. 2022.

KINAST, Priscilla. Qual a diferença entre IP dinâmico e IP estático? *Oficina da net*, 18 dez. 2020. Disponível em: <https://www.oficinadanet.com.br/redesdecomputadores/26649-qual-a-diferenca-entre-ip-dinamico-e-ip-estatico>. Acesso em: 25 mar. 2022.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PATRIZIO, Andy. Endereço IP IPv4 x IPv6: Qual é a diferença? *Avast Academy*, 27 set. 2021. Disponível em: <https://www.avast.com/pt-br/c-ipv4-vs-ipv6-addresses>. Acesso em: 22 mar. 2022.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Direitos humanos, Estado de direito e Constituição*. Trad. Paulo Roberto Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2021.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro; FINGER, Brunize. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 53, p. 45-66, 2011.

SEGURANÇA cibernética: WannaCry ainda é um perigo real no Brasil. *Convergência Digital*, 6 ago. 2019. Disponível em: <https://www.convergenciadigital.com.br/Seguranca/Seguranca-cibernetica%3A-WannaCry-ainda-e-um-perigo-real-no-Brasil-51375.html?UserActiveTemplate=mobile>. Acesso em: 24 mar. 2022.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

VEIGA, Adélcia Solange Pereira Gonçalves da. *Proteção de dados: o direito à privacidade na era digital*. 108 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Autônoma de Lisboa, Lisboa, 2020. Disponível em: https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/5046/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Final%20-%20Revista%206.7.2020o_%20AV.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

CAPÍTULO 11

INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA, QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E A RESISTÊNCIA DAS BIG TECHS: ALTERNATIVAS DISPONÍVEIS AOS ÓRGÃOS DE PERSECUÇÃO PENAL E AO PODER JUDICIÁRIO

Olavo Evangelista Pezzotti

1 · INTRODUÇÃO

O sucesso das atividades desenvolvidas por organizações criminosas pressupõe fortes conexões entre seus membros. Sem sólida associação, grupos ilícitos operam sem sinergia e seus objetivos fracassam. E na construção de laços entre indivíduos que se unem em busca de objetivos comuns – ainda que ilegais – há um fator indispensável: a comunicação.

Não existe associação entre seres humanos sem comunicação, e sem planejamento coletivo não é possível projetar ações criminosas organizadas. Somente por meio de estruturas comunicacionais eficientes, promovendo-se as divisões de tarefas e estruturam-se os planos de ação das organizações criminosas. Por isso, para que os órgãos de persecução penal tenham êxito nas investigações relacionadas a tais grupos ilícitos, o emprego de técnicas de acesso às comunicações dos investigados é fundamental.

Até meados da segunda década do século XXI, para o alcance desse objetivo, preponderavam, nas investigações criminais e nas atividades de inteligência de Estado, as medidas de interceptação telefônica. A tecnologia avançou, as formas de comunicação evoluíram, e as linhas telefônicas perderam importância. Os smartphones trouxeram aplicações que permitem comunicações instantâneas a baixo custo, além de uma importante tecnologia para a preservação da segurança do usuário – a “criptografia¹ de ponta a ponta”.

¹ Pode-se definir “criptografia” como o processo de comunicação secreta pelo emprego de cifras, ou seja, de códigos que tornam o texto obscuro. O propósito

Explicando superficialmente, na criptografia de ponta a ponta as comunicações entre origem e destino são codificadas. As chaves para revelar o conteúdo das mensagens não navegam com elas, permanecem nas mãos do remetente e do destinatário.² Se um terceiro desviar a mensagem em trânsito ou dela obtiver uma cópia, verá apenas caracteres sem sentido e sem ordenação lógica. É impossível compreender o conteúdo da comunicação sem as chaves de criptografia.

Assim como empresas e indivíduos amparam-se nessa e em outras tecnologias contemporâneas para tutela da privacidade e para proteção de atividades comerciais, organizações criminosas confiam nas ferramentas modernas de encriptação para promover suas atividades ilegais, reduzindo as chances de responsabilização penal.

Com a difusão da criptografia de ponta a ponta, os órgãos de investigação do Estado perderam, por longos anos, capacidade de acesso às comunicações de suspeitos e investigados, enquanto organizações criminosas ganharam um terreno de livre atuação. As autoridades federais de persecução penal dos Estados Unidos – o FBI e o DOJ – envolveram-se em notáveis disputas judiciais com a Microsoft (*vide Microsoft Corporation v. United States Department of Justice*) e com a Apple, buscando acesso a dados e comunicações de usuários que as empresas de tecnologia defendiam estar protegidos pelo direito à privacidade.

da criptografia é impedir que terceiros tomem conhecimento do conteúdo da comunicação, ainda que tenham a ela acesso. Denomina-se “criptoanálise” o processo de decodificação da criptografia, o conjunto de métodos para decifrar os caracteres de uma escrita com sistematização desconhecida. Por fim, denomina-se “criptologia” o estudo da “criptografia” e da “criptoanálise”. Nesse sentido: ERICKSON, Jon. *Hacking: the art of exploitation*. 2nd ed. San Francisco: No Starch, 2008. p. 394.

² Nas técnicas de “criptografia simétrica”, as chaves utilizadas para criptografar e para decodificar as mensagens serão idênticas. Em se tratando de “criptografia assimétrica”, por outro lado, há o emprego de duas chaves – uma pública e uma privada. O futuro destinatário da mensagem expõe a chave pública de criptografia, que deve ser utilizada pelo remetente para codificar o conteúdo da comunicação. A chave pública não se presta à decodificação, que só pode ser feita com a chave privada, mantida em segredo pelo destinatário da mensagem. Na criptografia de ponta a ponta dos aplicativos de comunicação, emprega-se o uso de criptografia assimétrica. Esse processo é feito automaticamente, por óbvio, pela empresa de tecnologia ou de comunicação que opera na transmissão das mensagens, sem necessidade de qualquer operação pessoal da técnica de criptografia pelo usuário. Manteve-se explicação simplificada no corpo do texto, para fins didáticos. Teoricamente, a criptografia assimétrica pode ser contornada pelo emprego da técnica de ataque conhecida como “*man-in-the-middle*”, que será explicada mais adiante. Para a compreensão das diferentes formas de criptografia citadas e da técnica de ataque: ERICKSON, 2008, p. 398-403 e 406-410.

Sem uma resolução definitiva para essas controvérsias, o Estado aprendeu a contornar a criptografia pelo desenvolvimento de novas técnicas de investigação. Em vez da interceptação de comunicações em fluxo – medida que normalmente resultava na coleta de conteúdo criptografado –, passaram-se a buscar comunicações armazenadas, dados estáticos que repousavam em ambientes nos quais as chaves de criptografia também seriam encontradas ou em espaços de armazenamento simplesmente desprovidos de criptografia.

Para substituir de maneira satisfatória as antigas medidas de interceptação, as novas técnicas deveriam permitir o acesso remoto a esses dados, sem necessidade de busca e apreensão físicas de dispositivos móveis ou informáticos. Como se sabe, medidas ostensivas apresentam o efeito colateral de dar ao investigado conhecimento da investigação – levando-o a agir para ocultar os vestígios dos crimes anteriormente praticados. Em comparação com as medidas de busca e apreensão, as interceptações de comunicação e o acesso remoto de dados apresentam vantagens, justamente pela preservação do sigilo.³

No entanto, o que se tem visto na prática é que o acesso remoto aos dados de determinado usuário – que seja alvo de investigação criminal e de determinação judicial de quebra de sigilo – ainda depende da cooperação das empresas de tecnologia. Exarada a determinação judicial, as *tech companies* entregam aos órgãos de persecução penal os conteúdos armazenados em seus servidores e que estejam vinculados às contas de usuário especificadas pela autoridade competente.⁴

Não faltam exemplos práticos, contudo, de oposição das empresas de tecnologia ao cumprimento de determinações judiciais. A WhatsApp Inc. não

³ Nunca é demais recordar a classificação feita por Antonio Magalhães Gomes Filho em matéria probatória. *Fonte de prova* é termo utilizado para designar coisas ou pessoas das quais se pode extrair a prova. *Meios de prova* são os instrumentos pelos quais as informações probatórias são introduzidas ou fixadas no processo. *Meios de pesquisa ou investigação*, assim como *meios de obtenção de prova*, relacionam-se aos procedimentos que servem à obtenção das fontes de prova. Bem recorda o autor que, nos meios de obtenção de prova, o sucesso das investigações depende da *surpresa* que quase sempre acompanha a realização dos procedimentos de investigação, sem a qual é inviável a obtenção de novas fontes de prova. Daí a necessidade de preservar o sigilo (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DJP, 2005. p. 308-309).

⁴ Identificáveis por endereços de e-mail, números de telefone associados às contas e outros elementos que permitam a precisa identificação da conta-alvo.

fornecer às autoridades de Estado o conteúdo das mensagens trocadas por meio de seu aplicativo de comunicação instantânea, pois não mantém consigo cópia das chaves privadas de decodificação fornecidas a cada usuário da criptografia de ponta a ponta (*end-to-end encryption*). Deliberadamente ou não, a empresa colocou-se em uma posição na qual deixou de ter “capacidade técnica” para fornecer o conteúdo das mensagens que transitam por suas aplicações, mesmo que haja determinação judicial nesse sentido.

Por sua vez, a Telegram Messenger Inc. ignorou sucessivos pedidos de cooperação do Tribunal Superior Eleitoral e resiste de maneira inflexível ao cumprimento de decisões judiciais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, fato que ganhou notoriedade no primeiro semestre de 2022.⁵

Há, ainda, notícias de aplicação crescente de técnicas de encriptação de dados – e até mesmo metadados – que transitam pelos sistemas operacionais e pelas aplicações de comunicação concebidos e mantidos pelas empresas de tecnologia. Revela-se uma tendência de redução proposital da “capacidade técnica” de cumprir eventuais determinações judiciais de quebra de sigilo de dados ou de interceptação de comunicações.

Esse é um dos motivos pelos quais, atualmente, o conhecimento dos métodos e conceitos típicos da tecnologia informática é fundamental para os órgãos de persecução penal e para os membros do Poder Judiciário que atuam em casos que envolvem formas complexas de criminalidade.⁶ Na mesma medida em que o desenvolvimento tecnológico viabiliza novos fluxos de comunicação, constroem-se canais inéditos, a partir dos quais é possível promover a coleta de informações que podem interessar às investigações e ações penais.⁷ E, por assim ser, ao advogado

⁵ ROCHA, Marcelo. Telegram mantém representante no Brasil há 7 anos enquanto ignora STF e TSE. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19 fev. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/02/telegram-mantem-representante-no-brasil-ha-7-anos-enquanto-ignora-stf-e-tse.shtml>. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁶ No mesmo sentido, alerta Gregório Edoardo Raphael Selingardi Guardia que o conhecimento da ciência informática é de extrema importância aos órgãos de persecução penal “como parte de uma estratégia de aperfeiçoamento e capacitação dos meios de investigação” (GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. *Meios de busca de provas e inovações tecnológicas: obtenção e tratamento de dados digitais no processo penal*. São Paulo: Max Limonad, 2018. p. 33).

⁷ Nesse sentido, afirma Alfredo Bargi: “*L'ampliamento delle possibilità di apprensione di dati offerto dallo sviluppo tecnologico e scientifico consente, sempre con maggiore facilità, la violazione di spazi coperti dalla riservatezza e l'esperienza giudiziaria degli ultimi decenni consente di registrare la crescita esponenziale dell'utilizzazione di strumenti sempre più sofisticati per l'acquisizione di rilievi, tracce, notizie, comportamenti umani*

criminalista que atua em casos complexos, a falta de entendimento básico sobre as técnicas de investigação digital eventualmente empregadas torna inviável uma atuação defensiva eficiente.

Posto esse cenário, há de se questionar: Quais são as técnicas digitais disponíveis aos órgãos de persecução penal? Caso as empresas de tecnologia se oponham ao cumprimento de decisões judiciais de interceptação telemática ou de quebra de sigilo de dados, quais alternativas restam aos órgãos de persecução penal e ao Poder Judiciário para garantir a eficácia desses fundamentais meios de obtenção de prova?

À luz desses questionamentos centrais, o presente capítulo tem como propósitos: I) promover uma delimitação conceitual das diferentes técnicas de investigação digital empregadas pelos órgãos de persecução penal contemporaneamente, distinguindo-se as medidas de interceptação telemática das de coleta de dados estáticos armazenados, caracterizáveis como quebra de sigilo de dados; II) expor o regime jurídico aplicável a cada um desses meios de obtenção de prova; III) tratar das diferentes formas de operacionalização das referidas técnicas de investigação, independentemente de cooperação das empresas de comunicação ou tecnologia; IV) apresentar as formas de coerção indireta à disposição do Poder Judiciário para compelir as empresas de tecnologia ao cumprimento das determinações judiciais de interceptação ou de quebra de sigilo de dados.

2 · INTERCEPTAÇÃO DE DADOS TELEMÁTICOS E QUEBRA DE SIGILO DE DADOS ARMAZENADOS: DISTINÇÕES CONCEITUAIS

As medidas de “interceptação de comunicações” telefônicas ou telemáticas não se confundem com pesquisa e coleta de dados comunicacionais estáticos ou armazenados – técnica que caracteriza “quebra de sigilo de dados”.

A distinção não é só conceitual. Para fins de investigação criminal ou instrução processual, o regime jurídico aplicável à proteção e à interceptação dos fluxos comunicacionais difere do complexo normativo que tutela os conteúdos armazenados, autorizando seu excepcional acesso. Destarte, para que se possa identificar a normativa de regência, o operador deve estar apto a reconhecer, primeiro, a natureza da técnica empregada no caso concreto.

utili a fini di indagine e di prova” (BARGI, Alfredo; FURFARO, Sandro. Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni. In: GAITO, Alfredo. *La prova penale: le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*. Torino: UTET, 2008. p. 111).

As medidas de interceptação das comunicações se caracterizam pela intervenção de um terceiro, que desvia, em tempo real e sem o conhecimento dos interlocutores,⁸ o conteúdo de mensagens representadas por sons ou símbolos, registrando-os para fins de prova.⁹

Nas comunicações telefônicas que utilizam tecnologia celular, por exemplo, os sinais de voz captados pelo aparelho são transformados em ondas eletromagnéticas, que são direcionadas à estação rádio-base (ERB) de conexão do dispositivo de origem. Nessa ERB, as ondas são transformadas em pulsos de luz de alta frequência, que viajam até a estação rádio-base à qual está conectado o telefone de destino.¹⁰ O sinal é convertido novamente em ondas eletromagnéticas, que são difundidas para alcançar o telefone do receptor. A comunicação se opera, portanto, por um fluxo constante de sinais, em tempo real.

A operadora de telefonia móvel responsável pela distribuição do sinal, com o desiderato de cumprir determinação judicial de interceptação, simplesmente promove um duplo direcionamento das comunicações – enviando-as simultaneamente ao natural destinatário e ao número de desvio apontado pela autoridade de persecução penal. O número de desvio levará o conteúdo da

⁸ A atuação do terceiro interceptor é característica controversa da interceptação de comunicações. Nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover, “somente a *terzietà*, referida pela doutrina italiana, é capaz de caracterizar a interceptação” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 17, p. 112-126, jan.-mar. 1997. p. 114). A mesma pacifidade doutrinária não se repete quanto à relevância do conhecimento e do consentimento de um dos interlocutores sobre a operação técnica. Ainda para Ada Pellegrini Grinover, mesmo que um dos interlocutores autorize a captação do diálogo pelo terceiro, a intervenção deste se destaca para se caracterizar o ato como “interceptação”. Assim, embora a doutrina empregue o termo “escuta telefônica” para retratar essa hipótese, há interceptação propriamente dita, justificando-se a incidência do regime jurídico da Lei n. 9.296/1996. Em sentido semelhante: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 520-521. No entanto, prepondera doutrinariamente o entendimento de que o consentimento de um dos interlocutores afasta a incidência do regime de tutela do art. 5º, XII, da Constituição Federal e, consequentemente, a aplicabilidade da Lei n. 9.296/1996. Por todos: v. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 101.

⁹ Integra-se no conceito proposto a finalidade especial de produzir provas em investigação criminal ou instrução processual penal, observando-se as limitações teleológicas do ato impostas pelo art. 5º, XII, da Constituição Federal. Não se justifica a adoção de um conceito técnico que abarque a interceptação de comunicações em contextos diversos.

¹⁰ Esse caminho é intermediado pelas centrais de comutação e controle, que fazem a interface entre diferentes pontos de conexão.

comunicação a servidor associado a um software auditável, concebido para promover a gravação e o armazenamento do diálogo interceptado.

Enquanto o desvio da comunicação é o meio de obtenção de prova – ou seja, a própria interceptação telefônica –, somente o registro do diálogo se caracterizará como meio de prova, materializando a evidência para sua introdução no processo a título de prova documental. A interceptação sem registro nada se prestaria a provar, pois o conteúdo da comunicação se perderia na sua instantaneidade.¹¹ Nesses moldes, o exemplo posto ilustra situação clara de *interceptação*.

Agora, imagine-se que determinado indivíduo tem por hábito gravar suas próprias comunicações telefônicas, armazenando os arquivos em um servidor remoto compartilhado (*nuvem*). Se, mediante autorização judicial, o órgão de persecução penal conseguir acessar esses registros de comunicação, não se tratará de interceptação, por inexistir desvio de comunicação em fluxo. Haverá, apenas, coleta de dados estáticos, configurando-se a medida como “quebra de sigilo de dados telemáticos”, que estavam salvos em aplicações acessíveis por meio de conexão à internet.

São, assim, chamados “estáticos” os dados que estejam armazenados em qualquer meio – dispositivos ou servidores.¹² Como esses dados estão inertes, não

¹¹ No mesmo sentido, Francisco Marcolino afirma: “Daí que a ‘interceptação e a gravação’ seja entendida como ‘um conjunto de operações técnicas levadas a cabo por instrumentos electrónicos de captação e registro de fluxos informacionais e comunicacionais digitais, com vista à sua guarda e conservação em tempo real, num suporte eletrônico-digital [...] e que, de outro modo, se teria perdido no seu acontecer espâcio-temporalmente limitado’” (JESUS, Francisco Marcolino de. *Os meios de obtenção de prova em processo penal*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2015. p. 283). Essa é a regra geral. Não se perdem os conteúdos da comunicação se o próprio dispositivo utilizado pelos interlocutores promover o seu armazenamento, o que ocorre, por padrão, com mensagens de texto (SMS) e pode ser programado em relação às ligações telefônicas. O acesso tardio a esses registros, contudo, já não mais seria produto de *interceptação* das comunicações, mas de coleta de dados armazenados, caracterizando-se a medida como quebra de sigilo de dados. Essa distinção já havia sido pontuada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao anotar que, de todas as formas de comunicação previstas no art. 5º, XII, somente a telefônica não deixa quaisquer vestígios, dado o seu caráter instantâneo. Por isso “a gravação de conversas telefônicas [...] é a única forma tecnicamente conhecida de preservar a ação comunicativa” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito – USP*, São Paulo, n. 88, p. 439-459, 1993. p. 447-448).

¹² No estado atual da tecnologia, é comum o armazenamento de dados em servidores remotos compartilhados, em serviços de tipo *cloud*, disponibilizados por plataformas como Dropbox, Google Drive e iCloud.

ficam sujeitos à interceptação, somente à coleta pelo acesso, físico ou remoto, ao próprio dispositivo ou servidor de guarda. Portanto, a interceptação das comunicações em fluxo e o acesso ao conteúdo das comunicações armazenadas são técnicas de pesquisa de prova diversas, que não se confundem.

Nota-se que o mesmo raciocínio aplicável às comunicações telefônicas comporta paralelo quanto às medidas de interceptação telemática e de quebra de sigilo de dados telemáticos. Há “interceptação” quando os dados estiverem em fluxo; e mera “quebra de sigilo” se os dados forem estáticos.

Alguns outros esclarecimentos conceituais são pertinentes neste ponto. O termo “telemática”, empregado no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/1996, retrata a fusão das técnicas de telefonia – aparelhos telefônicos, cabos de telecomunicação, satélites e cabos de fibra ótica, por exemplo – com o tratamento informatizado de dados pelo emprego de dispositivos informáticos,¹³ softwares e sistemas de redes.¹⁴ Em relação ao termo “dados”, aqui se adota uma acepção restritiva, abrangendo apenas dados “digitais”, entendidos como aqueles que comportam processamento por sistemas computacionais.¹⁵

Nesses moldes, pode-se qualificar como “quebra de sigilo de dados telemáticos” a coleta de dados informatizados que reposam em bases acessíveis por meio de conexões comunicacionais. O já citado armazenamento

¹³ A exemplo de computadores e smartphones.

¹⁴ GUARDIA, 2018, p. 38. Em sentido semelhante, v. Grinover: “a telemática versa sobre a manipulação e utilização da informação através do uso combinado do computador e meios de telecomunicação” (GRINOVER, 1997, p. 115).

¹⁵ Antonio Scarance Fernandes defende essa concepção restritiva do termo, em interpretação do art. 5º, XII, CF. Sustenta-se que “comunicações de dados” diz respeito aos registros constantes de computadores. Outras possíveis acepções de dados seriam abrangidas pelo inciso X do art. 5º, sob o manto protetivo da cláusula geral de inviolabilidade da intimidade e da vida privada: “O vocábulo ‘dados’ do inciso XII, do art. 5º, da CF, em uma acepção mais ampla, abrangeira quaisquer ‘dados’ que, de alguma forma, tivessem relação com aspectos da vida privada dos indivíduos, como o ‘diário íntimo’; os ‘registros bancários’; os registros computadorizados’. Contudo, a tendência foi restringir o alcance da palavra ‘dados’ aos registros constantes de computadores, em razão do crescente uso desses aparelhos, o que levou as pessoas a neles armazenarem informações confidenciais sobre a sua vida privada. Os demais dados estariam resguardados pelo inciso X, do art. 5º, da CF” (FERNANDES, Antonio Scarance. O polêmico inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. *Justitia*, São Paulo, n. 64, p. 15-23, jul.-dez. 2007. p. 17). Confira-se o conceito técnico de dado digital: “*dado digital* pode ser definido como o conjunto de signos de estrutura numérica e imaterial, processado por sistemas computacionais, voltado a desempenhar uma função e representado em diversos modelos informativos (textos, imagens, áudio e vídeo)” (GUARDIA, 2018, p. 118).

em *nuvem*, por exemplo, pressupõe acesso à rede em que está conectado o servidor dedicado à conservação dos arquivos. Há comunicação, com conexão que utiliza técnicas típicas de telefônica, bem como o processamento de dados por aplicações de informática. O acesso judicialmente autorizado a esse conteúdo estático, portanto, é típica “quebra de sigilo de dados telemáticos”. Reitere-se que, mesmo nesse caso, não há “interceptação”, pois, embora os dados sejam alcançados por meio de acesso a redes de comunicação, não há desvio de *fluxo comunicacional*.

Em síntese, é o método de obtenção dos dados que deve ser observado para qualificar a ação como “interceptação” ou “quebra de sigilo”, preservando-se a premissa de que a utilização de ferramentas comunicacionais para acesso remoto ao suporte eletrônico, para fins de coleta, não é suficiente para caracterizar medida de “interceptação”.

3 · REGIMES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À INTERCEPTAÇÃO E À QUEBRA DE SIGILO DE DADOS

Postas as diferenças conceituais, resta expor os distintos regimes jurídicos aplicáveis aos diversos meios de obtenção de prova aqui tratados, com as implicações práticas que daí decorrem.

O fundamental ponto distintivo entre os regimes de tutela aplicáveis às comunicações em fluxo e aos dados armazenados se encontra no plano constitucional. O art. 5º, XII, da Constituição Federal declara a inviolabilidade do sigilo da “correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”. Em sua segunda parte, o dispositivo prevê uma ressalva à regra da inviolabilidade, declarando que o sigilo pode ser afastado “no último caso, por ordem judicial, [...] para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Duas principais polêmicas que cercam o referido mandamento constitucional interessam ao presente estudo. A primeira diz respeito ao alcance do termo “dados”, questionando-se se o inciso XII trataria apenas da “comunicação de dados” ou resguardaria, também, os próprios dados, em si considerados.¹⁶ Além disso, a interpretação do termo “no último

¹⁶ Antonio Scarance Fernandes entende que dados em repouso deveriam ser abrangidos pelo âmbito de tutela do dispositivo. Para o autor, não faria sentido proteger o “momento” da comunicação, negligenciando-se a tutela do próprio “sigilo da comunicação”, que protegeria o próprio direito à privacidade. Assim, pondera: “Esvazia a proteção constitucional, pois, de que adianta proteger a comunicação se não é

caso” dá margem a divergências sobre quais espécies de comunicação comportariam interceptação, o que será tratado no tópico 5. Como não é o objetivo deste capítulo revisitá-las essas discussões conceituais, apenas se promove exposição sintética dos diferentes posicionamentos, destacando-se os que têm prevalecido em jurisprudência já consolidada.

Quanto ao primeiro aspecto, é remansosa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o dispositivo tutela apenas as *comunicações* de dados, não dados estáticos, os quais podem ser coletados por meio de acesso à base física de armazenamento – notadamente por cumprimento de mandados de busca e apreensão – ou por acesso remoto, em materialização de quebra de sigilo de dados telemáticos.¹⁷

Isso não quer dizer que dados armazenados estejam desprovidos de tutela constitucional. O art. 5º, X, expressa uma norma geral de inviolabilidade da intimidade e da vida privada.¹⁸ É inegável, mormente nos tempos atuais, que os dados guardados pelo indivíduo carregam consigo um elevado potencial de vulneração dos referidos direitos fundamentais. Dados armazenados em telefones e computadores podem compreender e-mails, registros fotográficos e de geolocalização, backups de

protegido o sigilo dessa comunicação?”. Sem prejuízo, reconhece que a interpretação sistemática do texto força à conclusão de que “todo o inciso protege inviolabilidades de comunicações – por correspondência, por telégrafo e por telefone – e, assim, a intenção do legislador seria também a de proteger a comunicação dos dados e não a estes em si mesmos” (FERNANDES, 2007, p. 17 e 21).

¹⁷ “2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial. 3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve ‘quebra de sigilo das *comunicações de dados (interceptação das comunicações)*, mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial’”. (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. RE 418.416. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julg. 10.5.2006. DJ 19 dez. 2006, grifos nossos). Igualmente: “[...] os dados armazenados em dispositivo eletrônico não estão protegidos pela garantia constitucional do sigilo das comunicações, encartada no artigo 5º, XII, da Constituição Federal, a qual se destina a proteger o fluxo de informações e os dados obtidos em sua consequência”. (Precedentes: BRASIL. STF. Tribunal Pleno. RE 418.416. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19 dez. 2006; BRASIL. STF. Primeira Turma. HC 124.322-AgR. Relator: Min. Roberto Barroso, DJe de 19 dez. 2016; BRASIL. STF. Primeira Turma. AgR RHC 169.682. Relator: Min. Luiz Fux, julg. 3.4.2020, processo eletrônico, DJe 117, divulg. 11.5.2020, public. 12 maio 2020).

¹⁸ “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

diálogos com terceiros, dados financeiros e outras informações sensíveis. Há uma presunção absoluta, imposta pelas máximas de experiência, de que os dados informáticos associados ao usuário apresentam natureza comunicacional. Portanto, restam eles acobertados pela citada cláusula constitucional de inviolabilidade.

As distintas matrizes constitucionais das normas de proteção das *comunicações de dados* e de *dados armazenados* geram uma série de consequências. A mais sensível concerne ao âmbito de incidência da Lei n. 9.296/1996, que regulamenta exclusivamente as medidas de interceptação de comunicações, tornando-a inaplicável aos casos de coleta de dados estáticos – ainda que se empregue técnica de acesso remoto a dispositivos ou servidores conectados a redes.¹⁹

No plano infraconstitucional, o diploma que trata da “quebra de sigilo de dados telemáticos” é a Lei n. 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, cujo art. 7º, III, registra a inviolabilidade e o sigilo de “comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”. Sabe-se que a regra, portanto, é a inviolabilidade tanto das comunicações (art. 5º, XII, CF; Lei n. 9.296/1996) quanto dos dados (art. 5º, X, CF; Lei n. 12.965/2014, art. 7º, III), mas tais garantias são passíveis de mitigação por ordem judicial.

Como ponto comum, o afastamento de ambas as formas de sigilo – dos dados e das comunicações – submete-se à reserva de jurisdição. Apenas por decisão do Poder Judiciário, preenchidos os requisitos legais, pode-se autorizar o acesso a dados digitais de terceiros – seja por interceptação de fluxo comunicacional, seja por coleta física ou remota.

De outra sorte, os diplomas infraconstitucionais aplicáveis a cada uma das técnicas estabelecem requisitos diversos para a decretação das medidas ora tratadas.

¹⁹ “DADOS – ARMAZENAMENTO – SIGILO – AFASTAMENTO – ARTIGO 2º DA LEI Nº 9.296/1996 – INAPLICABILIDADE. Não cabe transportar a regra do artigo 2º da Lei nº 9.296/1996 – no que inadmitida a interceptação de comunicações telefônicas quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis – à obtenção dos dados armazenados em dispositivo de telefonia.” (BRASIL. STF. Primeira Turma. HC 173989. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. 13.10.2020, processo eletrônico, *DJe* 258, divulg. 26.10.2020, public. 27 out. 2020).

Da mesma forma, precisa é a jurisprudência do STJ: “O sigilo a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição da República é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos. Desta forma, a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei n. 9.296/96 [...]” (BRASIL. STJ. Quinta Turma. RHC 77.232/SC. Relator: Min. Felix Fischer, *DJe* 16 out. 2017, grifos nossos).

4 · REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DAS MEDIDAS DE QUEBRA DE SIGILO DE DADOS

O art. 10 do Marco Civil da Internet trata da proteção de diferentes dados digitais estáticos, quais sejam: a) registros de conexão;²⁰ b) registros de acesso a aplicações da internet;²¹ c) conteúdo de comunicações privadas, ponto tratado também no art. 7º, III; e d) dados pessoais – uma cláusula genérica para conferir ampla cobertura aos dados digitais associados a determinado usuário.²²

Em continuidade, o § 1º²³ dispõe que o provedor será “obrigado a disponibilizar os registros mencionados no *caput*” mediante ordem judicial que observe os termos da Seção IV (arts. 22 e 23) do diploma legal. O art. 22, por sua vez, conta com requisitos para o requerimento de quebra de sigilo de dados. Mas seria esse regime jurídico aplicável às quatro espécies de dados previstas no *caput* do art. 10 ou somente a parcela delas? Quais espécies de “registros” devem os provedores fornecer diante da decisão judicial prolatada com fundamento no art. 10, § 1º, c.c. o art. 22 da Lei n. 12.965/2014?

Pela leitura sistemática do artigo e de seus parágrafos, é forçosa a conclusão de que “registros mencionados no *caput*”, termo empregado no art. 10, § 1º, diz somente respeito aos “registros de conexão” e de “acesso a aplicações de internet”. O mesmo parágrafo trata de “dados pessoais” eventualmente associados aos registros citados. Resta o “conteúdo de comunicações privadas” excluído do alcance do art. 22.

²⁰ Entende-se por registro de conexão “o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados” (art. 5º, VI, Lei n. 12.965/2014).

²¹ Assim conceituados: “registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP”.

²² “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” (grifos nossos).

²³ “§ 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.”

Dois são os principais indicativos de que essa é a interpretação correta. Primeiramente, tem-se que o próprio § 1º utiliza de forma individualizada o termo “dados pessoais”, tornando claro que não estão estes compreendidos por uma eventual acepção ampla do vocábulo “registros”. Mais além, as “comunicações privadas” – que constituem outra espécie de dado tutelada no *caput* – constam de previsão normativa autônoma quanto aos requisitos para quebra de sigilo, no art. 10, § 2º.²⁴

Portanto, somente três das quatro espécies de dados previstas no *caput* do art. 10 foram submetidas ao regramento do art. 22 – “registros de conexão”, “registros de acesso a aplicações” e “dados pessoais”. Tais dados podem ser acessados, inclusive para instrução processual civil, conforme previsto expressamente no art. 22 do Marco Civil da Internet.²⁵

Para que sejam obtidas essas informações por decisão judicial, o art. 22 impõe à parte os seguintes requisitos, que devem ser apreciados pelo juiz competente: a) exposição de fundados indícios da ocorrência do ilícito; b) justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e c) período ao qual se referem os registros.

No entanto, às “comunicações privadas” dedicou-se norma autônoma, contida no art. 10, § 2º, assim escrito “o conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer [...].” Em sua parte final, o § 2º reforça que o acesso às comunicações privadas se subordina às distinções constantes do art. 7º, incisos II e III, da lei, distinguindo-se as comunicações em fluxo daquelas que estiverem já armazenadas:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III – inviolabilidade e sigilo de suas *comunicações privadas armazenadas*, salvo por ordem judicial; [...]. (Grifos nossos).

²⁴ “§ 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.”

²⁵ “Dados pessoais” devem, assim, ser interpretados de modo a excluir dados comunicacionais. Não há vício de constitucionalidade nesse aspecto do art. 22, pois lhe é aplicável o regime jurídico do art. 5º, X, CF, não do inciso XII.

Percebe-se que, ao tratar de comunicações em fluxo, o art. 7º pontua que se deve observar a “forma da lei”. Faz-se referência a uma regulamentação própria, que hoje se consubstancia na Lei n. 9.296/1996, como já visto.

Por sua vez, em relação às comunicações armazenadas, não se faz referência à lei específica. Há obscuridade legal nesse ponto, pois existe previsão de que decisão judicial pode determinar o acesso às comunicações armazenadas, mas, diferentemente do que ocorre em relação às outras espécies de dados estáticos e às comunicações em fluxo, não se encontram na lei em tela os requisitos para a medida.

De onde extrair, então, os requisitos para a quebra de sigilo de dados telemáticos que consistam em comunicações privadas armazenadas, perdidas no vazio dos arts. 7º, III, e 10, § 2º, do Marco Civil da Internet? Seriam aplicáveis os requisitos do art. 22? Seria aplicável, por analogia, o regime jurídico da Lei n. 9.296/1996? Haveria necessidade de suprir a obscuridade do critério legal com critérios de proporcionalidade e exigência de requisitos típicos de cautelaridade?

De longa data, Antonio Scarance Fernandes defende a possibilidade de acesso a dados armazenados, ainda que não sujeitos à regulamentação do art. 5º, XII, CF, com base no princípio da proporcionalidade ou com afirmação de justa causa.²⁶ É também à luz do princípio da proporcionalidade que não se pode conferir proteção deficiente à privacidade e à intimidade, deixando sem tutela as comunicações armazenadas. O potencial de vulneração dos referidos direitos fundamentais pelo acesso a dados comunicacionais estáticos é bastante elevado no atual estado da tecnologia, tornando-se de relevância secundária o fato de eles estarem ou não em fluxo.

Pela sensibilidade dos dados que podem ser obtidos por meio de acesso físico ou remoto a dispositivos ou servidores de armazenamento, o regime jurídico do art. 22 do Marco Civil da Internet seria insuficiente para uma proteção adequada. Por outro lado, não há perfeita incidência da técnica de quebra de sigilo de dados telemáticos estáticos em relação ao regime jurídico do art. 5º, XII, CF, e da Lei n. 9.296/1996, até porque a técnica apresenta especificidades que tornam absolutamente inaplicáveis regramentos que só se justificam diante de interceptação de comunicações.

²⁶ Cf. Scarance: “Se não estiverem os dados protegidos pelo inciso XII, estarão acobertados pelo inciso X, e, assim, poderiam ser usados quando houvesse autorização judicial com invocação do princípio da proporcionalidade ou com afirmação de justa causa”. Por outro lado, critica o autor o entendimento de que o inciso XII protegeria apenas a comunicação de dados, “pois o que interessa é o sigilo sobre o conteúdo de uma comunicação” (FERNANDES, 2007, p. 20).

Não resta alternativa, senão reconhecer o acerto do entendimento de Antonio Scarance Fernandes. E, nesse aspecto, há de se distinguir o acesso remoto a dispositivos e servidores dedicados a armazenamento do acesso físico, pois o último tem regulamentação decorrente das próprias normas que disciplinam buscas e apreensões no Código de Processo Penal, dispensando-se a aplicação de critérios adicionais.

Por isso, não se dedica neste capítulo tópico próprio para a quebra de sigilo de dados armazenados por meio de acesso físico ao dispositivo, como resultado lógico de busca e apreensão. Está sedimentada a jurisprudência no sentido de que a autorização judicial de busca e apreensão de dispositivos eletrônicos tem por consequência lógica a autorização de acesso ao seu conteúdo.²⁷ Permitir a apreensão de um aparelho de telefonia móvel sem autorizar o acesso ao seu conteúdo é tão contraditório quanto deferir a apreensão de carta, proibindo-se a sua leitura.

Ao contrário do que ocorre com o acesso a dados pela apreensão de suporte físico, a aplicação do regramento da busca e apreensão contido no Capítulo XI do Código de Processo Penal às quebras de sigilo de dados por acesso remoto, por analogia, não se mostra suficiente. Da simples leitura dos arts. 240 a 250 do Código de Processo Penal, chega-se à conclusão de que aquele capítulo foi concebido e redigido especificamente para a proteção da intimidade nos contextos particulares de busca domiciliar e pessoal. De toda a normativa ali contida, somente os arts. 240, § 1º, b, d, f e h, além do art. 243, I a III, comportariam alguma analogia, pois as demais normas tratam de especificidades das buscas domiciliares e pessoais.²⁸ Torna-se evidente que a aplicação do capítulo à matéria não bastaria para regular as coletas remotas de dados.

²⁷ Na mesma esteira: “Na pressuposição da ordem de apreensão de aparelho celular ou smartphone está o acesso aos dados que neles estejam armazenados, sob pena de a busca e apreensão resultar em medida írrita, dado que o aparelho desprovido de conteúdo simplesmente não ostenta virtualidade de ser utilizado como prova criminal [...]” (BRASIL. STJ. Quinta Turma. AgRg no HC 675.582/PE. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 30 ago. 2021).

²⁸ E os dispositivos referidos dizem respeito somente aos “objetivos” do meio de obtenção de prova e aos requisitos formais do mandado judicial, o que se poderia aplicar a qualquer meio de obtenção de prova. Tomando-se o termo “busca domiciliar” por “busca digital”, poder-se-ia dizer que a medida é cabível para “apreender coisas obtidas por meios criminosos”, como *criptoativos* ou outros ativos digitais; a “apreensão de instrumentos do crime” poderia encontrar paralelo nas identificações e registros de códigos maliciosos empregados em crimes digitais; como “cartas”, seria possível tratar as correspondências digitais; e as disposições das alíneas “e” e “f” nada mais fazem do que expor os objetivos de qualquer meio de obtenção de

As buscas digitais apresentam peculiaridades que serão exploradas ao longo do texto, exigindo-se tratamento distinto. Ademais, o emprego ampliado do termo “busca e apreensão” no direito norte-americano, utilizado como referência em alguns estudos sobre a matéria, encontra justificativa somente nas características constitucionais dos Estados Unidos – de modo que nem mesmo lá se justifica a submissão da matéria à Quarta Emenda pela natureza das coisas, mas por uma necessidade de ampliar a cobertura protetiva de uma Constituição sintética, redigida no século XVIII. Não é cabível uma importação terminológica.²⁹

Assim, visto que a quebra de sigilo telemático pelo acesso físico aos dispositivos encontra satisfatório entendimento pelo estudo das medidas de busca e apreensão, os próximos tópicos se dedicam exclusivamente à quebra de sigilo telemático por acesso remoto a dados e à interceptação telemática.

5 · REQUISITOS PARA ACESSO REMOTO A DISPOSITIVOS OU SERVIDORES DE ARMAZENAMENTO QUE POTENCIALMENTE DETENHAM DADOS COMUNICACIONAIS E PARA INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA

Determinados dispositivos e servidores apresentam um potencial intrínseco de armazenamento de dados comunicacionais, pela utilização que lhes é

prova. Por sua vez, o art. 243 trata de requisitos intrínsecos do mandado judicial de busca, que seriam aplicáveis, *mutatis mutandis*, a qualquer determinação judicial que autorize ou determine o manejo de meios de obtenção de prova – a especificidade do objeto do mandado e a maior individualização possível dos alvos da medida, além de providências formais.

²⁹ A Constituição norte-americana conta, na Quarta Emenda, com uma cláusula genérica de proteção da intimidade contra buscas e apreensões, para tutela de suas “pessoas, casas, documentos e propriedades” (*persons, houses, papers and effects*). Como a redação é de 1789, o atual estágio da tecnologia nem de longe poderia ser previsto. O telefone seria inventado somente quase um século mais tarde. Uma vez que a Constituição norte-americana é sintética e muito estável, os termos nela empregados precisam ser ressignificados, de acordo com as mutações sociais, ganhando acepções cada vez mais largas. Por isso, a jurisprudência passou a considerar “busca e apreensão” (*search and seizure*) até mesmo medidas de interceptação de comunicações feitas por meio de um telefone público, com o escopo de submeter o ato à proteção constitucional da intimidade (UNITED STATES. Supreme Court. *Katz v. United States*, 389 U.S (1967), J: 18.12.1967). No direito brasileiro, em que temos constituição analítica e proteções específicas das comunicações telefônicas e de dados, não há necessidade qualquer de chamar de “busca e apreensão” aquilo que pode ser definido em termos mais precisos.

tipicamente destinada. É o caso de computadores e aparelhos de telefonia móvel modernos – normalmente utilizados para atos de comunicação com tráfego de dados digitais via internet – e serviços de *cloud*, que armazenam dados carregados a partir de dispositivos conectados à internet.

Por isso, deve-se presumir que, sempre que a autoridade de persecução penal solicitar acesso a esses dispositivos e servidores, a autorização judicial levará à obtenção de comunicações privadas.

De início, devem ser avaliadas as *hipóteses de cabimento* do acesso remoto a esses dispositivos: não é razoável a admissão de quebra de sigilo de dados de natureza comunicacional, por acesso remoto, para instrução processual civil. Como visto, no atual estado da tecnologia, o impacto potencial sobre a intimidade e a vida privada é tão grande no acesso a dados comunicacionais estáticos quanto nas medidas de interceptação. Se estas estão reservadas à investigação criminal e à instrução processual penal,³⁰ não se justifica que se reconheçam hipóteses muito mais largas de cabimento da “quebra de sigilo” de comunicações armazenadas.³¹

³⁰ Ressalte-se que, estudando os detalhes da tramitação constitucional, Ada Pellegrini Grinover constatou que a restrição citada não foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte, mas inserida sem discussão pela Comissão de Redação. Por isso, haveria “inconstitucionalidade” na limitação da medida à instrução processual penal, excluindo-se a instrução processual civil. Veja-se: “No meu sentir, a redação restritiva do inc. XII do art. 5º, da CF é formalmente inconstitucional, por vício de competência e afronta ao processo legislativo”, isso porque “a Assembleia Nacional Constituinte aprovou texto diverso do que veio afinal ser promulgado. A redação aprovada em segundo turno no plenário foi a seguinte: ‘é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações e dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual’. Foi a Comissão de Redação que, exorbitando de seus poderes acrescentou ao texto as palavras ‘comunicações’, ‘no último caso’ e ‘penal’, limitando consideravelmente o alcance da norma” (GRINOVER, 1997, p. 113).

³¹ De modo semelhante, v. Queiroz e Ponce: “a crescente quantidade de informações íntimas armazenadas em servidores de e-mails e aplicações de troca de mensagens tem forçado à interpretação de que a distinção entre dados em trânsito e dados armazenados, para fins de proteção à privacidade, perderia sentido” (QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; PONCE, Paula Pedigoni. Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado: o que permanece e o que deve ser reconsiderado. *Internet&Sociedade*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 64-90, fev. 2020. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/tercio-sampaio-ferraz-junior-e-sigilo-de-dados-o-direito-a-privacidade-e-os-limites-a-funcao-fiscalizadora-do-estado-o-que-permanece-e-o-que-deve-ser-reconsiderado/#:~:text=Para%20Ferraz%20J%C3%BAnior%2C%20o%20conte%C3%BAdo,sua%20C3%BArica%20e%20discr%C3%ADo%20decis%C3%A3o%20E2%80%9D>. Acesso em: maio 2022.

Avaliadas as hipóteses de cabimento, segue-se com os *requisitos* para a decretação da medida. Em se tratando de medida cautelar de natureza probatória,³² aplicam-se os requisitos típicos do regime de cautelaridade – *fumus comissi delicti e periculum in mora*. Necessita-se, portanto, de elementos que evidenciem a existência de crime e que indiquem a possibilidade de o dispositivo, conta ou servidor de armazenamento visado conter elementos capazes de esclarecer fatos que interessem à investigação criminal, o que também demonstrará a pertinência da prova.

Nesse diapasão, a pertinência do acesso ao suporte de armazenamento em relação ao objeto da investigação criminal pode ser reconhecida, alternativamente: 1) pela indicação de que a titularidade dos dados³³ pertence a indivíduo contra quem recaiam indícios de autoria delitiva e cujas comunicações podem elucidar os fatos apurados (critério subjetivo); 2) pela indicação de que a conta, o servidor ou o dispositivo foram empregados em atividade ilícita correlata ao objeto de investigação, ainda que desconhecida a identidade do titular dos dados (critério objetivo).³⁴

³² Ada Pellegrini Grinover reforça o caráter cautelar, pela finalidade “assecuratória da prova”, das interceptações telefônicas (GRINOVER, 1997, p. 121). As interceptações são indispensáveis para a preservação do material, dado o caráter instantâneo da comunicação. Sem a medida, as investigações restam inviabilizadas. Apresentam a mesma natureza, no entanto, as medidas de busca e apreensão e de quebra de sigilo de dados remotos de comunicação, notadamente no último caso, pois as contas de armazenamento e dispositivos podem ser inutilizados por danos físicos aos suportes eletrônicos ou muito rapidamente pelo apagamento de contas e dados. Ressalva-se que outros autores preferem simplesmente designar medidas dessa natureza de “meios de obtenção de prova”, genericamente, pois nem sempre a finalidade é “resguardar a fonte de prova”. Usualmente “os elementos obtidos por alguns desses meios acabam sendo considerados elementos de prova, como sucede com os bens apreendidos durante uma busca domiciliar, não tendo a natureza de uma providência simplesmente cautelar” (FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25).

³³ O que não se confunde com a titularidade da conta ou do serviço de armazenamento.

³⁴ Afinal, a investigação pode se prestar justamente à revelação da autoria delitiva, evitando-se ações penais açodadas. De forma semelhante, quanto à quebra de sigilo de dados telemáticos, ainda que oculta ou desconhecida a identidade do titular, veja-se: “4. Os arts. 22 e 23 do Marco Civil da Internet *não exigem* que, ao requisitar *dados pessoais armazenados por provedor de serviços de internet*, o magistrado deva indicar qualquer elemento de *individualização pessoal dos alvos da busca*, nem tampouco justificar a indispensabilidade da medida, bastando-lhe apontar, em sua decisão a) indícios da ocorrência do ilícito; b) justificativa da utilidade da requisição; e c) período ao qual se referem os registros. Isso porque o objetivo precípua dessa medida, na expressiva

Deve o juiz, ademais, avaliar a *necessidade* e a *adequação* da medida.³⁵

Considera-se necessária a medida quando não houver outro meio, menos gravoso, para a consecução dos objetivos visados. O acesso remoto ao conteúdo de dispositivos ou servidores de armazenamento permite o contínuo andamento de investigações criminais, com preservação dos elementos de convicção, sem que se prejudique o sigilo do feito.

Assim, sempre que for indispensável o prosseguimento sigiloso das investigações, a quebra de sigilo de dados telemáticos por acesso remoto se constituirá como medida *necessária*, pois não pode ser substituída por técnicas ostensivas, como a busca e apreensão da base física de armazenamento. Além disso, o acesso às bases físicas normalmente envolve violação de domicílio, impondo restrição ainda mais severa aos direitos do imputado.

Não se perca de vista que não há qualquer garantia de que comunicações hoje armazenadas estarão preservadas em futuro incerto, até porque é comum que a fase ostensiva da persecução penal seja seguida por atos imediatos de apagamento de vestígios, especialmente nos casos complexos que envolvem criminalidade organizada. Nesse ponto, há grande distinção em relação ao que ocorre com os dados protegidos por sigilos bancário e fiscal. Estes, por permanecerem sob a guarda de terceiros – autoridades fazendárias e entidades do sistema financeiro –, não se perdem por atos unilaterais dos investigados. Os dados de comunicação, de forma diversa, podem ser *deletados* dos servidores de armazenamento pelo próprio titular, de forma bastante rápida e eficaz. Inclusive, é tecnicamente possível que o investigado promova o apagamento remoto de dados contidos em suportes eletrônicos já apreendidos pelos órgãos de persecução penal.

maioria dos casos, é justamente o de proporcionar a identificação de usuários do serviço ou do terminal utilizado possivelmente envolvidos no crime investigado. 5. Não há desproporcionalidade na medida em questão, quando serve como instrumento de auxílio na elucidação de delitos de difícil investigação, tanto mais quando o caso investigado se revela complexo e o fornecimento dos dados solicitados não ensejará gravame aos indivíduos eventualmente afetados que não tenham conexão com o delito, posto que seus dados não serão publicizados e, ao final, serão descartados" (BRASIL. STJ. Quinta Turma. AgRg no RMS 66.563/SP. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julg. 10.8.2021, *DJe* 16 ago. 2021).

³⁵ Da mesma maneira, invocando-se critérios de proporcionalidade como fundamento para a quebra de sigilo de dados armazenados: "Já os dados constantes de arquivos estanques, informatizados ou não, podem ter o seu sigilo limitado, no âmbito da lei, ou da aplicação do princípio da proporcionalidade" (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book).

A medida será igualmente *adequada* quando proporcionar o efetivo acesso ao conteúdo de comunicações que não poderiam de outra forma ser conhecidas. Usualmente, dados comunicacionais são armazenados em dispositivos e servidores juntamente com as respectivas chaves de descriptografia, permitindo que se enxerguem os diálogos. Trata-se de uma *vulnerabilidade* que dificilmente pode ser contornada, pois a criptografia em espaços de armazenamento impediria ou dificultaria demasiadamente o acesso posterior pela maioria dos usuários a suas próprias comunicações. Logo, a quebra de sigilo de dados telemáticos por acesso remoto é eficaz para fins de investigação criminal e instrução processual penal – portanto *adequada* à atividade probatória – quando for apta a contornar dificuldades geradas pelos modernos sistemas de encriptação.

Questionamento cotidiano em relação à quebra de sigilo de dados estáticos envolve o *prazo* da medida. No tópico antecedente, ficou claro que os registros de conexão e de acesso devem delimitar o *período ao qual se referem os registros* (art. 22, III, da Lei n. 12.965/2014). Paralelamente, as medidas de interceptação telemática não podem exceder 15 dias, nos termos do art. 5º da Lei n. 9.296/1996, possibilitando-se a prorrogação por períodos sucessivos. Assim, qual seria o recorte temporal aplicável à medida de quebra de sigilo de dados telemáticos armazenados?

Poder-se-ia sugerir a aplicação, por analogia, do art. 22, III, da Lei n. 12.965/2014, que impõe a delimitação do “período ao qual se referem os registros” às outras espécies de dados estáticos previstas no *caput* do art. 10 do Marco Civil da Internet. No entanto, a delimitação de período é exigível exclusivamente em relação aos “registros de conexão ou de acesso a aplicações de internet”, bem como a outros dados que possam ser precisamente filtrados pelo parâmetro temporal, *antes* que haja acesso e análise de dados.³⁶

Explica-se. Os dados de conexão e acesso comportam perfeito recorte temporal. Podem-se buscar as atividades de navegação, ou mesmo de interação de um usuário com determinada aplicação, dentro de um intervalo de tempo que interessa especificamente à investigação – alguns

³⁶ É assim com os dados de tráfego, classificados como “todos os dados informáticos relacionados com uma comunicação efectuada por meio de um sistema informático, gerados por este sistema como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando a origem da comunicação, o destino, o trajecto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou o tipo do serviço subjacente” (CONSELHO DA EUROPA. *Convenção sobre o cibercrime*. Conselho da Europa: Budapeste, 2001. Disponível em: <https://rm.coe.int/16802fa428>. Acesso em: 21 mar. 2022). O elemento *temporal* é inerente ao dado de tráfego, o que permite um recorte preciso do período visado pela investigação criminal.

dias ou meses antes da prática de um homicídio, por exemplo. O recorte temporal fornecerá ao provedor o próprio parâmetro de busca, que será associado ao dado de identificação do usuário para mapeamento das suas atividades em período certo. Por outro lado, o acesso a suportes de armazenamento que detenham o conteúdo de comunicações pretéritas não comporta recortes temporais apriorísticos. Deferida a quebra de sigilo de dados telemáticos e viabilizado o acesso a uma conta de armazenamento por servidor compartilhado (*nuvem*), por exemplo, a medida alcançará toda a massa de comunicações eventualmente encontrada.

Imagine-se que há, no destino eletrônico acessado, backup de diálogos estabelecidos por meio de aplicativos de mensagem (WhatsApp, Telegram, Signal etc.). É provável que esses arquivos estejam organizados não por data, mas por interlocutor ou por outro parâmetro. Ainda, que constem todas as caixas de um bloco único de informações, que devem ser organizadas e indexadas *depois* do acesso. É impossível fazer isso antes.

Nas caixas de diálogo organizadas por aplicação ou por interlocutor, não há separação das mensagens em arquivos organizados por data, mas a composição de arquivos únicos que compreendem toda a atividade pretérita. Como regra, não é possível acessar o suporte de armazenamento para coletar os diálogos estabelecidos pelo usuário entre os dias X e Y, porque esse recorte não pode ser promovido *antes* do acesso. Então, se nessa base de dados for encontrada a caixa de diálogos entre os interlocutores α e β , todo o registro histórico salvo do diálogo lá estará.

Na formação de sua jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça tem se atentado a essas questões técnicas, dispensando a delimitação de período no caso de acesso a dados armazenados, exigência mantida apenas para dados relacionados especificamente a fluxos comunicacionais e aos registros de conexão e acesso já referidos.³⁷

Também não é aplicável o prazo do art. 5º da Lei de Interceptações Telefônicas. A interceptação capta conversas em tempo real, a partir da implementação da interceptação, para o futuro. Inversamente, os dados armazenados necessariamente se referem a comunicações passadas,

³⁷ “2. Apesar de o artigo 22, III, da Lei n. 12.965/2014 determinar que a requisição judicial de registro deve conter o período ao qual se referem, tal quesito só é necessário para o fluxo de comunicações, sendo *inaplicável nos casos de dados já armazenados que devem ser obtidos para fins de investigações criminais*. 3. Recurso em *habeas corpus* improvido.” (BRASIL. STJ. Sexta Turma. RHC 117.680/PR. Relator: Min. Nefi Cordeiro, julg. 11.2.2020, *DJe* 14 fev. 2020, *grifos nossos*).

que já aconteceram e geraram os arquivos que passaram a repousar no suporte eletrônico. Se a perspectiva temporal das medidas é oposta, é evidente que não cabe o limite de prazo “futuro” estabelecido pela Lei n. 9.296/1996, tipicamente desenhado para as medidas de interceptação.

Nota-se que a diferença ontológica entre as medidas aqui tratadas impede a perfeita aplicação do regime da Lei n. 9.296/1996 às quebras de sigilo de dados estáticos. Não obstante, o delineamento dos critérios de proporcionalidade tratados acima aproxima bastante os requisitos aplicáveis às duas medidas. O art. 2º, I, da Lei de Interceptações Telefônicas exige os requisitos do *fumus comissi delicti* para a interceptação,³⁸ enquanto o inciso II acolhe critérios de necessidade e de adequação.³⁹ Por fim, o inciso III trata de uma leitura de proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁰ Também as quebras de sigilo de dados armazenados devem observar a proporcionalidade em sentido estrito. A grave violação à privacidade proporcionada pela obtenção de comunicações armazenadas só se justifica se os crimes em apuração forem igualmente graves, o que deve ser avaliado pelo juiz em cada caso concreto.

As formas de execução das medidas de quebra de sigilo telemático por acesso remoto envolvem discussões mais complexas, inclusive sobre eventual cooperação ou resistência das empresas de tecnologia. Esses debates são igualmente úteis para tratar dos meios de execução da interceptação de comunicações telemáticas. Por tais razões, dedica-se tópico autônomo a esse aspecto.

Em relação às interceptações telemáticas, há, em torno da interpretação da norma constitucional, controvérsias consideráveis quanto ao seu cabimento. Diante da redação do art. 5º, XII, da Constituição Federal, houve quem defendesse que a inviolabilidade da correspondência e das comunicações

³⁸ Exigem-se “indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal”. Naturalmente, a exigência de indícios de autoria não se confunde com a necessidade inafastável de se ter o usuário do serviço ou titular das comunicações já identificado e qualificado civilmente, pois nem sempre isso é possível, a depender do estágio em que se encontra a investigação, como reconhecido expressamente pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/1996.

³⁹ Pela indicação de que a prova não pode ser feita por outros meios disponíveis e que sejam menos gravosos.

⁴⁰ Reconhece-se que a interceptação de comunicações representa grave restrição aos direitos de intimidade e privacidade. Por isso, a medida foi legalmente reservada a crimes mais graves, afastando-se o seu cabimento para crimes punidos, no máximo, com pena de detenção.

telegráficas e de dados seria absoluta. Para essa linha doutrinária, considerando que somente em relação ao sigilo das comunicações telefônicas o constituinte previu a excepcional possibilidade de se afastar a inviolabilidade prevista como regra, não seria admissível uma leitura ampliativa de hipóteses de restrição de direitos fundamentais. Como consectário desse raciocínio, nem mesmo com regulamentação legal, ordem judicial e para os fins especificados pelo constituinte – investigação criminal e instrução processual penal –, as interceptações telemáticas seriam admissíveis.⁴¹

Outros autores defenderam uma interpretação sistemática do dispositivo, para concluir, sob a luz do princípio da proporcionalidade, que todas as formas de comunicação nele enumeradas podem ser objeto de determinação judicial de afastamento do sigilo.⁴²

Prevaleceu na jurisprudência o último entendimento.⁴³ Tem-se como ponto pacífico nos tribunais superiores que a exceção constitucional ao sigilo prevista na parte final do art. 5º, XII, alcança as comunicações de dados telemáticos.

⁴¹ GRINOVER, 1997, p. 115-116. Pela interpretação mais restritiva do alcance da expressão “no último caso”, concluía a autora pela inconstitucionalidade do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/1996, que diz ser aplicável à interceptação do fluxo de comunicações telemáticas o mesmo regime jurídico das interceptações telefônicas, nos seguintes termos: “o disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

⁴² Para tanto, os requisitos de tutela aplicáveis à comunicação telefônica deveriam ser igualmente observados – exigindo-se autorização judicial e avaliando-se a justa causa para a decretação da medida (FERNANDES, 2007, p. 15-23). De modo semelhante, Streck, porém sob o argumento de que “o parágrafo único, ao estender a possibilidade de interceptação também ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, apenas especificou que a lei também atingiria toda e qualquer variante de informações que utilizem a modalidade de comunicações telefônicas” (STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 46-47).

⁴³ A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.488-9/DF impugnava exatamente esse aspecto da Lei n. 9.296/1996. A medida liminar foi indeferida: “EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Parágrafo único do art. 1º e art. 10 da Lei nº 9.296, de 24.7.1996. 3. Alegação de ofensa aos incisos XII e LVI do art. 5º da Constituição Federal, ao instituir a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. 4. Relevantes os fundamentos da ação proposta. Inocorrência de *periculum in mora* a justificar a suspensão da vigência do dispositivo impugnado. 5. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida. Medida cautelar indeferida” (BRASIL. STJ. Tribunal Pleno. ADI 1488. Relator: Min. Néri da Silveira, julg. 7.11.1996, DJ 26 nov. 1999). Mais tarde, negou-se seguimento à ação por ilegitimidadeativa *ad causam* da requerente.

Não seria razoável o reconhecimento de direitos de ordem absoluta, que poderiam ser utilizados como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.⁴⁴

Quanto aos requisitos legais para a medida e prazos de duração, os principais pontos já foram expostos neste tópico, nos comentários feitos acima. Ademais, os quase trinta anos de vigência da Lei n. 9.296/1996 permitiram o desenvolvimento de estudos completos e a consolidação de jurisprudência segura sobre a interceptação de comunicações telefônicas, os quais são também aplicáveis às comunicações telemáticas. Não se justifica maior detalhamento desses pontos neste breve ensaio.⁴⁵

De forma sintética, é possível resumir os distintos regimes jurídicos expostos da seguinte maneira:

ELEMENTO DE DISTINÇÃO	INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA	QUEBRA DE SIGILO DE DADOS DE COMUNICAÇÃO ARMAZENADOS	QUEBRA DE SIGILO DE DADOS – REGISTRO DE CONEXÃO E ACESSO ⁴⁶
Normas aplicáveis	Art. 5º, XII, CF; Lei n. 9.296/1996.	Art. 5º, X, CF; critérios de proporcionalidade e requisitos de cautelaridade.	Art. 5º, X, CF; art. 22 da Lei n. 12.965/2014.
Limitação material	Apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.	Apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.	Admissível para produzir prova em investigação criminal ou instrução processual, mesmo civil.
Limitação temporal	Admissível por 15 dias, com acompanhamento em tempo real, prorrogável o prazo por períodos sucessivos.	O acesso a suportes de armazenamento que detenham o conteúdo de comunicações pretéritas não comporta recortes temporais.	Quando o recorte temporal integrar o próprio parâmetro de busca (v.g., dados de conexão), a decisão deve especificar o prazo a que se refere.

⁴⁴ BRASIL. STF. Segunda Turma. RHC 132.115. Relator: Min. Dias Toffoli, julg. 6.2.2018, processo eletrônico, DJe 223, divulg. 18.10.2018, public. 19 out. 2018.

⁴⁵ Tais aspectos gerais sobre a Lei n. 9.296/1996 podem ser estudados nos artigos específicos sobre interceptação telefônica citados nas referências bibliográficas.

⁴⁶ Além de dados pessoais de caráter não comunicacional.

ELEMENTO DE DISTINÇÃO	INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA	QUEBRA DE SIGILO DE DADOS DE COMUNICAÇÃO ARMAZENADOS	QUEBRA DE SIGILO DE DADOS – REGISTRO DE CONEXÃO E ACESSO
Objeto	Comunicação presente e futura.	Dados estáticos, inclusive de natureza comunicacional, armazenados.	Dados de registro de conexão e de acesso; dados pessoais sem conteúdo comunicacional.

Não se pode perder de vista igualmente que, em se tratando do conteúdo de comunicações privadas ou dados diversos, é indispensável que se individualize o usuário alvo da medida. Contas de *nuvem*, por exemplo, comportam individualização por endereços de e-mail associados à *account* e dados civis de qualificação do usuário – quando constantes dos cadastros mantidos pela empresa de tecnologia ID específico da aplicação ou quaisquer outros elementos que permitam identificar de forma precisa a conta-alvo.

Quando a individualização do titular dos dados, independentemente de identificação civil, ocorrer por parâmetro que estiver associado a mais de uma conta, o conteúdo de todas deve ser fornecido, pois não há prejuízo à individualização da medida. A título de exemplo, é possível que provedores de serviço de e-mail permitam a criação de duas ou mais contas vinculadas a um mesmo número telefônico. Nesses casos, se o parâmetro de identificação na decisão judicial de quebra de sigilo for o número telefônico do usuário, o provedor destinatário da ordem deverá disponibilizar todas as contas associadas.

6 · FORMAS DE EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA E DE QUEBRA DE SIGILO DE DADOS – A COLABORAÇÃO DAS BIG TECHS É INDISPENSÁVEL?

Para fins de prova, a efetiva obtenção de dados comunicacionais armazenados se opera pela localização, pelo acesso e pela realização de cópias dos arquivos encontrados nos suportes eletrônicos, em modo não modificável.⁴⁷ As cópias serão os elementos de prova a produzir efeitos no processo penal, sem prejuízo ao usuário, que continuará com pleno acesso aos seus arquivos pessoais.

⁴⁷ “Somente leitura” (GUARDIA, 2018, p. 268).

Nos casos em que as empresas de tecnologia contribuem para a materialização da medida, o mandado judicial indica de forma individualizada as contas que serão objeto de coleta de dados. Com a informação, a própria empresa de tecnologia acessa os suportes eletrônicos – servidores de e-mail ou servidores de armazenamento compartilhado, v.g. – extrai cópias de todos os arquivos associados à conta-alvo e as entrega aos órgãos de persecução penal.

Ocorre que os arquivos são entregues aos órgãos de investigação como uma massa compacta de dados que usualmente não permite uma visualização individualizada dos documentos eletrônicos. Os órgãos de perícia do Estado, nessa etapa, normalmente usam softwares para a “extração” organizada dos dados, gerando um código *hash*⁴⁸ que garantirá a autenticidade da prova por toda a persecução penal.

E se o órgão de investigação não contar com a colaboração das empresas de tecnologia? Deferida a interceptação telemática ou a coleta remota de dados comunicacionais armazenados, podem ser tais medidas implementadas diretamente pela equipe de investigação, sem cooperação das big techs? Se houver criptografia nos dados interceptados, é possível que a decriptação seja feita pelo próprio órgão de Estado, sem auxílio do responsável pela aplicação de mensagens instantâneas (WhatsApp, Telegram etc.)?

Na antiga regulamentação do Código Brasileiro de Telecomunicações, havia determinação expressa no sentido de que a operação técnica da interceptação de comunicações deveria ser efetivada pelos “serviços das

⁴⁸ O código *hash* é uma espécie de “impressão digital” de um arquivo específico. Trata-se de uma sequência alfanumérica com dezenas de caracteres, que serve para identificar de forma única determinado registro digital. Assim, feita a extração de um arquivo de nuvem, pode-se dele extraer o código *hash*. Qualquer modificação que se operar sobre o arquivo implicará uma alteração do seu código *hash*. Quando houver dúvida sobre a autenticidade de determinado registro utilizado como prova, basta comparar o código *hash* dele extraído com a assinatura digital que foi obtida anteriormente do arquivo de referência. Trata-se de técnica que garante a autenticidade dos arquivos submetidos ao processo penal, formando-se um procedimento de cadeia de custódia digital: *“After creating an image copy of a hard drive, investigators will typically generate a hash value for each file on the drive. Because each file generates a unique hash value and even a minor change in the file will cause a significant change in its hash value, this process creates a sort of digital chain of custody”* (MARTIN, Dennis. Demystifying hash searches. Stanford Law Review, Stanford, v. 70, p. 691-733, fev. 2018. p. 700). O procedimento pode ser aplicado de forma unitária a toda uma base de armazenamento – a exemplo de um disco rígido. Se houver a alteração, exclusão ou adição de qualquer arquivo, o valor *hash* será fatalmente modificado.

estações e postos comerciais" (art. 56, § 2º).⁴⁹ Embora o diploma fosse considerado insuficiente para o fim de regulamentar o art. 5º, XII, CF, esse ponto era claro – não poderia a operação técnica ser realizada diretamente pelos órgãos de investigação.

A Lei n. 9.296/1996 trouxe uma modificação sensível nesse aspecto. Em seu art. 6º, prevê-se que o presidente da investigação conduzirá os procedimentos de interceptação. Para tanto, o art. 7º faculta aos órgãos de persecução penal a requisição de serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público. Ada Pellegrini Grinover considerou esses pontos um "retrocesso" em relação ao antigo Código Brasileiro de Telecomunicações, por entender mais segura a execução da medida se promovida pelas concessionárias de serviço público.⁵⁰

Razão assistiria à autora se o diploma tratasse exclusivamente da interceptação de comunicações viabilizadas por concessionárias de serviço de telefonia, pois estas se sujeitam a regimes típicos, como o da Lei n. 9.472/1997. Ocorre que a Lei n. 9.296/1996 trata também da interceptação de comunicações telemáticas. Estas, por sua vez, são proporcionadas, não raro, por provedores estrangeiros, por gestores de aplicativos de mensagens que não cumprem decisões judiciais e alegam a inexistência de "capacidade técnica" para materializar os meios de pesquisa de prova determinados pelo Poder Judiciário. Nesse cenário, ao contrário do que ocorre com as concessionárias e gestoras dos serviços de telefonia, não há um regime eficiente de controle sobre essas empresas que assegure a eficácia das decisões judiciais.

As grandes empresas de tecnologia não são concessionárias de serviço público e frequentemente têm recusado o cumprimento de determinações judiciais nacionais. Diante da resistência das big techs, a lei autoriza, portanto, que a autoridade policial ou presidente de procedimento investigatório criminal operationalize diretamente a medida de interceptação telemática.

De qualquer modo, não caberia uma norma estrita que vinculasse o cumprimento da interceptação telemática à atuação de determinados órgãos, como poderia ocorrer com a interceptação de comunicações telefônicas. Isso porque, "ao contrário da interceptação telefônica, não se dispõe de padrões e equipamentos próprios para a realização de interceptação telemática, fator que acresce complexidade ao procedimento".⁵¹

⁴⁹ "§ 2º Somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicação."

⁵⁰ GRINOVER, 1997, p. 120.

⁵¹ GUARDIA, 2018, p. 136.

O mesmo raciocínio se aplica à quebra de sigilo de dados digitais armazenados. A negativa de cooperação oriunda de empresa de tecnologia não pode levar à absoluta ineficácia da decisão judicial.

Por isso, tanto a interceptação de comunicação de dados quanto a coleta remota de dados comunicacionais armazenados podem, do ponto de vista normativo, ocorrer por atuação direta da autoridade que preside o procedimento investigatório, bem como por requisição dirigida às empresas de tecnologia responsáveis pela custódia dos dados.

Mas, há de se questionar: se os específicos meios técnicos a serem empregados pelo órgão de persecução penal para a efetivação da interceptação telemática e para a quebra de sigilo de dados telemáticos não estiverem previstos em lei, não restaria caracterizada *prova atípica*? Em caso positivo, são as provas atípicas admissíveis no processo penal?

Guilherme Madeira Dezem adota uma posição ampliativa sobre as hipóteses caracterizadoras da atipicidade do meio de prova. Para o autor, o *meio de prova* será típico quando encontrar previsão no ordenamento jurídico e, mais além, regulamentação do procedimento a ser observado na produção da prova. Diversamente, haverá atipicidade do meio de prova quando: 1) não estiver previsto no ordenamento jurídico; ou 2) a despeito da previsão do meio de prova, não houver regulamentação do procedimento para produção da prova.⁵² O mesmo raciocínio seria aplicável aos meios de obtenção de prova.⁵³

Deve-se avaliar, neste ponto, quais são os elementos necessários para que se considere que a lei previu adequadamente o *procedimento* destinado a determinado meio de prova ou meio de obtenção de prova, para que seja ele considerado típico. Especificamente no que diz respeito à coleta de dados digitais e à eventual necessidade de previsões legais específicas, algumas peculiaridades devem ser consideradas.

Denise Provasi Vaz observa, com acerto, que nem mesmo a apreensão física do suporte de armazenamento acarreta, por si só, a obtenção dos dados eletrônicos para fins probatórios.⁵⁴ Um dispositivo de memória

⁵² DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas: atualizado de acordo com as leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08*. Campinas: Millenium, 2008. p. 147.

⁵³ FERNANDES, 2011, p. 15, 28 e 29.

⁵⁴ VAZ, Denise Provasi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. 2012.

fisicamente apreendido não terá valor probatório qualquer, até que seja ele conectado a um computador e processado por aplicações informáticas que permitam a identificação, a visualização e a utilização dos arquivos de interesse. A introdução das provas no procedimento investigatório ou no processo penal se dará por meio de relatórios técnicos produzidos a partir da análise dos arquivos digitais, aperfeiçoando-se o contraditório deferido com a disponibilização, à parte contrária, dos arquivos brutos coletados.

Nesses moldes, deve-se ter em mente que, mesmo em relação a dispositivos físicos apreendidos, o acesso efetivo aos dados pode pressupor o rompimento de barreiras de segurança – proteção por senha, criptografia etc. É absolutamente impossível que o legislador preveja precisamente todos os potenciais métodos e procedimentos técnicos a serem utilizados. Primeiro, porque há uma miríade de procedimentos tecnológicos existentes e disponíveis. Além disso, para cada sistema operacional ou dispositivo, podem ser concebidos procedimentos específicos, que exploram vulnerabilidades próprias. O rápido avanço da tecnologia traz novos dispositivos e aplicações a cada dia – não se precisa dizer que o processo legislativo jamais acompanharia esse ritmo. Igualmente assim é nos casos de coleta remota de dados armazenados.

O processo penal não chega – e nem deve chegar – às minúcias técnicas dos meios de obtenção de prova que exigem conhecimento especializado. Comparativamente, no que diz respeito aos meios de prova, não regulamenta o Código de Processo Penal os métodos para coleta e análise de vestígios biológicos ou para a realização de *perícias de reconhecimento de voz*. O problema aqui posto, nesse diapasão, assemelha-se ao das perícias técnicas – pela peculiaridade dos métodos especializados, a lei não pode mais do que prever as regras gerais, sem a possibilidade de impor procedimentos particulares de execução.⁵⁵

Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 30.

⁵⁵ Assim, parte Scarance Fernandes do seguinte questionamento: “a análise da tipicidade da perícia abrange a necessidade de regulamentação legislativa da metodologia a ser utilizada?”. E responde, citando parcialmente lições de Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivhay Badaró: “No Brasil há regras gerais para as perícias e algumas delas estão reguladas de forma destacada: autópsia, exame de lesões corporais, exame do local do crime [...]. Nesses casos há regras genéricas sobre as perícias, em especial sobre seu objeto, *sem que haja, contudo, uma disciplina específica sobre o procedimento a ser adotado [...]*. Perícias importantes não estão previstas no Código de Processo Penal: perícia de voz para a comprovação da autoria

Sabe-se que os meios de obtenção de prova implicam restrição ou ameaça a direitos fundamentais e, portanto, a regra é que as *hipóteses* e os *limites* em que se permite sua utilização sejam bem delineados.⁵⁶ Esse critério está satisfeito, pelo que consta da Lei n. 9.296/1996 e pela aplicação dos parâmetros estudados nos tópicos antecedentes. O procedimento de interceptação das comunicações telemáticas encontra normas gerais claras na Lei n. 9.296/1996. Metodologias técnicas para a execução da medida podem ser manejadas diretamente pela autoridade que preside o procedimento investigatório, valendo-se de corpo técnico próprio dos órgãos de Estado. Não se trata, portanto, de prova atípica.

Em relação à quebra de sigilo de dados comunicacionais por meio de acesso remoto, a despeito da inexistência de previsão legal específica, trata-se de meio de obtenção de forma perfeitamente admissível. Não faz qualquer sentido admitir a busca e apreensão física do dispositivo ou servidor de armazenamento e proscrever a busca remota. A apreensão física pressupõe acesso corpóreo ao suporte eletrônico, o que normalmente demanda violação de domicílio e, mais gravemente, priva o investigado do acesso aos seus próprios dados, pois se perde o suporte original de armazenamento, que fica sob a custódia do Estado a partir da execução da diligência de busca e apreensão. A coleta remota, por outro lado, pode ocorrer de forma sigilosa, sem necessidade de acesso a espaços constitucionalmente protegidos pela inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI, CF) e sem privar o titular dos dados de acessá-los.

Prepondera, aqui, a lógica defendida por Aury Lopes Júnior. Meios atípicos⁵⁷ de prova – ainda que não previstos na legislação processual penal – podem ser excepcionalmente admitidos, desde que não haja ofensa a limites constitucionais e processuais penais da prova.⁵⁸ É justamente esse o caso, haja

do diálogo objeto de interceptação telefônica, exame de DNA para a comparação de material genético [...], *perícias em discos rígidos nos crimes cometidos pela internet*. Em todos esses casos, seguem-se as regras gerais do Código sobre perícias e, em especial, as referentes ao exame de corpo de delito". Mais à frente, conclui: "Ante o desenvolvimento tecnológico e as novas técnicas de investigação, surge a necessidade de realização de perícias não reguladas" (FERNANDES, 2011, p. 18, 19 e 40, grifo nosso).

⁵⁶ FERNANDES, 2011, p. 29.

⁵⁷ Embora o autor nesse ponto refira-se à "prova inominada", assim entendida como a prova que não encontra previsão legal, tem-se que toda prova inominada é também atípica; porém, nem toda prova atípica é inominada, pois pode haver previsão legal do meio de prova, sem regulamentação de procedimento.

⁵⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1. p. 571.

vista que os recortes constitucionais e legais aplicáveis à matéria foram precisamente expostos nos tópicos antecedentes. Não há maior restrição na obtenção remota de dados armazenados do que na apreensão física do dispositivo de armazenamento. O que não se pode aceitar é a suposta invocação de prova atípica para burlar os procedimentos legais já existentes.⁵⁹

De todo modo, a coleta remota de dados pressupõe autorização judicial expressa nesse sentido, não podendo ser executada como sucedâneo de mandado de busca e apreensão do suporte físico.⁶⁰ Concedida a autorização judicial, o efetivo acesso remoto a servidores de armazenamento ou dispositivos, assim como ocorre com a captação de dados em interceptação telemática, será um procedimento técnico de coleta de vestígios, que deve observar os arts. 158 e 159 do Código de Processo Penal.⁶¹ Exige-se a manipulação dos dados digitais de forma especializada, para garantia de autenticidade e integridade da prova.

As técnicas empregadas concretamente podem ser objeto de impugnação pela parte interessada no exercício do contraditório diferido. As impugnações podem se referir, inclusive, à ausência de garantias de autenticidade e integridade da prova digital produzida, valendo-se a defesa do auxílio eventual de assistentes técnicos. Suscitando-se dúvidas razoáveis sobre a autenticidade, o magistrado deve avaliar o impacto das vulnerabilidades do método empregado na fase de valoração da prova.

Contudo, se os vícios forem tão grandes a ponto de inexistir qualquer garantia de autenticidade ou integridade da prova digital, haverá ofensa ao próprio contraditório, não mero vício de cadeia de custódia. Não se

⁵⁹ “*La prova atípica mira a consentire l’impiego di strumenti non disciplinati dalla legge, ma non può valere a eludere la disciplina legale – semplificandone o escludendone le forme – quando questa esiste*” (TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 428).

⁶⁰ Nesse sentido: COSTA, Helena Regina Lobo da; LEONARDI, Marcel. Busca e apreensão e acesso remoto a dados em servidores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 203-223, jan.-fev. 2011. Parece que os autores, no entanto, entendem que a coleta de dados armazenados em servidores encontra sua tipicidade, enquanto meio de obtenção de prova, na própria regulamentação processual penal da busca e apreensão (art. 240 ss., CPP). Ocorre que a quebra de sigilo de dados armazenados, com coleta remota, apresenta características peculiares que a tornam um meio de obtenção de prova distinto.

⁶¹ Referindo-se genericamente ao procedimento de “extração” dos elementos de prova digital: “A prova pode ser apresentada em juízo, como os documentos, ou pode ser objeto de perícia, quando se mostrar necessário recorrer a conhecimentos técnicos específicos para a extração dos elementos de prova” (VAZ, 2012, p. 80).

pode exercer da maneira minimamente razoável o contraditório deferido se não há segurança alguma em métodos empregados de forma amadora por agentes do Estado.

Nesses termos, tem-se que é possível a execução de interceptação telemática e de quebra de sigilo de dados armazenados em servidores ou dispositivos, por acesso remoto direto pelo órgão de persecução penal, desde que observados os requisitos para as medidas, especialmente a expedição de mandado judicial que as autorize expressamente.

A decisão judicial deve, ainda, indicar a forma de execução da diligência, conforme apontamentos feitos no requerimento formulado pelo Ministério Público ou na representação policial (art. 5º da Lei n. 9.296/1996). A referência aos métodos a serem empregados permite o controle adequado da execução das medidas pelo Poder Judiciário e um contraditório pleno.

7 · TÉCNICAS DE ACESSO REMOTO A DISPOSITIVOS E SERVIDORES DE ARMAZENAMENTO DE DADOS

Avaliada a possibilidade técnica de os órgãos de persecução penal realizarem atos de interceptação telemática e coleta remota de dados estáticos independentemente de cooperação das empresas de tecnologia, cabe analisar brevemente como essas técnicas poderiam ser operadas.

Tomemos como exemplo, primeiro, possíveis técnicas de monitoramento em tempo real de aparelhos de telefonia móvel. Há ordenamentos jurídicos e doutrinadores que diferenciam as medidas de interceptação telemática e de “infiltração em sistema informático” para monitoramento do sistema, com visualização de todas as ações praticadas e possibilidade de cópia de dados.⁶²

Há, de fato, uma distinção básica. Na interceptação, como já esclarecido acima, há desvio do dado comunicacional, que chega ao destino original e, paralelamente, ao terminal apontado pela autoridade de persecução penal. Por sua vez, na “infiltração” ou “invasão de sistema”, os dados são coletados na própria unidade de destino da comunicação visada pelo remetente da comunicação. O operador da invasão, de forma oculta, infiltra-se no dispositivo para monitorar e registrar a ação do usuário, enquanto este recebe e envia dados.

⁶² VAZ, 2012, p. 94-95.

Teoricamente, quem “invade” o sistema pode se investir de poderes maiores, ganhando autonomia para introduzir e excluir dados. Por isso, a invasão não serviria, a princípio, para a produção de provas penais, dada a ausência de garantias mínimas sobre a autenticidade da prova. Nada impede, contudo, que se desenvolva uma plataforma que torne as ações do agente de Estado completamente rastreáveis no curso de uma invasão. A medida, assim, demandaria o auxílio de um software auditável, que poderia equiparar o resultado da técnica ao que seria obtido por meio de interceptação telemática. Bastaria limitar a atuação do invasor, restringindo-a a um papel passivo de coleta monitorada de dados.

Exemplificativamente, com auxílio de mecanismo de *screen recorder* ou similar, o agente poderia ter acesso às comunicações em tempo real. Para se alcançar esse estado de coisas, contudo, haveria antes de se permitir a instalação de um malware⁶³ no dispositivo visado – uma modificação no sistema, pela introdução de um código malicioso. Isso já demandaria autorização judicial, por materializar a execução de técnica capaz de afetar o direito à privacidade. A partir desse ponto, o monitoramento remoto do aparelho se tornaria viável.

Denomina-se jailbreak o procedimento adotado para assumir o controle total de um dispositivo sobre a plataforma iOS, explorando e gerando vulnerabilidades. O jailbreak supera restrições de segurança que a Apple impõe aos dispositivos que funcionam com sistema iOS. Como resultado, as configurações de fábrica podem ser alteradas para permitir acesso remoto, bem como a instalação de aplicativos e extensões não reconhecidos como confiáveis pelo sistema operacional.⁶⁴

Procedimentos de jailbreak podem ser conduzidos mediante a posse física do dispositivo, durante a inicialização, ou de forma remota, pela inserção de exploits⁶⁵ no equipamento. Exemplificativamente, a última técnica

⁶³ Gênero de softwares maliciosos que podem ser empregados em investigação criminal para captar e transmitir dados do smartphone, em tempo real, aos órgãos de persecução penal: “Il monitoraggio occulto è possibile attraverso programmi malware, cioè software in grado di captare i dati e di trasmetterli, in tempo reale o ad intervalli prestabiliti, agli organi di investigazione” (TONINI; CONTI, 2014, p. 480).

⁶⁴ MCCLURE, Stuart; SCAMBRAJ, Joel; KURTZ, George. *Hackers expostos: segredos e soluções para a segurança de redes*. 7. ed. Trad: João Eduardo Nóbrega Tortello. Porto Alegre: Bookman, 2014. p. 598.

⁶⁵ Uma espécie de malware – software malicioso – concebido para explorar as vulnerabilidades de um dispositivo. Usualmente, empregado para viabilizar o acesso não autorizado a sistemas.

pode ser operacionalizada por meio da criação de um documento em PDF, com código malicioso oculto, a ser remetido ao usuário com uma história de cobertura que seja capaz de induzi-lo a abrir o arquivo.⁶⁶

Procedimentos semelhantes podem ser adotados em dispositivos móveis que operam com a plataforma Android. Nesse caso, porém, o termo técnico jailbreak costuma ser substituído por root ou rooting.⁶⁷ Assim como o paralelo jailbreak, o acesso de root contorna medidas de segurança do sistema operacional, o que viabiliza a execução de códigos maliciosos sem o consentimento do usuário.

Se o Estado desenvolver ou contratar software que registre perfeitamente essas atividades, não haveria inviabilidade teórica para sua execução, já que o resultado, pela imposição de uma posição passiva ao agente de investigação, seria equivalente a uma muito eficiente interceptação telemática. Reitere-se, haveria necessidade de se registrarem todas as ações individuais do agente, que deveria estar desrido de poderes para manipulações quaisquer. Por isso, considerado o resultado dessa espécie de técnica – coleta de dados por monitoramento em tempo real – na praxe forense italiana, tais técnicas são submetidas ao regramento normativo das interceptações telemáticas.⁶⁸

Eventuais ações positivas permitidas ao agente de Estado demandariam análise muito criteriosa por parte do juiz da causa, que precisaria se

⁶⁶ Sobre métodos de envio remoto de malwares, também Paolo Tonini e Carlotta Conti anotam a possibilidade de ocultação de programas camuflados em mensagens de SMS ou e-mails, por exemplo, para que o próprio usuário, induzido em erro, promova a instalação que viabilizará a técnica investigativa: “*In particolare, ci si riferisce ai c.d keylogger software, inseriti nel sistema informatico dell’utente, da remoto, attraverso l’invio di virus trojan, cioè programmi camouflati da innocui sms, email o applicazione di aggiornamento, instalati inavvertitamente dall’ignaro destinatario*” (TONINI; CONTI, 2014, p. 480).

⁶⁷ “O fato de o Android ter código-fonte aberto não significa que o usuário de um novo dispositivo Android tem total acesso ao sistema. Alguns aplicativos, dados e configurações apresentam restrições impostas pelo fabricante ou pelo provedor para proteger componentes críticos do sistema, e a única maneira de ter acesso a isso é fazendo root no Android [...]. O processo de ‘fazer root’ consiste em um ataque de elevação de privilégio, no qual, após a exploração de uma vulnerabilidade, o usuário ganha direitos administrativos no sistema.” (MCCLURE; SCAMBRAY; KURTZ, 2014, p. 598).

⁶⁸ “*Talle attività, nella prassi, viene fatta rientrare nello schema tipico delle intercettazioni telematiche*” (TONINI; CONTI, 2014, p. 480).

preocupar com a perfeita adequação da medida aos meios de obtenção de prova previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Por exemplo, a abertura do microfone do smartphone sem consentimento do usuá-
rio, para fins de captação do som ambiente, amolda-se perfeitamente à medida do art. 8º-A da Lei n. 9.296/1996. Isso não se confunde com interceptação telemática e demanda uma atuação positiva do agente de Estado. Ação nesse sentido, desacompanhada de autorização judicial específica, ainda que no curso de “interceptação telemática”, caracteriza o crime previsto no art. 10-A da Lei n. 9.296/1996.⁶⁹

Diversamente, se pelo acesso remoto o agente de Estado se limitar a coletar dados já armazenados (fotografias, backup de mensagens etc.), haverá mera quebra de sigilo de dados pretéritos, sem acompanhamento em tempo real, tornando-se imprópria a equiparação à interceptação telemática. A autenticidade dos dados coletados poderia ser aferida pelo registro da data de acesso pelo agente estatal. Comparando-se essa informação com os metadados dos arquivos coletados, é possível demonstrar a inexistência de qualquer modificação posterior à coleta. Se os arquivos digitais e suas eventuais modificações forem comprovadamente anteriores ao acesso, serão autênticos.

No direito comparado, o emprego de técnicas dessa natureza já é realidade. Em caso apreciado pela *Corte di Cassazione* italiana em 2010, os agentes de persecução penal conseguiram acessar remotamente dispositivo informático, por meio do emprego de software malicioso. Com o acesso, promoveram uma cópia dos dados estáticos encontrados. Como não houve monitoramento em tempo real de comunicações, restou afastada a disciplina de interceptação de comunicações telemáticas e a Corte considerou lícito o emprego do meio de obtenção de prova, que foi manejado com a necessária autorização judicial.⁷⁰

⁶⁹ “Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.” (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019).

⁷⁰ ATERNO, Stefano. Il captatore informatico tra esigenze investigative e limitazione della privacy: un bilanciamento necessario e urgente. *Diritto Penal e Informática*, set. 2017. Disponível em: http://www.dirittopenaleinformatica.it/wp-content/uploads/2017/12/Captatore-privacy-e-diritti-di-difesa_bilanciamenti_SeG_III_ATERNO_prima-parte_settembre-2017.pdf. Acesso em: 25 mar. 2022. A decisão não está livre de críticas, especialmente porque, no caso concreto, houve autorização para acesso periódico ao suporte de armazenamento, coletando-se, a cada vez,

Nos Estados Unidos, no *PlayPen Case*, os órgãos de investigação criminal assumiram controle de um sítio de distribuição de pornografia infantil, contaminaram os arquivos com malwares de monitoramento e permitiram a continuidade da operação. Usuários – autores de crimes de pornografia infantil na internet – fizeram downloads de imagens compartilhadas e foram, assim, identificados. Não houve postura de induzimento de ação por parte dos agentes do Estado.⁷¹ E não se trata do único caso. Na prática estadunidense, as técnicas de investigação digital que independem de cooperação das empresas de tecnologia, com precauções para preservação da autenticidade das provas produzidas, estão bastante difundidas.

O caso americano é criticável pela extensão da medida, com potencial para atingir milhares de usuários por meio de um único mandado judicial. No entanto, a técnica de investigação consolidou-se na prática forense e vem passando por aperfeiçoamentos constantes.

Posta a possibilidade teórica neste capítulo de assim se proceder no direito brasileiro, restam preocupações com garantias de autenticidade da prova digital. Em caso recente, o STJ considerou ilegal decisão judicial que determinou a operadora de telefonia móvel o fornecimento de SIM Card à Polícia para instalação do aplicativo WhatsApp no telefone do órgão do Estado, como se do investigado fosse. A medida implicaria diversos efeitos colaterais. Primeiro, o aplicativo não seria meramente “espelhado” no dispositivo utilizado na investigação; haveria substituição do acesso do usuário pelo do Estado. Com isso, o investigador poderia atuar como se fosse o próprio usuário, trocando mensagens com os interlocutores, fabricando provas. Não havia software de apoio para a execução rastreável da técnica proposta. E, com o usuário legítimo desconectado, apenas as mensagens *recebidas* seriam interceptadas, o que tornaria o procedimento imprestável para uma interceptação eficiente.

Igualmente, a técnica não permitiria o acesso ao backup de conversas, o que poderia legitimar uma quebra de sigilo de dados comunicacionais estáticos, para fins de obtenção de conversas pretéritas, em relação às quais haveria segurança de origem e autenticidade. Afinal, com o acesso e cópia imediata, não seria possível manipular os dados estáticos obtidos. No caso concreto, entretanto, a técnica se mostrava ineficaz e perigosa

novos dados salvos no período. Assim, haveria interceptação ou, como prefere Stefano Aterno, prova atípica.

⁷¹ OHM, Paul. The investigative dynamics of the use of malware by law enforcement. *William & Mary Bill of Rights Journal*, Virginia, vol. 26, Issue 2, p. 303-335, dez. 2017.

quanto à autenticidade dos dados, razão pela qual decidiu com acerto o Superior Tribunal de Justiça.⁷²

Situação diversa ocorreria se o órgão de Estado conseguisse demonstrar a possibilidade de promover *duplicação* de conta, com mero espelhamento passivo – para fins de interceptação telemática – ou com acesso a dados estáticos contidos em backup, os quais poderiam ser acessados e copiados sem modificação e com geração de código *hash* para preservação de autenticidade.

O que se nota é que a atuação direta dos órgãos de persecução penal na coleta de prova digital viabiliza uma miríade de novas técnicas de investigação. Nos casos concretos, o magistrado deve avaliar sempre se a técnica proposta é viável, considerando: 1) como o procedimento se qualifica juridicamente (se trata-se de interceptação de comunicações

⁷² “[...] No mais, a ordem judicial, endereçada à concessionária de telefonia, consistiu na determinação de viabilizar à autoridade policial a utilização de ‘SIMCARD’ (cartão ‘SIM’, sigla em inglês da expressão Subscriber Identity Module – módulo de identificação do assinante –, comumente referido no Brasil como ‘chip’), em substituição ao do aparelho celular do usuário investigado, ‘pelo prazo de 15 (quinze) dias e a critério da autoridade policial, em horários previamente indicados, inclusive de madrugada’.

6. Pretendeu-se que a operadora de telefonia, quando acionada, habilitasse o chip do agente investigador, em substituição ao do usuário, a critério da autoridade policial, que teria pleno acesso, em tempo real, às chamadas e mensagens transmitidas para a linha originária, inclusive via WhatsApp.

7. A ação, se implementada, permitiria aos investigadores acesso irrestrito a todas as conversas por meio do WhatsApp, inclusive com a possibilidade de envio de novas mensagens e a exclusão de outras.

Se não bastasse, eventual exclusão de mensagem enviada ou de mensagem recebida não deixaria absolutamente nenhum vestígio e, por conseguinte, não poderia jamais ser recuperada para servir de prova em processo penal, tendo em vista que, em razão da própria característica do serviço, feito por meio de encriptação ponta a ponta, a operadora não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários.

8. Ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas travadas entre o alvo interceptado e terceiros, na troca do chip habilitado, o agente do estado tem a possibilidade de atuar como participante das conversas, podendo interagir diretamente com seus interlocutores, enviando novas mensagens a qualquer contato inserido no celular, além de poder também excluir, com total liberdade, e sem deixar vestígios, as mensagens no WhatsApp. E, nesse interregno, o usuário ficaria com todos seus serviços de telefonia suspensos.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.” (BRASIL. STJ. Sexta Turma. REsp 1.806.792/SP. Relatora: Min. Laurita Vaz, julg. 11.5.2021, Dje 25 maio 2021).

telemáticas ou de acesso a dados estáticos); 2) preenchidos os requisitos legais, como será executada a medida; 3) como se garantem a autenticidade e a integridade dos dados eventualmente coletados; e 4) se o contraditório deferido restará assegurado.

8 · MEIOS DE COERÇÃO INDIRETA: POSSIBILIDADES E LIMITES

Além da execução direta de medidas de quebra de sigilo telemático e de interceptação telemática, apresentam-se como uma eficaz alternativa à resistência das big techs medidas judiciais de coerção indireta.

Em caso de descumprimento de decisões judiciais que determinem a entrega de informações em decorrência de decisões judiciais brasileiras em quebras de sigilo de dados telemáticos, mostra-se cabível a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei n. 12.965/2014 às empresas de tecnologia: a) advertência; b) multa de até 10% do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; c) suspensão temporária das atividades; e d) proibição do exercício de atividades.

Por força do art. 10, § 2º, c.c. o art. 12 da Lei, as sanções são cabíveis nos casos de desobediência às determinações de interceptação telemática e nos casos de resistência à entrega de dados comunicacionais estáticos.

Em relação à interceptação telemática, o art. 7º da Lei n. 9.296/1996 prevê que o presidente do procedimento investigatório poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público. Dentro das limitações técnicas possíveis, o dispositivo deve ser aplicado por analogia aos provedores de serviços de comunicação que operem em território nacional, de modo que o não atendimento também sujeita a empresa de tecnologia ao regime sancionatório referido.

9 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, podem-se extrair sinteticamente as seguintes conclusões:

1 – As medidas de “interceptação de comunicações” telefônicas ou telemáticas não se confundem com pesquisa e coleta de dados comunicacionais estáticos ou armazenados – técnica que caracteriza “quebra de sigilo de dados”. O regime jurídico aplicável à proteção e à interceptação

dos fluxos comunicacionais difere do complexo normativo que tutela os conteúdos armazenados, autorizando seu excepcional acesso.

2 – As medidas de interceptação das comunicações se caracterizam pela intervenção de um terceiro, que desvia, em tempo real e sem o conhecimento dos interlocutores, o conteúdo de mensagens representadas por sons ou símbolos, registrando-os para fins de prova.

3 – Enquanto o desvio da comunicação é o meio de obtenção de prova – ou seja, a própria interceptação telefônica –, somente o registro do diálogo se caracterizará como meio de prova, materializando a evidência para sua introdução no processo a título de prova documental.

4 – Diversamente, há os chamados dados “estáticos”, armazenados em qualquer meio de suporte – dispositivos ou servidores. Como esses dados estão inertes, não ficam sujeitos à interceptação, somente à coleta pelo acesso, físico ou remoto, ao próprio dispositivo ou servidor de guarda.

5 – Dados estáticos podem ou não ter caráter comunicacional, assim entendidos aqueles que revelam as interações do titular com seus interlocutores. Em relação a computadores e telefones móveis, deve existir uma presunção absoluta, imposta pelas máximas de experiência, de que os dados informáticos associados ao usuário possuem natureza comunicacional.

6 – Os requisitos legais para a obtenção de dados de conexão ou de acesso a aplicações de internet, bem como dados pessoais não comunicacionais associados, são extraídos do art. 10, § 1º, c.c. o art. 22, da Lei n. 12.965/2014. Essas normas não se aplicam aos dados estáticos de caráter comunicacional.

7 – Em relação às comunicações armazenadas, a Lei n. 12.965/2014 não traz clara regulamentação dos requisitos para quebra de sigilo. Há obscuridade legal nesse ponto, pois existe previsão de que decisão judicial pode determinar o acesso às comunicações armazenadas (art. 10, § 2º), mas, diferentemente do que ocorre em relação às outras espécies de dados estáticos e às comunicações em fluxo, não se encontram nessa lei os requisitos para a medida. De todo modo, deve-se entender pela possibilidade de acesso a dados armazenados, mesmo os de caráter comunicacional, com base no princípio da proporcionalidade ou com afirmação de justa causa.

8 – Para a decretação da medida, aplicam-se os requisitos típicos do regime de cautelaridade – *fumus comissi delicti* e *periculum in mora*. Necessita-se, portanto, de elementos que evidenciem a existência de crime e que indiquem a possibilidade de o dispositivo, conta ou servidor de armazenamento

visado deterem elementos que interessem à investigação criminal, o que também demonstrará a pertinência da prova. Deve o juiz, ademais, avaliar a *necessidade* e a *adequação* da providência probatória.

9 – Considera-se *necessária* a medida quando não houver outro meio, menos gravoso, para a consecução dos objetivos visados. O acesso remoto ao conteúdo de dispositivos ou servidores de armazenamento permite o contínuo andamento de investigações criminais, com preservação dos elementos de convicção, sem que se prejudique o sigilo do feito. Assim, sempre que for indispensável o prosseguimento sigiloso das investigações, a quebra de sigilo de dados telemáticos por acesso remoto se constituirá como medida *necessária*, pois não pode ser substituída por técnicas ostensivas, como a busca e apreensão da base física de armazenamento. Além disso, o acesso às bases físicas normalmente envolve violação de domicílio, impondo restrição ainda mais severa aos direitos do imputado.

10 – A medida será igualmente *adeuada* quando proporcionar o efetivo acesso ao conteúdo de comunicações que não poderiam de outra forma ser conhecidas. Usualmente, dados comunicacionais são armazenados em dispositivos e servidores juntamente com as respectivas chaves de descriptografia, permitindo que se enxerguem os diálogos. Trata-se de uma *vulnerabilidade* que dificilmente pode ser contornada, pois a criptografia em espaços de armazenamento impediria ou dificultaria demasiadamente o acesso posterior pela maioria dos usuários a suas próprias comunicações. Logo, a quebra de sigilo de dados telemáticos por acesso remoto é eficaz para fins de investigação criminal e instrução processual penal – portanto *adeuada* à atividade probatória – quando for apta a contornar dificuldades geradas pelos modernos sistemas de encriptação.

11 – Não é tecnicamente possível promover um recorte temporal do alcance da quebra de sigilo de dados comunicacionais armazenados, não se aplicando o art. 22, III, da Lei n. 12.965/2014, tampouco o art. 5º da Lei n. 9.296/1996.

12 – Caso haja resistência das empresas de tecnologia, tanto a interceptação de comunicação de dados quanto a coleta remota de dados comunicacionais armazenados podem, do ponto de vista normativo, ocorrer por atuação direta da autoridade que preside o procedimento investigatório. Concedida a autorização judicial, o efetivo acesso remoto a servidores de armazenamento ou dispositivos, assim como ocorre com a captação de dados em interceptação telemática, será um procedimento técnico de coleta de vestígios, que deve observar os arts. 158 e 159 do Código

de Processo Penal.⁷³ Exige-se a manipulação dos dados digitais de forma especializada, para garantia de autenticidade e integridade da prova.

13 – As técnicas empregadas concretamente podem ser objeto de impugnação pela parte interessada no exercício do contraditório diferido. As impugnações podem se referir, inclusive, à ausência de garantias de autenticidade e integridade da prova digital produzida, valendo-se a defesa do auxílio eventual de assistentes técnicos. Suscitando-se dúvidas razoáveis sobre a autenticidade, o magistrado deve avaliar o impacto das vulnerabilidades do método empregado na fase de valoração da prova, ressalvados os casos em que for inviabilizado o próprio contraditório, o que caracterizará nulidade.

14 – Em todo caso, a decisão judicial deve indicar a forma de execução da diligência, conforme apontamentos feitos no requerimento formulado pelo Ministério Público ou na representação policial (art. 5º da Lei n. 9.296/1996). A referência aos métodos a serem empregados permite o controle adequado da execução das medidas pelo Poder Judiciário e um contraditório pleno.

15 – Para promover a execução direta dessas medidas, a autoridade de persecução penal pode se valer de diferentes métodos de informática disponíveis, que não comportam previsão legislativa. Quanto a esse ponto, há ordenamentos jurídicos e doutrinadores que diferenciam as medidas de interceptação telemática e de “infiltração em sistema informático” para monitoramento do sistema, com visualização de todas as ações praticadas e possibilidade de cópia de dados. Teoricamente, quem “invade” o sistema pode se investir de poderes maiores, ganhando autonomia para introduzir e excluir dados. Por isso, a invasão não serviria, a princípio, para a produção de provas penais, dada a ausência de garantias mínimas sobre a autenticidade da prova. Cautelas específicas, contudo, poderiam garantir o perfeito monitoramento dos órgãos de persecução penal, tornando a medida viável.

16 – No direito comparado, há precedentes que viabilizam o acesso a dados digitais por atuação direta da autoridade de persecução penal pelo uso de malwares. No contexto em que isso seja possível para acesso

⁷³ Referindo-se genericamente ao procedimento de “extração” dos elementos de prova digital: “A prova pode ser apresentada em juízo, como os documentos, ou pode ser objeto de perícia, quando se mostrar necessário recorrer a conhecimentos técnicos específicos para a extração dos elementos de prova” (VAZ, 2012, p. 80).

remoto a dispositivo, eventuais ações positivas permitidas ao agente de Estado demandariam análise muito criteriosa por parte do juiz da causa, que precisaria se preocupar com a perfeita adequação da medida aos meios de obtenção de prova previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

17 – A invasão de dispositivo informático, com monitoramento em tempo real do fluxo comunicacional e de dados, equipara-se à interceptação telemática. Nesse caso, o agente de investigação deve atuar passivamente, monitorando as atividades do usuário e registrando-as, sem qualquer atuação positiva para introduzir, modificar ou excluir dados. A invasão para mera coleta de dados armazenados, por outro lado, caracteriza mera quebra de sigilo de dados, afastando-se do regime da Lei n. 9.296/1996 e submetendo-se aos critérios de proporcionalidade estudados acima.

18 – Eventuais condutas positivas do agente de Estado no curso da invasão demandam autorização judicial específica e devem se amoldar aos meios de obtenção de prova previstos no direito brasileiro. A “abertura” de microfone do usuário sem o seu consentimento caracterizaria, nesse sentido, captação ambiental, nos moldes do art. 8º-A da Lei n. 9.296/1996. Por se tratar de medida com previsão normativa autônoma, não se confunde com interceptação telemática.

19 – Não se pode considerar que a autorização para monitoramento do dispositivo implica permissão para ativação não consentida de aplicações não tratadas na decisão judicial. Dados já armazenados de *geolocalização*, v.g., podem ser coletados como consectário natural da quebra de sigilo de dados, mas a ativação de GPS para monitoramento em tempo real pressupõe autorização judicial específica, por se equiparar à interceptação telemática (captação de dados em tempo real).

20 – Posta a possibilidade teórica, neste capítulo, de assim se proceder no direito brasileiro, restam preocupações com garantias de autenticidade da prova digital. Nos casos concretos, o magistrado deve avaliar, sempre, se a técnica proposta é viável, considerando: 1) como o procedimento se qualifica juridicamente – se interceptação de comunicações telemáticas ou de acesso a dados estáticos; 2) se preenchidos os requisitos legais, como será executada a medida; 3) como se garantem a autenticidade e a integridade dos dados eventualmente coletados; e 4) se o contraditório diferido restará assegurado.

21 – Em caso de descumprimento de decisões judiciais brasileiras que determinem a entrega de informações em quebras de sigilo de dados

telemáticos, mostra-se cabível a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei n. 12.965/2014 às empresas de tecnologia: a) advertência; b) multa de até 10% do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; c) suspensão temporária das atividades; d) proibição do exercício de atividades.

REFERÊNCIAS

- ATERNO, Stefano. Il captatore informatico tra esigenze investigative e limitazione della privacy: un bilanciamento necessario e urgente. *Diritto Penal e Informática*, set. 2017. Disponível em: http://www.dirittopenaleinformatica.it/wp-content/uploads/2017/12/Captatore-privacy-e-diritti-di-difesa_bilanciamenti_SeG_III_ATERNO_prima-parte_settembre-2017.pdf. Acesso em: 25 mar. 2022.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2019.
- BARGI, Alfredo; FURFARO, Sandro. Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni. In: GAITO, Alfredo. *La prova penale*: le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale. Torino: UTET, 2008. p. 94-109.
- BUFFON, Jaqueline Ana. Algumas considerações sobre a prova telemática. In: SALGADO, Daniel Resende. *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 334-360.
- CONSELHO DA EUROPA. *Convenção sobre o cibercrime*. Conselho da Europa: Budapeste, 2001. Disponível em: <https://rm.coe.int/16802fa428>. Acesso: mar. 2022.
- COSTA, Helena Regina Lobo da; LEONARDI, Marcel. Busca e apreensão e acesso remoto a dados em servidores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 203-223, jan.-fev. 2011.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal*: tipo processual, provas típicas e atípicas: atualizado de acordo com as leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08. Campinas: Millenium, 2008.
- ERICKSON, Jon. *Hacking: the art of exploitation*. 2nd ed. San Francisco: No Starch, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. O polêmico inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. *Justitia*, São Paulo, n. 64, p. 15-23, jul.-dez. 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito – USP*, São Paulo, n. 88, p. 439-459, 1993.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DJP, 2005. p. 303-318.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 17, p. 112-126, jan.-mar. 1997.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. *Meios de busca de provas e inovações tecnológicas: obtenção e tratamento de dados digitais no processo penal*. São Paulo: Max Limonad, 2018.

JESUS, Francisco Marcolino de. *Os meios de obtenção de prova em processo penal*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.

MARTIN, Dennis. Demystifying hash searches. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 70, p. 691-733, fev. 2018.

MCCLURE, Stuart; SCAMBRAY, Joel; KURTZ, George. *Hackers expostos: segredos e soluções para a segurança de redes*. 7. ed. Trad. João Eduardo Nóbrega Tortello. Porto Alegre: Bookman, 2014.

OHM, Paul. The investigative dynamics of the use of malware by law enforcement. *William & Mary Bill of Rights Journal*, Virginia, vol. 26, Issue 2, p. 303-335, dez. 2017.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; PONCE, Paula Pedigoni. Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado: o que permanece e o que deve ser

reconsiderado. *Internet&Sociedade*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 64-90, fev. 2020. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/tercio-sampaio-ferraz-junior-e-sigilo-de-dados-o-direito-a-privacidade-e-os-limites-a-funcao-fiscalizadora-do-estado-o-que-permanece-e-o-que-deve-ser-reconsiderado/#:~:text=Para%20Ferraz%20J%C3%BAnior%2C%20o%20conte%C3%BAdo,sua%20%C3%BAnica%20e%20discricion%C3%A1ria%20decis%C3%A3o%E2%80%9D>. Acesso em: maio 2022.

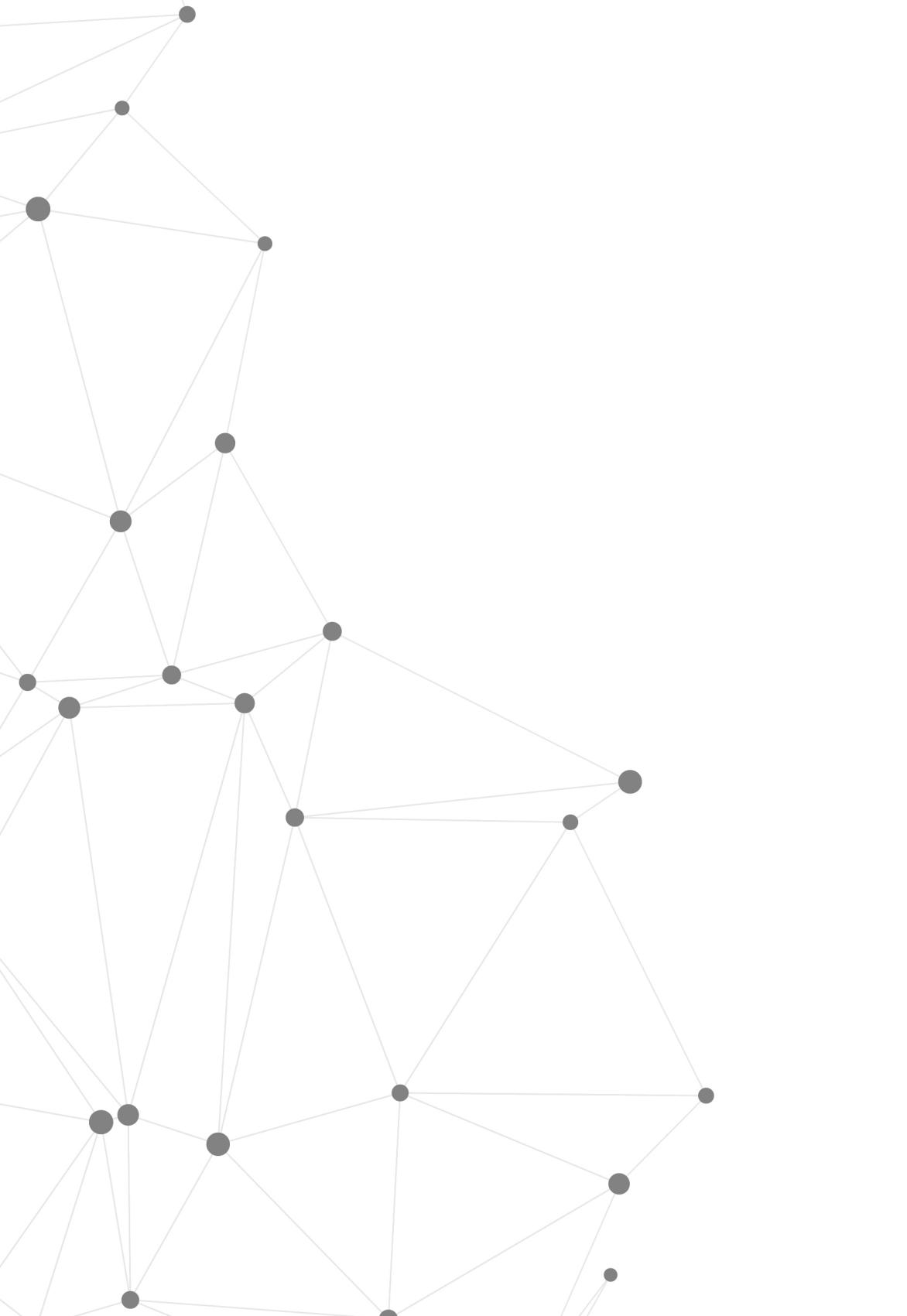
ROCHA, Marcelo. Telegram bloqueia contas do bolsonarista Allan dos Santos após ordem de Moraes. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 26 fev. 2022.

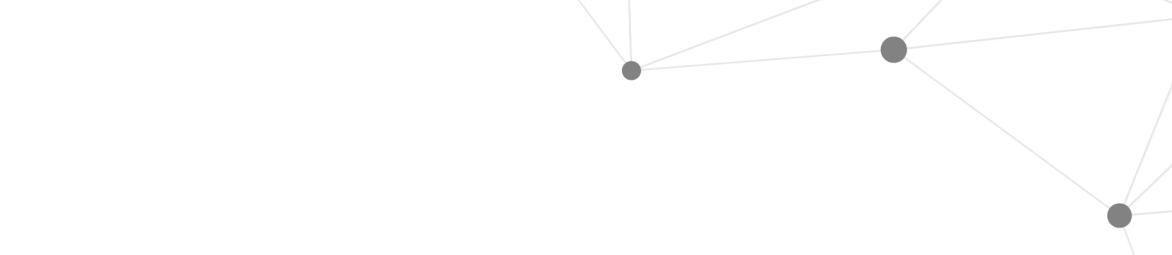
ROCHA, Marcelo. Telegram mantém representante no Brasil há 7 anos enquanto ignora STF e TSE. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19 fev. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/02/telegram-mantem-representante-no-brasil-ha-7-anos-enquanto-ignora-stf-e-tse.shtml>. Acesso em: 12 mar. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Milano: Giuffrè, 2014.

VAZ, Denise Provasi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.





CAPÍTULO 12

QUEBRA TELEMÁTICA DE WHATSAPP E SUA UTILIZAÇÃO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

*Jorge Figueiredo Junior
Fabrício Rabelo Patury*

1 · INTRODUÇÃO

A internet é, nos contornos da sociedade moderna, o mais popular e abrangente dos meios de comunicação, tendo se destacado como importante instrumento democrático de acesso à informação e difusão de dados de toda natureza. Possibilita ainda o compartilhamento em tempo real e a qualquer momento de informações e fatos.

A tecnologia permeou todos os aspectos da interação humana com o mundo, marcando o início da nova Revolução Industrial, denominada de Quarta Revolução Industrial, ou Revolução Industrial 4.0. Esse fenômeno se caracteriza pela chegada dos aplicativos e dos objetos conectados à rede mundial de internet.

Quanto mais conectamos nossas vidas, por meio de smartphones, mídias sociais, internet das coisas, entre outros, mais nossas condutas são ciberneticamente registradas, deixando rastros e provas digitais. Por outro lado, cada vez menos as provas tradicionais são capazes de oferecer subsídios a investigação frente a essa nova realidade.

Se desejamos solucionar ilícitos de forma eficiente, são as provas ciberneticas que precisamos obter, o que somente é possível com o uso das novas técnicas de investigação. A riqueza de informações obtidas por intermédio dessas tecnologias permitiu maior eficácia às ações e estratégias da atividade policial, proporcionando um grande avanço diante dos desafios encarados pela segurança pública.

2 · APlicativo de mensageria WhatsApp

Ao longo de anos as interceptações telefônicas foram uma das principais ferramentas no enfrentamento do crime organizado. Não havia muito desafio, a escuta telefônica era fácil e suficiente, pois nenhuma linha de comunicação era criptografada, exceto as linhas militares.

A evolução dos dispositivos móveis criou um novo panorama mundial. Seja pela praticidade ou até mesmo pela facilidade, tornaram-se ferramentas indispensáveis no dia a dia dos usuários. Assim, em 2009, aplicativos de mensagens alternativos como o WhatsApp foram introduzidos, com mensagens gratuitas e virtualmente ilimitadas em tamanho.

Em 2016, quando o WhatsApp implementou a criptografia de ponta a ponta, uma nova função trouxe proteção para conversas entre usuários, protegendo todos os conteúdos do aplicativo, sejam mensagens de texto, ligações, áudios, vídeos, ou qualquer outro tipo de interação no serviço, inclusive em grupos.

A partir desse momento, um movimento se tornou mais intenso: a migração das ligações telefônicas para as ligações através do WhatsApp. A garantia da privacidade buscada pela grande maioria dos usuários, em especial daqueles que tramitam no mundo do crime, manifestou-se por sua adesão a ligações efetuadas através desse aplicativo de mensageria ou de outros da mesma natureza, diante da impossibilidade da interceptação do seu conteúdo. Criou-se, então, nesse instante uma enorme lacuna no âmbito da investigação criminal, um desafio a ser encarado sob pena de ver prosperar de forma exponencial a criminalidade.

3 · INVESTIGAÇÃO CRIMINAL TECNOLÓGICA

A internet das coisas e os aplicativos representam o maior banco de dados gerados por seus usuários diariamente; logo, a realidade de hoje não é a mesma de ontem nem será a mesma de amanhã. Essa evolução constante se encontra em toda parte, visto que tudo tem inteligência e está interconectado. Esse volume de dados pode ser transformado em informação e, ao final, embasar produção de conhecimento.

Os aplicativos precisam de acesso a dados pessoais para cumprir suas funcionalidades. Portanto, acessam, coletam e retêm uma enorme quantidade de informações, como mostra a Política de Privacidade do WhatsApp.¹ Assim, quando o usuário instala um aplicativo ou uma atua-

¹ POLÍTICA de privacidade do WhatsApp. *WhatsApp*, [S. l.], 4 jan. 2021. Disponível em: <https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy>. Acesso em: fev. 2022.

lização na loja virtual, por exemplo, recebe um pop-up listando todas as permissões necessárias. Isso pode incluir permissões para acessar mensagens, registros telefônicos, arquivos, contatos, localização, histórico de navegação, e-mail, informações de pagamento, entre outras.

As empresas, através de um documento de transparência (política de privacidade), uma espécie de contrato, já informam ao usuário os dados que são coletados na busca de uma relação transparente. Basicamente, especifica todos os direitos, garantias, formas de uso, dados recolhidos, processamento e descarte de informações pessoais.²

Com a necessidade de produção de conhecimento de forma mais rápida, o trabalho policial passou a fazer uso das informações produzidas através dessas tecnologias disruptivas como forma de otimizar os resultados dentro da investigação criminal.

4 · DO AMPARO LEGAL E DA INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA

Dentro desse ambiente tecnológico, órgãos de segurança pública identificaram novas possibilidades de afastamento de sigilo nas empresas de tecnologia. Mas para isso buscaram amparo legal, já que a legislação brasileira permitiu avançarem nesse sentido, a partir do momento que possibilitou o acesso por requisição aos registros de acessos e aplicações de internet (dados formais que circundam os dados de conteúdo, estes sim materiais).

Entre as legislações referentes à requisição de dados cadastrais, podemos citar as seguintes: Lei n. 12.965/2014 – Marco Civil da Internet (art. 10, § 3º); Lei n. 9.613/1998 – Lavagem de Capitais (art. 17-B); Lei n. 12.850/2013 – Crime Organizado (art. 15); Lei n. 12.830/2013 – Investigação Criminal (art. 2º, § 2º); e Lei n. 13.344/2016 – Tráfico de Pessoas.

Em se tratando do WhatsApp, feita a requisição, serão fornecidas informações sobre a data e a hora da criação da conta/perfil, o IP de criação, a versão do aplicativo, os dados do dispositivo eletrônico e seu sistema operacional, além do e-mail, quando habilitada a verificação em duas etapas.

A Lei n. 12.965/2014 – Marco Civil da Internet –, ainda com mais propriedade, é utilizada para subsidiar cautelar de afastamento de sigilo

² PARANHOS, Felipe. O que é política de privacidade ou termos de segurança? *Oficina da Net*, Santa Cruz do Sul, 11 nov. 2013. Disponível em: <https://www.oficinadanet.com.br/post/11863-o-que-e-politica-de-privacidade-ou-termos-de-seguranca>. Acesso em: mar. 2022.

de registro de acesso e aplicações de internet. Nesse caso, mediante ordem judicial, o leque de informações fornecidas ganha maior amplitude, sendo possível obter mais dados, os quais podem ser baseados na Política de Privacidade do WhatsApp:³

1. histórico de informações dos SIM cards;
2. informações sobre conexão e uso de cliente web, bem como data e hora da última conexão;
3. logs de acesso realizado, contendo protocolos de internet (IPs) de criação e conexão no período de interesse, além de data, horário e padrão de fuso horário, informando a porta lógica quando estiver logado;
4. perfil do usuário com foto;
5. relação de todos os contatos com seus respectivos números de telefones e fotos, bem como agenda de contatos simétricos e assimétricos;
6. determinação de que sejam fornecidos dados dos grupos, data de criação, descrição, identificador do grupo (Group-ID), incluindo lista de integrantes de quaisquer dos grupos listados, indicação dos usuários que criaram os grupos e seus respectivos administradores, entre outras informações.

No caso em especial do WhatsApp, é ainda possível obter, mediante ordem judicial, os extratos qualificados dos registros das mensagens trocadas pelo usuário associado ao número de telefone móvel indicado (uma espécie de bilhetagem). É importante observar alguns detalhes dessa medida:

1. Não se tem acesso ao conteúdo das mensagens trocadas, apenas aos registros permutados (aspectos formais).
2. Não se terá acesso on-line da comunicação (fluxo dos dados), mas sim a um extrato gerado a cada 24 horas (ou seja, será recebido o extrato das mensagens de ontem hoje, as de hoje amanhã e assim por diante), contados da data de implementação da medida até os quinze dias seguintes a esta.
3. Só é possível obter os dados para o futuro, ou seja, da implementação em diante (não é possível obter os registros pretéritos).

Em que pese não termos acesso ao conteúdo em razão da criptografia, são fornecidas informações de suma importância que contribuirão por

³ POLÍTICA, 2021.

demais na investigação. Entre todas as anteriores possíveis de serem solicitadas, destacam-se as seguintes:

1. informações sobre remetente, número do telefone do destinatário, data, hora e fuso horário das mensagens;
2. registro de conexão de ambos os interlocutores, listando o endereçamento do IP de cada uma das trocas de mensagem, e, no caso da interceptação telemática, esta sempre virá com a porta lógica em razão do *status* de conexão “on-line”;
3. tipo de mensagem trocada entre os interlocutores, a exemplo de saber se foi enviado um arquivo de imagem, áudio, vídeo.

Ainda será possível solicitar autorização, durante a interceptação, para promover a interrupção temporária da utilização da conta do WhatsApp de interesse, medida de relevância quando se busca forçar o uso do registro de ligação tradicional.

Assim, afastado o sigilo, o fornecimento de dados trará uma riqueza de informações para a investigação, permitindo a elucidação de crimes perpetrados por integrantes de organização criminosa que migraram da tradicional comunicação, por meio de registro de ligações na busca da privacidade e até mesmo do anonimato por meio de aplicativos de mensageria.

Nos contornos da nova realidade, a tecnologia se torna cada vez mais relevante nas atividades da segurança pública. A utilização da investigação tecnológica através do aplicativo WhatsApp robustece e proporciona maior eficácia a seus resultados.

5 · DA ANÁLISE DE VÍNCULO DOS DADOS OBTIDOS NA INVESTIGAÇÃO ATRAVÉS DO WHATSAPP NA REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO

A sofisticada criminalidade contemporânea possui fatores que desafiam e impulsionam as polícias judiciárias na constante implementação de inovações na investigação criminal. Nessa busca, uma grande aliada, sem deixar qualquer resquício de dúvida, é a análise de vínculos.

A análise de vínculos consiste em uma técnica baseada em tecnologia da informação, a qual amplifica a capacidade de visualização da complexidade do crime com a utilização de recurso gráfico e de inteligência visual,

tornando mais eficiente a investigação criminal de crimes de maior complexidade. Diante da complexidade que reveste a criminalidade moderna, a capacidade de processamento e análise de grandes volumes de dados e informações é de suma importância para o desempenho investigativo.

Com a utilização de softwares como, por exemplo, o IBM i2 Analyst's Notebook, é possível criar um retrato gráfico de dados investigativos, feito para facilitar o entendimento de grandes volumes de dados, possibilitando visualizar o relacionamento de pessoas e grupos, e entender as conexões entre eles, fornecendo dados que permitam interpretar o organograma da organização criminosa investigada, sua estrutura na relação de hierarquia, a forma como interagem e outros dados.

FIGURA 1 – RETRATO GRÁFICO DE DADOS INVESTIGATIVOS



Fonte: PHIL. IBM i2 Analyst Notebook: visualisation and charting software. *Omega Investigations*, Takapuna, 22 Aug. 2018. Disponível em: <https://www.omegainvestigations.co.nz/ibm-analyst-notebook-visualisation-charting-software>. Acesso em: maio 2022.

Não se poderia deixar de citar aqui a importância da investigação de lavagem de dinheiro aliada à investigação tecnológica na repressão ao crime organizado, quiçá uma das ferramentas mais importantes nesse

combate. “As principais consequências da lavagem de dinheiro são o financiamento do crime organizado tanto nacional quanto transnacional, que permite que novos delitos sejam cometidos [...]”⁴.

Logo, de suma importância a análise de vínculos dos dados extraídos da interceptação telemática do WhatsApp com os dados oriundos da investigação da lavagem de dinheiro e outras tantas informações passíveis de serem obtidas, a exemplo de informações de redes sociais e outras adquiridas em fontes abertas, que somadas permitem uma repressão mais qualitativa e eficaz.

6 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação criminal não deve ficar adstrita apenas à utilização de procedimentos investigativos tradicionais, apesar de sua fundamental importância. À medida que identificamos a necessidade de ter acesso a determinada informação através dos dados coletados por um algum aplicativo, buscar o afastamento do sigilo, seguramente, é uma das medidas mais acertadas dentro do atual cenário tecnológico.

Apesar dessa riqueza de informações úteis obtidas através da quebra do sigilo do WhatsApp para as investigações criminais, os órgãos de segurança pública que desejam explorar esse assunto enfrentam muitos desafios. Fica claro que, com o desenvolvimento do crime organizado, é imperativa a identificação de novas técnicas de investigação. Assim, fica aqui a certeza de que esta é uma das vias de combate ao crime organizado e suas interfaces.

REFERÊNCIAS

BALKOVICH, Edward *et al.* *Electronic surveillance of mobile devices: understanding the mobile ecosystem and applicable surveillance law.* Santa Monica, CA: Rand Corporation, 2015. Disponível em: https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR800.html. Acesso em: fev. 2022.

BALKOVICH, Edward *et al.* *Helping law enforcement use data from mobile applications. A guide to the prototype Mobile Information and*

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. *Portal do Ministério da Justiça e Segurança Pública*, Brasília, [202-?]. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protacao/lavagem-de-dinheiro/institucional>. Acesso em: jun. 2022.

Knowledge Ecosystem (MIKE) Tool. Santa Monica, CA: Rand Corporation, 2017. Disponível em: https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR1482.html. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. *Portal do Ministério da Justiça e Segurança Pública*, Brasília, [202-?]. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional>. Acesso em: jun. 2022.

CASELLI, Guilherme. *Manual de investigação digital*. Salvador: JusPodivm, 2021.

FIGUEIREDO JUNIOR, Jorge. *Curso de Investigação Criminal Tecnológica através do aplicativo WhatsApp*. Plataforma EaD. Salvador: Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado da Bahia, 2020. Disponível em: <https://cursosadpeb.eadplataforma.com/curso/investigacao-criminal-tecnologica-atraves-do-aplicativo-whatsapp/>. Acesso em: 26 out. 2020.

FIGUEIREDO JUNIOR, Jorge. *Tratado de investigação criminal tecnológica, tecnologia disruptiva e a investigação criminal*. Salvador: JusPodivm, 2020.

FREITAS JUNIOR, Aldair Dias de. *Manual de interceptação telefônica e telemática*. Salvador: JusPodivm, 2020.

JORGE, Higor Vinicius Nogueira. *Investigação criminal tecnológica*. Rio de Janeiro: Brasport, 2018.

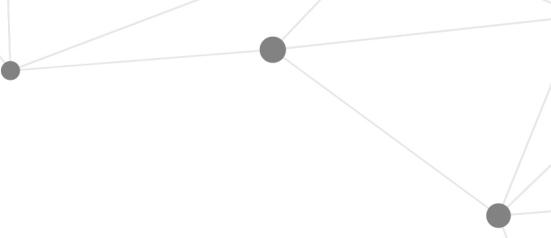
MONTEIRO, Gabrieli Cristina Capelli Goes. A requisição de dados cadastrais pela autoridade policial na investigação criminal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 21, n. 4.893, 23 nov. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36254/a-requisicao-de-dados-cadastrais-pela-autoridade-policial-na-investigacao-criminal>. Acesso em: fev. 2022.

PARANHOS, Felipe. O que é política de privacidade ou termos de segurança? *Oficina da Net*, Santa Cruz do Sul, 11 nov. 2013. Disponível em: <https://www.oficinadanet.com.br/post/11863-o-que-e-politica-de-privacidade-ou-termos-de-seguranca>. Acesso em: mar. 2022.

PHIL. IBM i2 Analyst Notebook: visualisation and charting software. *Omega Investigations*, Takapuna, 22 Aug. 2018. Disponível em: <https://www.omegainvestigations.co.nz/ibm-analyst-notebook-visualisation-charting-software>. Acesso em: maio 2022.

POLÍTICA de privacidade do WhatsApp. *WhatsApp*, [S. l.], 4 jan. 2021. Disponível em: <https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy>. Acesso em: fev. 2022.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.



CAPÍTULO 13

QUEBRA DO SIGILO DOS DADOS BURSÁTEIS: VISÃO TEÓRICA E ASPECTOS OPERACIONAIS

Renata Bassi Bittencourt

Tatiane Rodrigues Leal

1 · INTRODUÇÃO

A busca por novas e mais lucrativas fontes de renda e a desconfiança em relação ao sistema previdenciário, entre outros fatores que não serão aqui aprofundados, têm levado ao crescimento do número de pessoas físicas e jurídicas que vêm diversificando os seus investimentos e experimentando o mercado de capitais.

O quantitativo de investidores em renda variável no Brasil cresceu na última década. Estável nos primeiros anos, começou a evoluir em 2017, mostrando, desde então, avanços expressivos a cada ano.¹ O salto exponencial do número de pessoas físicas que têm investido em renda variável vem ocorrendo desde 2019, período em que 81% dos novos investidores entraram na bolsa do Brasil.²

A bolsa de valores oficial do Brasil, conhecida como B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão ([B]³ ou B3) –, tornou pública a informação de que, em janeiro de 2022, o número de investidores em renda variável atingiu a marca

¹ B3 S.A. BRASIL, BOLSA, BALCÃO. *A descoberta da bolsa pelo investidor brasileiro*. São Paulo: B3, 2020. Disponível em: https://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/servicos-de-dados/market-data/consultas/mercado-a-vista/perfil-pessoas-fisicas/perfil-pessoa-fisica/. Acesso em: 20 mar. 2022.

² B3 S.A. BRASIL, BOLSA, BALCÃO. *B3 atinge 5 milhões de contas de investidores em renda variável em janeiro*. São Paulo: B3, 4 fev. 2022. Disponível em: https://www.b3.com.br/pt_br/noticias/5-milhoes-de-contas-de-investidores.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

de 5.000.000 de contas de pessoas físicas abertas em corretoras do Brasil, sendo 4.200.000 números únicos de inscrição no Cadastro de Pessoa Física (CPF). Também divulgou avanço no número de investidores em renda fixa, que chegou a 10.000.000 de CPFs em dezembro de 2021.³

Atualmente, em março de 2022, cerca de cem corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários estão autorizadas a transacionar nos ambientes e sistemas de negociação dos mercados organizados da B3.⁴

A ampliação do mercado de capitais, ao tempo que funciona como mecanismo de promoção do desenvolvimento econômico, exige, noutro viés, a incorporação de novas e avançadas técnicas à prática investigativa, para ampliar a capacidade de identificação de provas das condutas delituosas, num rompimento com o modelo tradicional de apuração criminal que, invariavelmente, não mais consegue caminhar apenas por meios menos invasivos, em especial no contexto de enfrentamento à macrocriminalidade.

Sob essa óptica, o afastamento do sigilo dos dados sobre as negociações de títulos e valores mobiliários na bolsa destaca-se como importante meio de produção de prova à disposição dos órgãos de persecução penal, adquirindo notável relevância na busca pela materialidade e autoria nos crimes de cunho patrimonial e pelos rastros de ocultação, dissimulação e integração dos bens, direitos ou valores deles advindos.

A proposta deste capítulo é contribuir para o debate do tema, um tanto embrionário na comunidade jurídica nacional, lançando um olhar meramente propedêutico para questões pouco exploradas.

2 · BREVE HISTÓRICO DA BOLSA DE VALORES

A origem das bolsas de valores remonta a meados do século XV, na esteira da expansão comercial. No ano de 1487, em Bruges, na Bélgica, a palavra bolsa alcançou acepções comercial e financeira quando mercadores e comerciantes passaram a se reunir na casa de um rico comerciante de nome Van der Burse (o que originou a palavra bursátil), cujo brasão era ornamentado com o desenho de três bolsas, para realizar transações de compra e venda de moedas, letras de câmbio e metais preciosos.

³ B3 S.A. BRASIL, BOLSA, BALCÃO, 2022.

⁴ B3 S.A. BRASIL, BOLSA, BALCÃO. *Participantes*. São Paulo, B3. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/participantes/busca-de-participantes/participantes/. Acesso em: 20 mar. 2022.

Em seguida, todos os principais centros comerciais e industriais do mundo criaram suas bolsas. Em 1561, surgiram as bolsas de Antuérpia, na Bélgica, e Amsterdã, na Holanda, e em 1895, as de Lyon, Bordeaux e Marselha, na França. A bolsa de Londres, na Inglaterra, foi organizada na segunda metade do século XVI, e em Paris, na França, a primeira bolsa iniciou em 1639. Já nos Estados Unidos da América, no ano de 1792, originou-se a Bolsa de Nova Iorque.

No Brasil, as primeiras bolsas de valores desenvolveram-se em 1851, no Rio de Janeiro e em Salvador.

No Estado de São Paulo, no ano de 1890, o então Presidente Emílio Rangel Pestana fundou a Bolsa Livre para operar valores financeiros na cidade de São Paulo. No entanto, em razão da política do encilhamento, causando grave crise de crédito, as atividades dessa bolsa encerraram-se em 1891. Quatro anos depois, em 1895, foi criada a Bolsa de Fundos Públicos de São Paulo, onde eram negociados, basicamente, títulos de dívida emitidos por governos e empresas e ações emitidas por companhias. Em 1935, essa bolsa foi intitulada como Bolsa Oficial de Valores de São Paulo e, em 1967, passou a ter denominação de Bovespa.

Num momento posterior, com a evolução do mercado e o surgimento de inúmeros títulos e valores mobiliários, novas bolsas e registradoras foram idealizadas no Brasil. Sob esse prisma, destacam-se a Central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos Privados (Cetip S.A.), criada em 1984 para organizar o crescente mercado de títulos de renda fixa no Brasil, e a Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F), de 1986, que tinha por objetivo ser o principal ambiente de negócios com contratos de mercadorias e derivativos.

Por uma certa quadra histórica, Cetip, Bovespa e BM&F aportaram como os principais mercados de balcão organizado e bolsas de valores do País, cada uma com insigne atuação em segmentos específicos. A Cetip teve destaque nos produtos de renda fixa, a Bovespa emergiu como principal bolsa de ações, enquanto a BM&F ganhou dimensão como bolsa de mercadorias e futuros.

No final da década de 2000, em um cenário de marcante capitalismo e globalização, as três bolsas de valores transmudaram-se de entidades oficiais corporativas em sociedades anônimas de capital aberto. O ano de 2007 foi balizado pela abertura do capital da Bovespa, que passou a ter negociação de suas ações. Nos anos seguintes, sucederam duas fusões. Em 2008, foi celebrada a união entre a BM&F e a Bovespa, dando origem à BM&FBOVESPA S.A. e, em 2017, a BM&FBOVESPA S.A. se uniu à Cetip para criar a B3 S.A. – Brasil, Balcão ([B]³ ou B3).

Em seu atual formato, a bolsa de valores oficial do Brasil, conhecida como B3, é resultante da fusão da BM&FBOVESPA S.A. com a Cetip S.A., aprovada, em março de 2017, pelos órgãos reguladores, que são o Banco Central do Brasil (Bacen), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). A B3 atua nos segmentos de ações, mercadorias e futuros e integra, entre outros, o índice Ibovespa, principal indicador de desempenho das ações negociadas na B3, que reúne as sociedades empresárias de maior destaque no mercado de capitais brasileiro.

3 · MERCADO DE CAPITAIS

O mercado de capitais, enquanto segmento do mercado financeiro, pode ser representado por um “conjunto de operações realizadas entre pessoas físicas, jurídicas e demais entidades equiparadas, consistentes na transferência de recursos financeiros de forma direta entre detentores e tomadores de capital”.⁵ Para Nelson Eizirik, a função econômica essencial do mercado de capitais é

[...] permitir às empresas, mediante a emissão pública de seus valores mobiliários, a captação de recursos não exigíveis para o financiamento de seus projetos de investimento ou mesmo para alongar o prazo de suas dívidas; como não se trata de empréstimos, a companhia não está obrigada a devolver os recursos aos investidores (exceto no caso de debêntures ou *commercial papers*, que também integram o mercado de capitais), mas, isto sim, a remunerá-los, sob a forma de dividendos, caso apresente lucros em suas demonstrações financeiras. Daí decorre a natureza do mercado de capitais como um mercado de “risco”, uma vez que os investidores não têm qualquer garantia de retorno de seus investimentos, que dependerá dos resultados do empreendimento econômico desenvolvido pela companhia.⁶

Sob essa perspectiva, o mercado de capitais preenche as funções primária e secundária. Pela primeira, há a captação direta da poupança pelos tomadores, por intermédio, por exemplo, da subscrição de valores mobiliários. Por seu turno, a segunda representa a existência de ambientes

⁵ MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os princípios informadores do direito do mercado financeiro e de capitais. In: MOSQUERA, Roberto Queiroga (coord.) *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 270.

⁶ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariadna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais: regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 8.

de negociação dos valores mobiliários subscritos no mercado primário, sublinhando-se, como exemplo, as bolsas de valores.

Diferentemente do mercado financeiro em sentido estrito ou do mercado bancário, no mercado de capitais, por questões regulatórias e operacionais, as instituições financeiras participam de modo acessório, promovendo o encontro direto entre poupadore e tomadores. Elas não captam ou emprestam recursos em nome próprio, bem como não assumem a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações estabelecidas e convencionadas entre os emissores dos títulos e os investidores.

No âmbito do mercado de capitais, os principais ativos financeiros negociados são os representativos do capital de empresas (ações) ou de empréstimos tomados, por intermédio do mercado, por empresas (debêntures, notas e bônus de subscrição), que abrangem a circulação de capital para subvençcionar o desenvolvimento econômico. Esse mercado alberga, ainda, negociações com direitos e recibos de subscrição de valores mobiliários, certificados de depósitos de ações e demais derivativos autorizados à negociação.

3.1 · NOÇÕES BÁSICAS SOBRE VALORES MOBILIÁRIOS

O conceito de valor mobiliário no direito brasileiro tem sua gênese na Lei n. 6.385/1976, que tratou o tema de forma bastante restritiva, com forte influência do conceito análogo no direito francês.⁷ O legislador brasileiro apenas enumerou taxativamente o que se deveria considerar como valor mobiliário e conferiu competência ao Conselho Monetário Nacional para alterar a lista, quando necessário.

O art. 2º da Lei n. 6.385/1976, em sua redação original, estabeleceu três categorias de valores mobiliários, a saber: (I) valores mobiliários emitidos pelas sociedades por ações e seus certificados de depósitos; (II) demais

⁷ De acordo com Ligia Paula Pinto Sica, “[a] origem da denominação ‘valor mobiliário’ no Brasil advém do termo francês *valeurs mobilières*, utilizado na França para designar títulos negociáveis emitidos por pessoas jurídicas, os quais conferem direitos de participação ou remuneração aos seus titulares e eram transmitidos por registro ou tradição. Estes se contrapunham ao conceito dos *effects de commerce*, correspondentes a outra modalidade de títulos negociáveis – os títulos de crédito emitidos nas relações negociais tradicionais”. (Os valores mobiliários e a oferta pública destes no Brasil. In: ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de (org.). *Regulação brasileira do mercado de capitais*. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. Coleção Direito, Desenvolvimento e Justiça).

valores mobiliários emitidos pelas sociedades anônimas que fossem considerados como tais pelo Conselho Monetário Nacional; e (III) valores mobiliários excluídos expressamente da competência regulatória da Comissão de Valores Mobiliários, quais sejam, títulos representativos da dívida pública e os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira (exceto as debêntures).

Nas lições de José Eduardo Carneiro Queiroz,

[...] a metodologia era a de tentar estabelecer uma lista exaustiva de ativos que abrangesse as diversas operações praticadas no Mercado de Capitais, sem efetivamente apontar para quais os requisitos que deveriam estar presentes na caracterização de valor mobiliário.⁸

Nesse panorama, prevalecia, no entender de Jean Paul C. Veiga da Rocha, “um sistema exclusivamente de lista”, destituído de definição precisa.⁹

Posteriormente, diante de novo cenário macroeconômico nacional, com a evolução do mercado de capitais e o lançamento de novos produtos financeiros, foi editada a Medida Provisória n. 1.637/1998, mais tarde convertida na Lei n. 10.198/2001, que ampliou a conceituação de valor mobiliário, com o objetivo de albergar boa parte das modalidades de captação pública de recursos.

A Lei n. 10.198/2001 incluiu no rol de valores mobiliários quaisquer títulos ou contratos de investimento quando ofertados publicamente, desde que gerasse direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros, aproximando-se o texto legal brasileiro à noção de *security* do direito norte-americano.¹⁰

⁸ QUEIROZ, José Eduardo Carneiro. O conceito de valor mobiliário e a competência da Comissão de Valores Mobiliários e do Banco Central do Brasil. In: QUIROGA, Roberto Mosquera (coord.). *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1999. v. 2. p. 133.

⁹ ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. As consequências institucionais do novo conceito de valor mobiliário: as competências do CMN, do Bacen e da CVM. In: QUIROGA, Roberto Mosquera (coord.). *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 2000. v. 2. p. 71.

¹⁰ O conceito de *security* é assim descrito por Carlos Augusto da Silveira Lobo, ao se reportar à construção jurisprudencial narrada por Luiz Gastão Paes de Barros no artigo intitulado “O conceito de security no direito americano e o conceito análogo no direito brasileiro”: “O Securities Exchange Act, de 1934, definiu o termo ‘security’ através de uma enumeração de documentos então correntemente negociados nos

Ainda no ano de 2001, a Lei n. 10.303 consolidou as diversas disposições legais e regulamentares que definiam valores mobiliários, modificando o art. 2º da Lei n. 6.385/1976, dando àqueles conceituação que apresenta função “instrumental”.¹¹ Confira-se a atual redação:¹²

Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

I - as ações, debêntures e bônus de subscrição;¹³

II- os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II;

III - os certificados de depósito de valores mobiliários;

IV - as cédulas de debêntures;

V - as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos;

VI - as notas comerciais;

VII - os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários;

VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e

IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria

mercados dos EUA, arrematada pela expressão ‘ou, de um modo geral, qualquer interesse ou instrumento comumente conhecido como uma *security*’. Dentre os papéis constantes do elenco de *securities*, consta a menção a ‘contratos de investimento’, o que propiciou aos tribunais norte-americanos completar a definição de *security*, sem se valer do apêndice tautológico (*security* é o que comumente se conhece como *security*) adotado pelo texto legal”. (*Os valores mobiliários*. 3 jul. 2019. Disponível em: <https://www.loboelira.com.br/os-valores-mobiliarios-2/>. Acesso em: 20 mar. 2022).

- ¹¹ De acordo com Nelson Eizirik, a noção de valor mobiliário é essencialmente instrumental, na medida em que se destina a delimitar a regulação estatal do mercado de capitais, compreendido como um mercado de risco que abrange captação popular de recursos por parte das empresas abertas e dos demais emissores de tais títulos. (EIZIRIK, Nelson. *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 421).
- ¹² Com a ampliação da definição de valor mobiliário, houve, por consequência, uma expansão da competência da Comissão de Valores Mobiliários, incluindo operações antes reguladas pelo Banco Central e outras sem qualquer tipo de regulação anterior. A título de exemplo, avultam os contratos futuros de “boi gordo”, que passaram a ser negociados na BM&F (Bolsa de Mercadorias e Futuros).
- ¹³ Nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei n. 6.404/1976 e do art. 22 da Lei n. 6.385/1976, apenas os valores mobiliários de emissão de empresas abertas podem ser negociados no mercado de valores mobiliários.

ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

§ 1º Excluem-se do regime desta Lei:

I - os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal;

II - os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures.

Da análise da nova disposição do art. 2º da Lei n. 6.385/1976, depreende-se que ficou preservada a competência do Banco Central relativa aos títulos da dívida pública e aos títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures, bem como afastou-se a previsão original que autorizava o Conselho Monetário Nacional a atribuir a condição de valor mobiliário a outros títulos emitidos por sociedades anônimas.¹⁴

Em suma, de acordo com a legislação vigente, são valores mobiliários: (I) todos os documentos enumerados nos incisos I a VIII do art. 2º da Lei n. 6.385/1976; (II) outros títulos ou contratos de investimento coletivo que se enquadrem no inciso IX do art. 2º da Lei n. 6.385/1976; e (III) quaisquer outros títulos criados e assim definidos por lei ou regulamentação específica, tais como os Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRIIs), Certificados de Valores Mobiliários de Investimentos Audiovisuais e as cotas de Fundo de Investimento Imobiliário (FII), entre outros.

3.2 · ÓRGÃO NORMATIVO, ENTIDADE AUTÁRQUICA SUPERVISORA E OPERADORAS DO MERCADO DE CAPITAIS

De acordo com a moldura dada pelo art. 192 da Constituição Federal, o Sistema Financeiro Nacional deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito. Também deve ser regulado por leis complementares que disponham, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram, o que ocorreu por meio da recepção da Lei n. 4.595/1964 como lei complementar e da edição das Leis Complementares n. 104/2001 e n. 105/2001.

Na estrutura funcional do Sistema Financeiro Nacional, o Conselho Monetário Nacional (CMN), criado pela Lei n. 4.595/1964, situa-se como órgão

¹⁴ A Lei n. 10.303/2001 não reproduziu o inciso III do texto original do art. 2º da Lei n. 6.385/1986, que dispunha que são valores mobiliários “outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas, a critério do Conselho Monetário Nacional”.

deliberativo máximo, dotado de poder normativo, responsável, de um modo geral, pela definição das políticas e diretrizes gerais dos mercados de valores mobiliários, além da formulação da política da moeda e do crédito.

Já a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), concebida pela Lei n. 6.385/1976,¹⁵ figura como entidade supervisora do Sistema Financeiro Nacional, assumindo poderes híbridos (normativos, executivos e judicantes), com o objetivo de fiscalizar, normatizar, disciplinar e desenvolver o mercado de valores mobiliários no Brasil.

Em 2001, com a edição da Medida Provisória n. 8, posteriormente convertida na Lei n. 10.411/2002, a CVM passou a ser uma entidade autárquica em regime especial, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária.

Por sua vez, surgem como entidades operadoras do mercado de capitais as sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários.

Até o início de março de 2009, somente as sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, que são instituições financeiras constituídas sob a forma de sociedade por ações ou por quotas de responsabilidade limitada e sujeitas à fiscalização da bolsa de valores, da CVM e do Bacen, estavam autorizadas a operar em bolsa de valores no Brasil.

Destacam-se entre as suas principais atividades¹⁶ a subscrição e a emissão de títulos e valores mobiliários para revenda, a intermediação de oferta pública e a distribuição de títulos e valores mobiliários no mercado, além da instituição, organização e administração de fundos e clubes de investimentos.

A partir da Decisão-Conjunta Bacen/CVM n. 17/2009¹⁷ as sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários passaram a ter a possibilidade

¹⁵ Sua origem teve influência no modelo regulatório norte-americano, revelando-se, conforme afirmado por Julio Ramalho Dubeux, verdadeiro caso de recepção de modelo estrangeiro pelo sistema brasileiro. (DUBEUX, Julio Ramalho. *A comissão de valores mobiliários e os principais instrumentos regulatórios do mercado de capitais brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 38).

¹⁶ As atividades das corretoras de títulos e valores mobiliários estão disciplinadas nas Leis n. 4.728/1965 e 6.385/1976, com regulamentação principalmente na Resolução CMN n. 1.655/1989 e na Instrução CVM n. 505/2011.

¹⁷ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Decisão Conjunta BACEN/CVM 17/2009*. Autoriza as sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários a operar

de operar diretamente em ambientes e sistemas de negociação dos mercados organizados de bolsa de valores, com atuação na intermediação de títulos e valores mobiliários.¹⁸

De natureza similar às corretoras, as sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários são instituições financeiras autorizadas pelo Bacen e pela CVM, constituídas sob a forma de sociedades por ações ou por quotas de responsabilidade limitada, que têm, em sua denominação social, obrigatoriamente, a expressão “Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários”.

Também integram o Sistema Financeiro Nacional, como operadores, as entidades administradoras de mercados organizados de valores mobiliários, a exemplo das bolsas de valores, mercadorias e futuros e de balcão organizado.

De acordo com o art. 3º da Instrução CVM n. 461/2007¹⁹ um mercado organizado de valores mobiliários é

o espaço físico ou o sistema eletrônico, destinado à negociação ou ao registro de operações com valores mobiliários por um conjunto determinado de pessoas autorizadas a operar, que atuam por conta própria ou de terceiros.

Atualmente, a B3 é a principal entidade administradora de mercados de bolsa e balcão organizado no Brasil. Suas atividades incluem a

criação e administração de sistemas de negociação, compensação, liquidação, depósito e registro para todas as principais classes de ativos, desde ações e títulos de renda fixa corporativa até derivativos de moedas, operações estruturadas e taxas de juro e de *commodities*.²⁰

diretamente nos ambientes e sistemas de negociação dos mercados organizados de bolsa de valores. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/dicisoesconjuntas/dcbccvm17.html>. Acesso em: 20 mar. 2022.

¹⁸ A atividade de distribuição de valores mobiliários está também prevista na Lei n. 4.728/1965 e na Lei n. 6.385/1976, com regulamentação na Resolução CMN n. 1.120/1986 e na Instrução CVM n. 505/2011.

¹⁹ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Instrução CVM n. 461, de 23 de outubro de 2007*. Disciplina os mercados regulamentados de valores mobiliários e dispõe sobre a constituição, organização, funcionamento e extinção das bolsas de valores, bolsas de mercadorias e futuros e mercados de balcão organizado. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/400/inst461consolid.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

²⁰ B3 S.A. – BRASIL, BOLSA, BALCÃO. Uma das principais empresas de infraestrutura de mercado financeiro do mundo. B3, São Paulo. Disponível em: https://www.b3.com.br/pt_br/b3/institucional/quem-somos/. Acesso em: 20 mar. 2022.

A bolsa brasileira exerce, ainda, o papel de contraparte central garantidora para a maior parte das operações realizadas no mercado de capitais, além de ser responsável pelo registro de gravames e contratos de financiamento de veículo e gerenciamento de riscos e operações realizadas por meio de seus sistemas. Dada a importância de sua área de atuação, a B3 está sujeita à regulação e à supervisão da CVM e do Banco Central do Brasil.

4 • PANORAMA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO

A Constituição Federal consagra, solenemente, no inciso X do art. 5º, a inviolabilidade dos direitos à vida privada e à intimidade. Ao analisar o dispositivo constitucional, José Afonso da Silva anuncia que a intimidade foi considerada um direito fundamental diverso do direito à vida privada.²¹

Assim, o legislador constituinte pareceu ter positivado a vida privada e a intimidade como bens jurídicos de personalidade distintos, numa aparente aproximação à “teoria das esferas”,²² desenvolvida pela doutrina alemã, que se caracteriza por classificar a personalidade humana em três esferas concêntricas.

De acordo com Heinrich Hubmann, um dos principais idealizadores da citada teoria, em sua obra *Das Persönlichkeitsrecht*, cuja primeira edição remete ao ano de 1953, a primeira e mais restrita esfera da personalidade humana seria a secreta (*Geheimnisphäre*), a qual alcança situações restritas à própria pessoa ou a um círculo bem limitado de pessoas próximas. Já a segunda englobaria a esfera privada (*Privatsphäre*), num círculo mais amplo que a anterior. Por sua vez, a última e mais ampla esfera na qual se desenvolve a personalidade seria a esfera individual, que engloba a pessoa na sua unicidade e identidade.²³

Na doutrina brasileira, ainda que não haja univocidade na conceituação dos termos intimidade e vida privada, Tércio Sampaio Ferraz Júnior

²¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88.

²² A “teoria das esferas” tem sido muito criticada, em especial diante da pouca importância prática na distribuição da ideia da personalidade em esferas, sendo que sua desconsideração não importaria em minoração da proteção constitucional. Nesse sentido: JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 255.

²³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 254.

explicita que há graus diferentes de exclusividade entre os mencionados bens jurídicos, consoante se depreende do seguinte excerto:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros.²⁴

Ao se reportar à “teoria das esferas” para representar a diferença entre os bens jurídicos tutelados pela norma constitucional insculpida no inciso X do art. 5º da Constituição, André Ramos Tavares comprehende que “a intimidade seria a camada ou esfera mais reservada, cujo acesso é de vedação total ou muito restrito, geralmente para familiares”, enquanto “a vida privada estará representada por uma camada protetiva menor, embora existente. Muitos podem ter acesso, mas isso não significa a possibilidade de divulgação irrestrita, massiva, ou a desnecessidade de autorização”.²⁵

No ponto, Paulo Gustavo Gonçalves Branco adverte que, embora a doutrina e a jurisprudência pátria não distingam, originariamente, os postulados da privacidade e da intimidade, o “direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público”, na medida em que o objeto do direito à intimidade seria tutelar “as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas”.²⁶

De outro vértice, Danilo Doneda assinala que a diferenciação entre os direitos à intimidade e à vida privada teve importância e aplicabilidade em dado contexto e momento histórico, não sendo sustentável diante da atual problemática dos dados pessoais, senão mediante uma interpretação extensiva. Entende o autor como mais adequada a utilização do termo “privacidade”, que unificaria os valores expressos pelo texto

²⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, ano 1, out./dez. 1992.

²⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

constitucional,²⁷ ressalvando, na oportunidade, que essa tendência se faz presente também na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Na jurisprudência do STJ encontramos idêntica tendência: *vide o Recurso Especial nº 306570/SP, rel. Min. Eliana Calmon (D.J. 18/02/2002, p. 340)*: “O contribuinte ou o titular da conta bancária tem direito à privacidade em relação aos seus dados pessoais [...]”; ou então o Recurso Especial nº 58101/SP, rel. Min. César Asfor Rocha (D.J. 09/03/1998, p. 326): “É certo que não se pode cometer o delírio de, em nome do direito à privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem [...]”.

No âmbito internacional, a proteção da esfera da vida privada das pessoas também encontra previsão em praticamente todos os documentos importantes de tutela dos direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 12, expressamente dispõe que “ninguém deverá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação” e ressalta, ainda, que “contra tais intromissões ou ataques todas as pessoas têm o direito à proteção da lei”.²⁸ A propósito, salienta o Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos:

[...] a privacidade também é um valor em si, essencial para o desenvolvimento da personalidade e para a proteção da dignidade humana, um dos principais temas da DUDH. Permite nossa proteção contra interferências não autorizadas em nossas vidas e determina como queremos interagir com o mundo. A privacidade nos ajuda a estabelecer fronteiras para limitar quem tem acesso aos nossos corpos, lugares e coisas, assim como nossas comunicações [...].²⁹

De igual modo é o teor do artigo 8º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais:

Artigo 8º - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando

²⁷ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 111.

²⁸ 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: 20 mar. 2022.

²⁹ Disponível em: <https://olma.org.br/2018/11/29/artigo-12-direito-a-privacidade>. Acesso em: 20 mar. 2022.

esta ingerência estiver prevista na lei e construir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.³⁰

Sob o mesmo ângulo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece, em seu artigo 11.2, 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”.³¹

Dessa forma, a proteção estatal do sigilo dos dados bursáteis³² deve ser compreendida como corolário da preservação da vida privada e da intimidade, assegurada pelo art. 5º, inciso X, da Constituição Federal,³³ notadamente porque traduz garantia constitucional de inviolabilidade de informações inerentes à pessoa, advindas de suas relações no âmbito do mercado de valores mobiliários.

Entretanto, mesmo reconhecendo o sigilo de dados bursáteis como expressão de direito fundamental de alta relevância ligado à personalidade, a concepção constitucional moderna revela que não se trata de um direito absoluto, admitindo-se a sua mitigação quando imprescindível harmonizar suposta violação a outros direitos fundamentais ou de interesses constitucionalmente protegidos, em especial o interesse público de promover a persecução criminal e prestar efetivamente a tutela jurisdicional penal, pautando-se, dessa forma, pelos princípios

³⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. *Tratados de direitos humanos: sistema internacional de proteção aos direitos humanos*. v. 4. Brasília: MPF, 2016. (Coleção MPF Internacional). p. 11.

³¹ OEA, 1969.

³² Concebido como um segmento do sigilo dos dados financeiros, ao lado do sigilo dos dados bancários e fiscais.

³³ Nesse sentido é a orientação de Ingo Wolfgang Sarlet, que deve ser estendida ao sigilo dos dados bursáteis, ao afirmar que 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 manifestação destes, em que pese alguma controvérsia inicial sobre a sede mais adequada de tais direitos”. O autor ressalta, ainda, que “há quem pretenda ver o sigilo fiscal e bancário abrangido pelo âmbito de proteção do art. 5º, XII, da Constituição Federal, que diz respeito ao sigilo das comunicações”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 447).

constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse ponto, Ingo Wolfgang Sarlet reconhece:

Assim como os demais direitos pessoais, também o direito à privacidade não se revela ilimitado e imune a intervenções restritivas. Todavia, ao não prever, para a privacidade e intimidade, uma expressa reserva legal, além de afirmar que se cuida de interesses invioláveis, há que reconhecer que a Constituição Federal atribuiu a tais direitos um elevado grau de proteção, de tal sorte que uma restrição apenas se justifica quando necessária a assegurar a proteção de outros direitos fundamentais ou bens constitucionais relevantes, de modo que é em geral na esfera dos conflitos com outros direitos que se pode, em cada caso, avaliar a legitimidade constitucional da restrição.³⁴

Tal linha de pensamento se coaduna com a exortação do ministro Luiz Fux, no voto condutor do julgamento do Mandado de Segurança n. 33.340/DF pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual estabelece que,

[p]artindo-se da premissa de que, nem mesmo, os direitos fundamentais são absolutos,³⁵ a identificação do seu núcleo duro e intransponível pode ser feita por meio da teoria germânica da restrição das restrições (*Schranken-Schranken*).

A respeito da mencionada teoria, enuncia que

[...] a limitação a um direito fundamental, como ao da preservação da intimidade, do sigilo bancário e empresarial, deve inserir-se dentro do que é proporcional. Deve haver, assim, uma limitação razoável do alcance do preceito que provoca a restrição ao direito fundamental. Quando um ato estatal limita a privacidade do cidadão por meio da publicidade de atos por ele realizados, há de se verificar se essa contenção, resultante da

³⁴ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 447.

³⁵ Sensível a essa constatação, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto propõem a técnica da ponderação de interesses, ante o princípio da proporcionalidade com seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), como mecanismo de solução para a colisão entre direitos fundamentais concebidos como princípios. Consoante os autores, na perspectiva da adequação, verifica-se “se a aventureira restrição ao bem jurídico tutelado por uma das normas constitucionais em conflito ao menos contribui para a promoção daquele protegido pela norma contraposta”. Já na vertente da necessidade, avalia-se a existência ou não de outra solução menos onerosa ao bem jurídico atingido. Por fim, na derivação relativa ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, “passa-se ao exame da relação entre as vantagens e ônus da medida, sob o ângulo constitucional”. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 518).

divulgação do ato, se amolda ao que é proporcional. [...]. A insuficiente limitação ao direito à privacidade revela-se, por outro ângulo, lesiva aos interesses da sociedade de exigir do Estado brasileiro uma atuação transparente incidindo na cognominada “proteção deficiente”.³⁶

A jurisprudência dos Tribunais Superiores sedimentou, em casos análogos, a possibilidade de limitação justificada dos direitos fundamentais à vida privada e à intimidade, em atendimento aos fins de investigação criminal, a exemplo dos julgados adiante reproduzidos de forma ilustrativa:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, § 3º) - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (...) OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. [...]³⁷

AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. EXCESSO DE PRAZO.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Mandado de Segurança n. 33.340/DF*. Relator: Min. Luiz Fux. 26.5.2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8978494>. Acesso em: 20 mar. 2022. Acesso em: 20 mar. 2022.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Mandado de Segurança n. 23.452/RJ*. Relator: Min. Celso de Mello. 16.9.1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 20 mar. 2022.

COMPLEXIDADE DO FEITO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

3. A despeito de constituir garantia constitucional individual identificada como cláusula pétrea no art. 5º, XII, da Constituição Federal, a jurisprudência é uníssona em reconhecer, também, que a intimidade e a privacidade das pessoas, e, como um de seus corolários, a proteção ao sigilo de dados bancários e fiscais, não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, quando presentes os requisitos exigidos pela lei e pela Carta Magna. 4. Neste caso, a decisão que autorizou a quebra de sigilo bancário está adequadamente fundamentada, pois há indícios de envolvimento da Associação Casa de Guimarães em desvios de recursos públicos por meio de superfaturamentos e irregularidades contratuais, sendo necessário desvendar o destino dos valores obtidos por meio das movimentações bancárias dos diretores da entidade, dentre os quais, a ora agravante. 5. Recurso improvido, reforçando a recomendação de que se concluam as diligências necessárias para encerrar o inquérito policial com a maior brevidade possível.³⁸

5 · AFASTAMENTO DO SIGILO DOS DADOS BURSÁTEIS: PREVISÃO NORMATIVA, HIPÓTESES DE CABIMENTO E REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

O levantamento do sigilo dos dados bursáteis, tal como dos dados bancários, encontra respaldo na legislação infraconstitucional, estando regulamentado na Lei Complementar n. 105/2001.

Ao estabelecer às entidades atuantes no Sistema Financeiro Nacional o dever de conservar sigilo nas operações ativas e passivas e nos serviços prestados, a referida lei complementar, no art. 1º e respectivos incisos, considerou como instituições financeiras, entre outras, as corretoras de valores mobiliários, distribuidoras de valores mobiliários, administradoras de mercado de balcão organizado, bolsas de valores e de mercadorias e futuros e outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo CMN.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5.Turma). *Habeas Corpus n. 502.748/MT AgRg. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 15.8.2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo.revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1850954&numero=201900965403&data=20190830&peticao_numero=201900463054&formato=PDF. Acesso em: 20 mar. 2022.*

O ato normativo segue dispendo, no art. 2º, *caput* e §§ 1º a 3º e 5º, que o dever de sigilo é extensível ao Bacen, à CVM e a seus agentes, não podendo ser oposto a essas entidades no exercício de suas funções fiscalizatórias.

A possibilidade de afastamento do sigilo dos dados bursáteis pelo Poder Judiciário está prevista no art. 3º, *caput*, da Lei Complementar n. 105/2001, que não exclui a medida cautelar para outros fins não penais, como instrução de demandas cíveis e processos administrativos disciplinares:³⁹

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.

No âmbito criminal, o texto legal ressalta, no art. 1º, § 4º e incisos, que a quebra do sigilo das operações financeiras poderá ser decretada quando necessária para a apuração da ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente, porém não taxativamente, nos delitos de terrorismo; de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; de extorsão mediante sequestro; contra o Sistema Financeiro Nacional; contra a Administração Pública; contra a ordem tributária e a previdência social; lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; e, ainda, praticados por organização criminosa.

A Lei Complementar n. 105/2001 não adotou restrições semelhantes às impostas para a interceptação das comunicações telefônicas e do fluxo das comunicações em sistemas de informática e telemática pela Lei n. 9.296/1996, que, no art. 2º, inciso III, proíbe a sua utilização na hipótese em que o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.⁴⁰

O levantamento do sigilo dos dados bursáteis depende de ordem da autoridade judiciária competente para a ação principal, cuja decisão deve

³⁹ "Art. 3º [...]

§ 1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, o requerimento de quebra de sigilo independe da existência de processo judicial em curso."

⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 863.

ser devidamente fundamentada e confrontar os direitos à intimidade, à vida privada e, em certas situações, o dever de sigilo profissional⁴¹ com o interesse público no conhecimento das informações que possam conduzir à busca da verdade real para fins criminais. A imprescindibilidade de motivação da decisão judicial, sob pena de nulidade, decorre do próprio mandamento do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

A petição inicial e a decisão judicial da medida cautelar preparatória ou incidental devem demonstrar a presença dos requisitos que autorizam, excepcionalmente, no caso concreto, a ruptura da intimidade financeira da pessoa física ou jurídica.

Para opor limites à atuação indiscriminada do Estado e evitar constrangimentos ou perseguições injustificadas, os requisitos indispensáveis à decretação da quebra do sigilo dos dados bursáteis são idênticos aos já consagrados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴² para acesso aos registros bancários e fiscais.

Conquanto não se exija um juízo de cognição exauriente, a partir do que deduzido pelos órgãos de persecução penal, a autoridade judiciária competente deve externar as razões de seu convencimento quanto: (I) à presença de fundadas suspeitas, alicerçadas em indícios idôneos reveladores da existência da materialidade e da autoria do ilícito penal que possa ser desvelado por meio da quebra; (II) à pertinência temática entre as informações pretendidas e a natureza do delito; (III) à necessidade da medida; (IV) à determinação do(s) sujeito(s) titular(es) dos dados; (V) à delimitação do lapso temporal abrangido pela ordem de afastamento do sigilo das informações mantidas pelas instituições financeiras.

A moldura fática e os indicativos sérios da materialidade e da autoria do crime servem de balizamento para a identificação da causa provável, ou seja, da plausibilidade jurídica a legitimar a medida cautelar, que não pode se apoiar em meras conjecturas ou generalidades insuficientes.

⁴¹ Conforme adverte Renato Brasileiro de Lima, “[...] o exercício de certas profissões demanda a transmissão de dados íntimos, ou até mesmo confidenciais, [...] como mecanismo para otimizar a prestação desse serviço. Logo, não se pode negar que o profissional que atua com a intermediação de crédito funciona como verdadeiro confidente necessário, consistindo o sigilo financeiro em modalidade de segredo profissional” (LIMA, 2020, p. 860).

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 25.812/DF MC*. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 17.2.2006. Data de publicação: DJ 23 fev. 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14783663/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-25812-df-stf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

A pertinência temática equivale à demonstração da correlação ou do nexo lógico entre os dados bursáteis perseguidos e o ilícito penal possivelmente cometido.

Além disso, a medida cautelar deve qualificar-se como essencial ao prosseguimento da investigação e à satisfação de suas finalidades. O resultado esperado não pode advir de nenhum outro meio ordinário ou fonte lícita de prova menos gravosa. Isso significa que as informações a serem obtidas devem ser necessárias para o deslinde dos fatos, normalmente para a confirmação dos elementos indiciários já existentes quanto à materialidade e à autoria do delito.

Para obstar pedido genérico e direcionar a quebra do sigilo dos dados bursáteis, a pessoa física ou jurídica a ser atingida pela medida cautelar deve ser precisamente individualizada. Se várias pessoas forem alvo, a justa causa deve ser explicitada, de modo particularizado, em relação a cada uma.

Também é exigível a delimitação temporal do objeto da medida cautelar, que corresponde à “predeterminação formal do período que, constituindo a referência do tempo provável em que teria ocorrido o fato investigado, seja suficiente para lhe esclarecer a ocorrência por via tão excepcional e extrema”.⁴³ Os termos inicial e final de alcance da quebra do sigilo dos dados bursáteis devem ser compatíveis com o desenrolar dos fatos, mesmo que inexistentes datas exatas, sendo vedada a devassa ilimitada da vida financeira do envolvido.

Em síntese, devem ser evidenciados o lastro prévio de verossimilhança, assim como a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida excepcional, para a densificação da prospecção apuratória, com vistas à elucidação do evento em tese criminoso.

O Poder Judiciário vem autorizando, de modo relativamente tímido, a quebra do sigilo dos dados bursáteis para robustecer o plexo probatório em investigações criminais – que, muitas vezes, envolvem a articulação de agentes integrantes dos mais altos aparatos de poder, com fortes influências política e econômica – e direcionar as linhas apuratórias que culminarão na formação da convicção sobre os supostos fatos ilícitos e eventuais responsabilidades penais, possibilitando, assim, o atuar persecutório efetivo.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 25.812/DF MC*. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 17.2.2006. Data de publicação: DJ 23 fev. 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14783663/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-25812-df-stf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

Sabe-se que esse meio investigativo ganhou maior destaque nos últimos anos. Contudo, em decorrência do próprio sigilo a que estão submetidos os feitos, há um embaraço natural em compilar dados estatísticos.

Bastante pertinente é a ponderação dos promotores de Justiça Cleber Masson e Vinícius Marçal:

O processo penal hodierno não pode mais operar sob a lógica probatória do processo penal ortodoxo. O processo penal estruturado no século passado, tendo por foco a realidade das infrações penais cometidas pelos conhecidos meliantes Caio, Tício, Mévio e Semprônio não responde mais aos anseios da atualidade. Antes, as identificações criminais fotográficas e datiloscópicas eram o ápice da tecnologia. Hoje, estes meios não bastam. Vivemos a era do direito probatório de terceira geração, com a possibilidade de utilização de provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais. Interceptações telefônica, ambiental e telemática; quebras de ERB, de sigilo bursátil, fiscal e bancário; scanner corporal; identificação pelo perfil genético e tantas outras diligências probatórias não podem mais ser relegadas em detrimento da “hipérbole” do direito ao silêncio.⁴⁴

Com essas considerações, impende assinalar que os dados bursáteis, ao lado dos bancários e fiscais, completam o tripé da investigação criminal, sob a perspectiva da evolução patrimonial.⁴⁵ O acesso a esses registros, notadamente em conjunto com os telefônicos e telemáticos, representa ganho significativo para os trabalhos dos órgãos de persecução penal, em especial na fase pré-processual.

Em linhas gerais, a visão panorâmica que deles se pode extrair possibilita a intensificação do mapeamento da efetiva ocorrência e da extensão dos atos possivelmente criminosos. Propicia a demonstração do liame subjetivo entre os agentes, o delineamento de sua atuação, a individualização de suas condutas e a identificação de eventuais outros atores que estejam compactuando com supostas práticas ilícitas.

⁴⁴ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. A identificação compulsória pelo perfil genético e a hipérbole do direito ao silêncio. *Associação Goiana do Ministério Público*, Goiânia, 2 jun. 2017. Disponível em: <https://www.agmp.org.br/admin/noticias/pdfs/20170602153410.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁴⁵ CARVALHO, Marcus Vinicius de; FERNANDES, Robinson. Novas possibilidades de afastamento de sigilo de dados na investigação criminal tecnológica: bancário, fiscal, bursátil e dados armazenados em nuvem para persecução do proveito da criminalidade. In: JORGE, Higor Vinicius Nogueira (coord.). *Tratado de investigação criminal tecnológica*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 99.

A investigação financeira viabiliza o cotejo das movimentações financeiras ocorridas no período da investigação, oportunizando a descoberta de patrimônio fruto de atos de lavagem de dinheiro, a verificação da existência e das circunstâncias da transferência de ativos entre os envolvidos e, até mesmo, o rastreamento de recursos desviados dos cofres públicos.

O cruzamento com os registros fiscais, a partir das declarações e informações documentadas na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, enseja a detecção de relações financeiras e patrimoniais entre os envolvidos e, inclusive, eventuais interpostas pessoas, assim como a constatação do trânsito de valores incompatíveis com as capacidades financeiras presumidas e variações patrimoniais “a descoberto”.

O objetivo pode ser traduzido como a busca pela confluência de evidências materiais, a serem agregadas aos demais aportes já existentes para elevar a investigação a patamar diverso, mais apurado, em uma gramatura tal que permita descortinar os contornos objetivos e subjetivos dos fatos em investigação.

Uma vez deferido judicialmente o afastamento do sigilo dos dados bursáteis para fins de investigação ou instrução processual penal, a autoridade judiciária competente, os órgãos de persecução e os demais destinatários das informações passam a ter o dever de zelar pelo seu resguardo.⁴⁶ Em outras palavras, esses dados podem ser usados tão somente para a apuração ou a ação penal a que se destinam, devendo ser mantidos fora do alcance de terceiros, de maneira a preservar, tanto quanto possível, o direito à intimidade e à privacidade do indivíduo que teve o sigilo removido. Em caso de eventuais autorizações para compartilhamento da prova, é vedado aos receptores, enquanto depositários dessas informações, conferir-lhes ampla e irrestrita publicidade, dada a estatura de garantia constitucional fundamental conferida ao sigilo bursátil.

Lado outro, embora o foco deste artigo seja a quebra do sigilo dos dados bursáteis pelo Poder Judiciário, é mister anotar que, a exemplo do que sucede com as informações bancárias, os dados bursáteis podem ser validamente acessados, desde que obedecidas as balizas legais e sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito constituídas no âmbito do Poder Legislativo Federal, Estadual e Municipal (não incidência da cláusula da reserva de jurisdição, em razão da atribuição, pelo legislador constituinte originário, dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais: art. 58, § 3º, da Constituição

⁴⁶ LIMA, 2020, p. 861.

Federal,⁴⁷ art. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 105/2001,⁴⁸ Mandados de Segurança n. 23.452/RJ e n. 23.652/DF⁴⁹ e Ação Cível Originária n. 730/RJ,⁵⁰ apreciados pelo Supremo Tribunal Federal); pelas Administrações Fazendárias Federal, Estaduais e Municipais (transferência de sigilo: arts. 5º, *caput*, e 6º da Lei Complementar n. 105/2001,⁵¹ Decretos n. 3.724/2001

-
- ⁴⁷ "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 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."
- ⁴⁸ "Art. 4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.
- § 1º As comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários.
- § 2º As solicitações de que trata este artigo deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito."
- ⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Mandado de Segurança n. 23.652/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. 22.11.2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86000>. Acesso em: 20 mar. 2022.
- ⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Civil Ordinária n. 730/RJ*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 22.9.2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266125>. Acesso em: 20 mar. 2022.
- ⁵¹ "Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços [...]."
- "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 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."

e n. 4.489/2002, Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.386/DF, 2.390/DF, 2.397/DF e 2.859/DF,⁵² Recurso Extraordinário n. 601.314/SP⁵³ e Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 121429/SP⁵⁴ julgados pelo Supremo Tribunal Federal; pelos Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios; e pelo Ministério Público (nos casos que envolvam desvio ou malversação de verbas públicas, dados de titularidade dos órgãos públicos, inclusive das operações sucessivas, ainda que realizadas por particulares: art. 37 da Constituição Federal,⁵⁵ Mandado de Segurança n. 33.340/DF e Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 133.118/CE⁵⁶ decididos pelo Supremo Tribunal Federal).

De todo modo, a quebra do sigilo de operações financeiras fora das hipóteses autorizadas na legislação infraconstitucional, a omissão, o retardamento injustificado e a prestação de informações falsas poderão constituir o crime tipificado no art. 10, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar n. 105/2001.

A Lei Complementar n. 105/2001, no art. 11, enuncia expressamente que o agente público responderá pessoal e diretamente pelos danos decorrentes da utilização ou viabilização do uso de qualquer informação obtida com a quebra do sigilo, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

Não se pode deixar de mencionar, entretanto, que a Lei Complementar n. 105/2001, no art. 1º, § 3º e incisos, estabelece situações que não constituem

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.859/DF*. (Julgamento conjunto das ADIs n. 2.390/DF, 2.386/DF, 2.397/DF e 2.859/DF). Relator: Min. Dias Toffoli. 24.2.2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899965>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 601.314/SP*. Relator: Min. Edson Fachin. 24.2.2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *RHC 121.429/SP*. Relator: Min. Dias Toffoli. 19.4.2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11052024>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁵⁵ "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]."

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *RHC n. 133.118/CE*. Relator: Min. Dias Toffoli. 26.9.2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14475147>. Acesso em: 20 mar. 2022.

violação do dever de sigilo das operações financeiras, entre as quais a comunicação às autoridades competentes da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre transações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa.

A propósito, o art. 9º, *caput* e § 2º, explicita o dever de o Bacen e a CVM informarem ao Ministério Público a ocorrência ou indícios da prática de crime definido em lei como de ação penal pública, detectados no exercício de suas atribuições, devendo anexar à comunicação os documentos necessários à apuração ou à comprovação dos fatos.

Nos termos do art. 2º, § 6º, o Bacen, a CVM e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, também deverão fornecer ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes de branqueamento de capitais ou com eles relacionar-se.⁵⁷

A toda evidência, as medidas albergadas pela legislação brasileira⁵⁸ alinham-se, sobretudo, à preocupação das autoridades financeiras, policiais e judiciais internacionais com atos de corrupção, lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo e com a necessidade de harmonização de recomendações e práticas e de progressiva cooperação internacional, o que vem levando à contínua celebração de convenções sobre esses temas, muitas das quais impulsionam, por sua vez, a confecção e o aprimoramento das normas nacionais.⁵⁹

Destacam-se, nesse sentido, as recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi/FATF), reconhecidas por mais de duzentos países como

⁵⁷ Sugere-se a leitura conjunta dos arts. 9º a 11 da Lei n. 9.613/1998.

⁵⁸ É importante realçar as metas e ações da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), que surgiu como rede de articulação para arranjo e discussões entre diversos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e Ministério Público, bem assim para formulação de políticas públicas e soluções voltadas ao combate a esses crimes. Vale conferir, também, a Instrução CVM n. 617/2019, que dispõe sobre a prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (PLDFT) no âmbito do mercado de valores mobiliários.

⁵⁹ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Direito do mercado de valores mobiliários*. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2017. E-book. (Programa TOP de Treinamento de Professores). p. 865.

padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação,⁶⁰ além dos compromissos assumidos pelo Brasil, ao incorporar ao ordenamento jurídico pátrio normas internacionais, tais como a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (*Convenção de Viena*); a Convenção sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime (*Convenção de Estrasburgo*) – atualizada pela Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo (*Convenção de Varsóvia*) –; a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (*Convenção da OCDE*); a Convenção Interamericana contra a Corrupção; a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Internacional (*Convenção de Palermo*); a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo; a Convenção Interamericana contra o Terrorismo (2005); e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (*Convenção de Mérida*).⁶¹

6 · ASPECTOS OPERACIONAIS DA QUEBRA DO SIGILO DOS DADOS BURSÁTEIS NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO OU DO PROCESSO CRIMINAL

Especial atenção deve ser dedicada à correta instrumentalização da ordem judicial de afastamento do sigilo dos dados bursáteis para o célere e efetivo alcance da finalidade cautelar pretendida.

Em razão da dificuldade enfrentada no manuseio e no exame dos registros decorrentes dos pedidos de quebra do sigilo bancário, a Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise da Procuradoria-Geral da República, seguindo as diretrizes da Carta-Circular do Bacen n. 3.454/2010, desenvolveu o Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias (Simba), software gratuito, como ferramenta que possibilita a coleta, o processamento e a análise detalhada das informações, por meio de canal criptografado, via

⁶⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI). *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: as recomendações do GAFI*. Fev. 2012. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁶¹ BRASIL, 2017, p. 865-867.

rede mundial de computadores, proporcionando uniformidade, eficiência, transparéncia e segurança aos trabalhos.⁶²

Contemporaneamente, o Simba representa uma evolução do projeto inicialmente adotado e consiste em um conjunto de processos, módulos e normas para o tráfego, pela internet, de dados bancários entre instituições financeiras e órgãos governamentais. Além do Ministério Público Federal, a tecnologia é disponibilizada a cerca de oitenta instituições e órgãos públicos (Polícia Federal, Polícias Civis, Tribunais, Ministério Público de diversas unidades da Federação, Controladoria-Geral da União, Tribunais de Contas, Procuradoria da Fazenda Nacional, Secretarias de Fazenda, Câmara dos Deputados etc.).⁶³

Para acompanhar as demandas que despontam com o uso de novas técnicas avançadas de investigação, o Simba foi recentemente aperfeiçoado para admitir a recepção de outros tipos de produtos financeiros, em formatos diversos, como os relacionados a mercados de valores mobiliários, seguro privado, previdência fechada, previdência privada aberta e criptoativos, além dos tradicionais arquivos recebidos conforme o modelo de leiaute estabelecido pelo Bacen na Carta-Circular n. 3.454/2010,⁶⁴ e em formato “gab”.

A inovação veio ao encontro da diretriz do legislador brasileiro para que os encaminhamentos das instituições financeiras e tributárias, em resposta às ordens judiciais de quebra ou transferência do sigilo, sempre que determinado, sejam em meio informático e apresentados em arquivos que possibilitem a migração de informações para os autos do processo sem redigitação, consoante art. 17-C da Lei n. 9.613/1998, incluído pela Lei n. 12.683/2012.

Em termos práticos, protocolado o Pedido de Cooperação Técnica no Simba e gerado o “número do caso”, o passo seguinte deve ser a elaboração da petição inicial da medida cautelar preparatória ou incidental, fundamentada na Lei Complementar n. 105/2001 – conforme exposto – e direcionada à autoridade judiciária competente, com pedido de

⁶² BRASIL. Ministério Públco Federal. *Simba: o que é e para que serve?* Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sppea/sistemas/simba-1>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁶³ CARVALHO; FERNANDES, 2020, p. 97-98.

⁶⁴ BRASIL. Banco Central do Brasil. *Carta-Circular n. 3.454, de 14 de junho de 2010.* Divulga leiaute das informações de que trata a Circular n. 3.290, de 5 de setembro de 2005. Disponível em: https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/49600/C_Circ_3454_v1_O.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

decretação do levantamento do sigilo dos dados bursáteis da pessoa física ou jurídica, referentes a período determinado.

Deve ser formulado requerimento de remessa, via Simba, das transações de títulos e valores mobiliários efetivadas por meio de sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, que integram o Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS), mantido pelo Bacen, e o Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário (SisbaJud), sucessor do BacenJud, criado pelo Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Bacen e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Para evitar a incompletude das informações a serem fornecidas pelas instituições financeiras, é recomendável que o pedido e a ordem judicial de quebra do sigilo compreendam as transações de títulos e valores mobiliários eventualmente realizadas em nome de terceiros, nas quais o requerido figure como cotitular, representante, responsável ou procurador, de forma individualizada ou em conjunto com outras pessoas físicas ou jurídicas.

Caso deferido o afastamento do sigilo dos dados bursáteis, para a operacionalização da ordem judicial, a autoridade judiciária competente deve preencher o cadastro das informações do módulo de afastamento do sigilo bancário no SisbaJud, considerando o “número do caso”, a fim de que as instituições responsáveis conheçam o teor da decisão judicial e transmitam os dados financeiros do requerido diretamente ao Simba.

Essa providência viabiliza a veiculação, por meio do SisbaJud, de ordens de bloqueio e transferência de ativos de renda fixa, de renda variável e cotas de fundos de investimentos, dispensando o envio de ofícios em papel, que, não raras vezes, eram direcionados a instituições financeiras sem relacionamento com o requerido e, tampouco, responsabilidade para cumprir as determinações judiciais, gerando atraso no atendimento, desperdício de recursos e demasiado esforço dos envolvidos.

O fluxo das comunicações entre o Poder Judiciário, as instituições financeiras e os órgãos de persecução penal dá-se, portanto, pela plataforma Simba, que, centrada essencialmente na confidencialidade e na integridade das informações, atua de forma integrada e em cooperação com os sistemas SisbaJud e CCS, contribuindo sobremaneira para a duração razoável das investigações criminais.

O SisbaJud possui a funcionalidade de indicar à autoridade judiciária competente o resultado da consulta instantânea ao CCS, que registra a relação das instituições financeiras e demais entidades autorizadas pelo Bacen nas quais

o requerido mantém ativos, incluindo as datas de início e fim dos relacionamentos e a identificação de eventuais representantes legais e procuradores, porém não sistematiza as movimentações financeiras propriamente ditas.

Da ordem judicial deve constar a obrigação de as instituições financeiras enviarem os respectivos dados estruturados, por meio do Simba, conforme modelo de leiaute estabelecido na Carta-Circular n. 3.454/2010 do Bacen e determinado às autoridades judiciais pela Instrução Normativa n. 3/2010 da Corregedoria Nacional de Justiça.⁶⁵ Com base nas normas vigentes do Bacen e do CMN, as entidades devem informar todos os campos dos arquivos previstos na referida carta-circular.

As instituições financeiras devem utilizar o programa “validador bancário” e transmitir os dados para o caso por meio do programa “transmissor bancário”, cujos procedimentos constam do arquivo MI 001 – Leiaute de Sigilo Bancário –, disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise da Procuradoria-Geral da República.⁶⁶

Adicionalmente, é interessante que seja acrescido à petição inicial o pedido complementar de envio das informações relativas ao requerido existentes no Sistema de Informações de Crédito do Banco Central (SCR) e em todos os campos do extrato consolidado da “Área Logada do Investidor” da B3, igualmente com vinculação ao período específico do afastamento do sigilo dos dados bursáteis.⁶⁷

O Bacen mantém o SCR, instrumento usado para acompanhar as carteiras de crédito das instituições financeiras, entre elas as sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, que enviam mensalmente os dados dos clientes, mesmo quando em liquidação extrajudicial, sob intervenção ou em regime de administração especial temporária. É considerado o maior cadastro brasileiro baseado em informações positivas e

⁶⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. *Instrução Normativa n. 3, de 9 de agosto de 2010*. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//instrucao_normativa/instrucao_normativa_03_09082010_29012015163313.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁶⁶ BRASIL. Ministério Públíco Federal. Procuradoria-Geral da República. Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise. *Memorando de Instrução – MI 001 – SPPEA/PGR*: versão 3.0. Brasília: MPF/PGR, jun. 2019. Disponível em: <https://asspaweb.pgr.mpf.mp.br/site/index.php/component/jdownloads/send/27-normas-e-comunicados/94-mi-001-sigilobancario-bancos-v2-3-atualizado-21-06-2016>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁶⁷ BRASIL. Ministério Públíco Federal. Procuradoria-Geral da República. Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise. *Minuta de pedidos complementares do SIMBA*. Brasília: MPF, [20–].

contém dados sobre o comportamento dos clientes em relação às obrigações contraídas no sistema financeiro.

A B3, por seu turno, possui a “Área Logada do Investidor”, que permite àquele que tenha conta em banco ou corretora consulta às posições e movimentações dos seus investimentos registrados dentro da bolsa de valores, como ações, tesouro direto, ativos de renda fixa, derivativos e empréstimo de ativos. Também possibilita o acesso às informações de proventos, como dividendos, juros sobre capital próprio e outros rendimentos, além das garantias relacionadas a esses produtos.

As informações da “Área Logada do Investidor” da B3 são compiladas em um único extrato com os seguintes campos: (I) posição: detalha a posição de custódia do investidor em uma determinada data e os investimentos estão classificados de acordo com o tipo de produto; (II) movimentação: especifica a movimentação dos ativos em um determinado período entre duas datas; (III) negociação: discrimina a negociação dos ativos e contratos do investidor em determinado período entre duas datas; (IV) ofertas públicas: relaciona as últimas ofertas de que o investidor participou; (V) garantias: compila os ativos dados em garantia pelo investidor.

Eventuais investimentos registrados em outras *clearings* ou localizados diretamente em escriturador (definido pelo emissor do produto/ativo) não ficam dentro do ambiente da B3 e, por tal razão, não são exibidos no portal.

Da ordem judicial deve constar a obrigação de as instituições financeiras encaminharem esses dados e os documentos a eles referentes, via Simba, em “.txt”, “.cvs”, “.xlsx” ou, na impossibilidade de utilização desses formatos, em “.pdf”, com referência ao “número do caso”, por meio do programa “validador bancário”, na opção “transmissão de documentos”.⁶⁸

Se necessário for, nada impede a expedição de ofícios diretamente à CVM, à B3 e (ou) aos participantes de mercado (apontados no CCS) pela autoridade judiciária competente ou, mediante autorização judicial, pelos próprios órgãos de persecução penal, para a obtenção completa dos dados e documentos, via Simba, nos moldes detalhados no

⁶⁸ BRASIL, [20-]b. Nada obstante, importa frisar que a opção “transmissão de documentos” comporta os mais diversos formatos de arquivo, a saber: “.pdf”, “.txt”, “.bmp”, “.jpg”, “jpeg”, “.png”, “.xls”, “.xlsx”, “.ods”, “.doc”, “.docx”, “.odt”, “.xml”, “.csv” e “.zip”.

parágrafo anterior, aí incluídos: posição consolidada dos valores mobiliários em nome do requerido; discriminação dos tipos de serviço prestados ao requerido; relatório consolidado das operações realizadas em nome do requerido, com indicação das datas e dos horários das transações e especificação dos ativos transacionados, da natureza das operações (compra/venda), das partes envolvidas, das quantidades transacionadas, dos valores financeiros correspondentes e dos preços médios despendidos; extratos, notas de corretagem, faturas, documentos de suporte das representações cadastradas (procurações, formulários, cartões de autógrafo, dados biométricos etc.); relatórios de fiscalização; e quaisquer outros documentos comprobatórios das transações envolvendo títulos e valores mobiliários efetivadas em nome do requerido.

É necessário que todas as etapas da instrumentalização constem do requerimento de quebra do sigilo dos dados bursáteis dirigido ao Poder Judiciário.

O prazo para atendimento da ordem deve ser fixado pela autoridade judiciária competente, sugerindo-se, normalmente, trinta dias, a contar do recebimento do respectivo expediente.

Uma sugestão é a inserção de pedido de fixação de multa diária para a hipótese de descumprimento parcial ou total de quaisquer determinações referentes ao afastamento do sigilo dos dados bursáteis, a ser devida até o efetivo e completo fornecimento das informações e da documentação respectiva, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, até mesmo criminais, além da expedição de mandado de busca e apreensão, nos termos do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, aplicável por força do art. 3º do Estatuto Processual Penal.

O Simba ainda não gera relatórios específicos sobre os dados bursáteis, como ocorre com os dados bancários, mas é possível extrair arquivos contendo as próprias informações inseridas no sistema pelas instituições financeiras.

Outrossim, não se pode olvidar da necessidade de se providenciarem a extração e a juntada aos autos da medida cautelar dos registros brutos recebidos no Simba, a partir do cumprimento da ordem judicial, os quais materializam a prova documental resultante do afastamento do sigilo. O Simba gera códigos de segurança (*hashs*) para os arquivos transmitidos pelas instituições financeiras, o que permite confirmar a integridade dos dados. Vale enfatizar que os laudos periciais e relatórios de análise produzidos pelos órgãos de persecução penal não representam ou substituem

a integralidade dos dados recebidos pelo Simba, exatamente no formato em que foram transmitidos pelas entidades.⁶⁹

Nos casos que envolvem a apuração de crimes contra o mercado de capitais (arts. 27-C a 27-F da Lei n. 6.385/1976, com redação dada pelas Leis n. 10.303/2001 e n. 13.506/2017), o Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 7.492/1986) e a economia popular (Lei n. 1.521/1951), pode ser requerida autorização judicial para cooperação interinstitucional com a CVM, com vistas a melhor análise dos dados bursáteis, a ser implementada mediante compartilhamento dos elementos de informação e provas reunidos no curso das investigações criminais (também para fins de instrução de eventuais procedimentos administrativos instaurados no exercício da atuação sancionatória, quando não houver prejuízo à manutenção do sigilo), e, em sentido inverso, dos resultados dos trabalhos da entidade supervisora do Sistema Financeiro Nacional com o Poder Judiciário (no interesse das apurações criminais).

Em arremate, mesmo não sendo o escopo deste artigo, importa consignar que a indisponibilidade de ativos existentes em nome do requerido pode ser efetivada pelo próprio SisbaJud, tendo em vista que já foi promovida a integração das corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários ao sistema, conforme acentuado anteriormente, o que, igualmente, assegura maior efetividade da medida cautelar assecuratória.

7 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

No campo da investigação criminal, notadamente sob a perspectiva da persecução do proveito da ilicitude em delitos patrimoniais, é inegável a relevância do afastamento do sigilo bursátil, que, ao lado dos sigilos bancário e fiscal, tende a ocupar papel protagonista, vocacionado à recuperação de ativos em benefício da vítima ou da coletividade.

Por representar restrição ao direito fundamental individual de proteção da intimidade e da vida privada, desponta como meio investigativo que, conquanto deva ser prestigiado, não pode ser utilizado de forma indiscriminada, submetendo-se aos estritos limites e requisitos infraconstitucionais e jurisprudenciais.

A temática do levantamento do sigilo dos dados bursáteis demanda imersão doutrinária e pronunciamento dos Tribunais Superiores, que,

⁶⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise. *Minuta de juntada de dados financeiros em processo judicial*. Brasília: MPF [20--]b. Disponível em: <https://asspaweb.pgr.mpf.mp.br/site/index.php>. Acesso em: 20 mar. 2022.

seguramente, em futuro próximo, serão chamados a se debruçar sobre questões gravitacionais, como a chancela do acesso válido a registros pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, pelas Administrações Tributárias, pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público; o aluguel de ações; a alienação antecipada de ativos financeiros; a cooperação jurídica internacional para a operacionalização da quebra do sigilo, entre inúmeras outras problemáticas a serem tateadas com a expansão do uso desse meio investigativo na ambiência do processo penal contemporâneo.

REFERÊNCIAS

- B3 S.A. BRASIL, BOLSA, BALCÃO. A descoberta da bolsa pelo investidor brasileiro. *B3*, São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.b3.com.br/data/files/DE/47/57/09/B3866710D32004679C094EA8/Pesquisa%20PF_Apresentacao_final_11_12_20_.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.
- B3 S.A. BRASIL, BOLSA, BALCÃO. B3 atinge 5 milhões de contas de investidores em renda variável em janeiro. *B3*, São Paulo, 4 fev. 2022. Disponível em: https://www.b3.com.br/pt_br/noticias/5-milhoes-de-contas-de-investidores.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.
- B3 S.A. BRASIL, BOLSA, BALCÃO. B3 divulga estudo sobre os 2 milhões de investidores que entraram na bolsa entre 2019 e 2020. *B3*, São Paulo, 14 dez. 2020. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/noticias/investidores.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.
- B3 S.A. BRASIL, BOLSA, BALCÃO. Participantes. *B3*, São Paulo. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/participantes/busca-de-participantes/participantes/. Acesso em: 20 mar. 2022.
- B3 S.A. BRASIL, BOLSA, BALCÃO. Uma das principais empresas de infraestrutura de mercado financeiro do mundo. *B3*, São Paulo, Disponível em: https://www.b3.com.br/pt_br/b3/institucional/quem-somos/. Acesso em: 20 mar. 2022.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Banco Central do Brasil. *Carta-Circular n. 3.454, de 14 de junho de 2010*. Divulga leiaute das informações de que trata a Circular n. 3.290, de 5 de setembro de 2005. Disponível em: https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/49600/C_Circ_3454_v1_O.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.
- BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Decisão Conjunta BACEN/CVM 17/2009*. Autoriza as sociedades distribuidoras de títulos e valores

mobiliários a operar diretamente nos ambientes e sistemas de negociação dos mercados organizados de bolsa de valores. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/decisoesconjuntas/dcbccvm17.html>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Direito do mercado de valores mobiliários*. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2017. E-book. (Programa TOP de Treinamento de Professores).

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Instrução CVM n. 461, de 23 de outubro de 2007*. Disciplina os mercados regulamentados de valores mobiliários e dispõe sobre a constituição, organização, funcionamento e extinção das bolsas de valores, bolsas de mercadorias e futuros e mercados de balcão organizado. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/400/inst461consolid.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Instrução CVM n. 617, de 5 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre a prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo – PLDFT no âmbito do mercado de valores mobiliários. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/600/inst617.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Mercado de valores mobiliários brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2019. E-book. (Programa TOP de Treinamento de Professores).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. *Instrução Normativa n. 3, de 9 de agosto de 2010*. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//instrucao_normativa/instrucao_normativa_03_09082010_29012015163313.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *SISBAJUD*: Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário. Brasília: CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/SISTEMA-DE-BUSCA-DE-ATIVOS.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Grupo de Ação Financeira Internacional (GAIFI). *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: as recomendações do GAIFI*. Brasília: MJ, 2012. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Minuta completa do SIMBA*. Brasília: MPF, [20--]a. Disponível em: <https://asspaweb.pgr.mpf.mp.br/site/index.php>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Ministério Pùblico Federal. *Minuta de juntada de dados financeiros em processo judicial*. Brasília: MPF, [20--]b. Disponível em: <https://asspaweb.pgr.mpf.mp.br/site/index.php>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Ministério Pùblico Federal. *Minuta de pedidos complementares do SIMBA*. Brasília: MPF, [20--]c.

BRASIL. Ministério Pùblico Federal. Procuradoria-Geral da Repùblica. Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise. *Memorando de Instrução – MI 001 – SPPEA/PGR*: versão 3.0. Brasília: MPF/PGR, jun. 2019. Disponível em: <https://asspaweb.pgr.mpf.mp.br/site/index.php/component/jdownloads/send/27-normas-e-comunicados/94-mi-001-siglobancario-bancos-v2-3-atualizado-21-06-2016>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Ministério Pùblico Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. *Tratados de direitos humanos: sistema internacional de proteção aos direitos humanos*. v. 4. Brasília: MPF, 2016. (Coleção MPF Internacional).

BRASIL. Ministério Pùblico Federal. *Simba: o que é e para que serve?* Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sppea/sistemas/simba-1>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Mandado de Segurança n. 23.652/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. 22.11.2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86000>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BUENO, Marlene Nunes Freitas; FARIA, Rodrigo César Bolleli (coord.). *Manual de atuação na defesa do patrimônio público*. Goiânia: ESMP/GO, 2013. Disponível em: http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/05/07/10_14_14_14_ManualAtua%C3%A7aoDefesaPatrimoniopublico.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

CARDOSO NETO, Lauro Pinto; VELOSO, Eduardo Gazzinelli. *Quebra de sigilos fiscal e bancário: ferramentas para o aprimoramento do acesso a dados protegidos*. Brasília: Escola Superior do Ministério Pùblico da União, 2006. (Manuais de Atuação ESMPU; v. 2). Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/manuais-de-atuacao/volume-2-quebra-de-sigilos-fiscal-e-bancario>. Acesso em: 20 mar. 2022.

CARVALHO, Marcus Vinicius de; FERNANDES, Robinson. Novas possibilidades de afastamento de sigilo de dados na investigação criminal tecnológica: bancário, fiscal, bursátil e dados armazenados em nuvem para persecução do proveito da criminalidade. In: JORGE, Higor Vinicius Nogueira (coord.). *Tratado de investigação criminal tecnológica*. Salvador: JusPodivm, 2020.

CASTANHARO, Daniele. Quebra do sigilo bancário: visão das Cortes Superiores. *Revista Eletrônica Âmbito Jurídico*, São Paulo, 1º abr. 2020.

Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/quebra-do-sigilo-bancario-visao-das-cortes-superiores/>. Acesso em: 20 mar. 2022.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUBEUX, Julio Ramalho. *A comissão de valores mobiliários e os principais instrumentos regulatórios do mercado de capitais brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

EIZIRIK, Nelson. *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais: regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, ano 1, out./dez. 1992.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os valores mobiliários. *Lobo & Lira*, 3 jul. 2019. Disponível em: <https://www.loboelira.com.br/os-valores-mobiliarios-2/>. Acesso em: 20 mar 2022.

MAGALHÃES, Assusete. Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: o dever estatal de preservação da fonte da prova. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Doutrina*: edição comemorativa – 25 anos. Brasília: STJ, 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/70/3811>. Acesso em: 20 mar. 2022.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. A identificação compulsória pelo perfil genético e a hipérbole do direito ao silêncio. *Associação Goiana do Ministério Público*, Goiânia, 2 jun. 2017. Disponível em: <https://www.agmp.org.br/admin/noticias/pdfs/20170602153410.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os princípios informadores do direito do mercado financeiro e de capitais. In: MOSQUERA, Roberto Queiroga (coord.) *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1999.

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: 20 mar. 2022.

OLIVEIRA, Rogério Alvarez de; ALVAREZ, Wanessa Gonçalves. Particularidades atuais da quebra de sigilo bancário (parte 1). *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 3 abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-03/mp-debate-particularidades-atuais-quebra-sigilo-bancario-parte>. Acesso em: 20 mar. 2022.

PINHEIRO, Juliano Lima. História da bolsa de valores. *Revista Eletrônica Mercado Comum*, Belo Horizonte, 5 jun. 2014. Disponível em: https://www.mercadocomum.com/historia_da_bolsa_de_valores/. Acesso em: 13 maio 2022.

PINHEIRO, Juliano Lima. *Mercado de capitais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. E-book.

QUEIROZ, José Eduardo Carneiro. O conceito de valor mobiliário e a competência da Comissão de Valores Mobiliários e do Banco Central do Brasil. In: QUIROGA, Roberto Mosquera (coord.). *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1999. v. 2.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. As consequências institucionais do novo conceito de valor mobiliário: as competências do CMN, do Bacen e da CVM. In: QUIROGA, Roberto Mosquera (coord.). *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 2000. v. 2.

SÁ, César Gomes de. O sigilo bancário à luz da jurisprudência do STF. *Revista Eletrônica Jus Navigandi*, [s. l.], 18 fev. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64173/o-sigilo-bancario-a-luz-da-jurisprudencia-do-stf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Os valores mobiliários e a oferta pública destes no Brasil. In: ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de (org.).

Regulação brasileira do mercado de capitais. São Paulo: Saraiva, 2015.
E-book. (Coleção Direito, Desenvolvimento e Justiça).

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.* Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book.*

CAPÍTULO 14

TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO E COMPLIANCE CRIMINAL: EM BUSCA DE UMA HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA

Leonardo Augusto de Andrade Cezar dos Santos

1 · INTRODUÇÃO

O mundo de hoje é complexo, dinâmico e rápido. Essa diversidade de características faz com que a matéria-prima dos operadores do Direito se modifique com uma velocidade nunca vista na história. As inovações nos métodos tecnológicos trazem também novos horizontes de progresso. No entanto, tal fenômeno cria novos riscos e inseguranças.¹

Esse cenário muda completamente as concepções clássicas sobre a realidade. A soberania é um exemplo. Ela, que é um conceito intimamente ligado ao Estado, está sendo cada dia menos rígida. E, como o mercado não despreza a realidade por instinto de preservação, esse acontecimento tem feito com que empresas usem bastante a dinâmica do mundo atual para ter competitividade.²

Isso não fica restrito a questões econômicas. Referida dinâmica já se espalhou no cotidiano das pessoas, em que parecia ausente. E essa complexidade tanto nos aspectos econômicos quanto na vida das pessoas não ficou restrita às atividades lícitas, pois as organizações criminosas também utilizam os mesmos instrumentos para prática de suas

¹ CALLEGARI, André Luis. Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal. *Derecho penal y criminología*, v. 31, n. 91, p. 15-39, 2010. p. 15.

² FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Globalização e regionalização: impactos no Estado e no Direito. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, v. 36, n. 0, p. 359-378, 2001.

condutas ilícitas. Com isso, é necessário um novo enfoque interpretativo do operador do Direito para que a complexidade de produção probatória e a repressão à criminalidade não sejam inócuas. Para isso, surgiram as Técnicas Especiais de Investigação (TEIs), que buscam adequar os instrumentos de coleta de prova às exigências do mundo contemporâneo.

No entanto, elas não são o único instrumento, uma vez que as mesmas mudanças exigiram uma nova cultura no mundo corporativo, de modo a fazer com que as empresas também atuem na prevenção de crimes. Surgem, portanto, os programas de compliance que, por sua natureza, abrangem tanto a questão preventiva quanto a questão repressiva de atos ilícitos. Previnem a ocorrência de crimes tendo a pessoa jurídica como instrumento, bem como fazem investigações internas que se assemelham a atividades policiais.

O presente artigo busca fazer a adequação, dentro dessa nova realidade, entre as TEIs e os programas de compliance criminal, com a finalidade de evitar produção de provas em desacordo com o devido processo constitucional, acarretando nulidades.

2 · TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO (TEIS): UMA NECESSIDADE DIANTE DE UM NOVO MUNDO

O crime organizado é um negócio e atingiu proporções macroeconômicas. As facilidades na circulação de bens, de serviços e de pessoas, características típicas da globalização, beneficiam igualmente atividades lícitas e ilícitas. Na medida em que as fronteiras internacionais foram enfraquecidas pelas forças de mercado e o mundo se tornou menor, ambas as corporações – legais ou criminosas – lucram com a conveniência gerada por essa globalização.

Ocorre que, para as atividades ilícitas, as organizações criminosas necessitam estimular a corrupção e outros delitos, de modo a impedir o desenvolvimento das instituições e das políticas públicas.³

Esses ilícitos praticados para atuação no mercado do crime tendem a acompanhar uma tendência contemporânea, a complexidade. E não se deve atribuir essa complexidade apenas aos progressos científicos. Ela deve ser

³ UNODC. The globalization of crime: a transnational organized crime threat assessment. *UNODC – Documentation*, New York, 2010. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/tocta-2010.html>. Acesso em: maio 2022.

vinculada à vida cotidiana – em que, para o imaginário popular e para o senso comum, estaria ausente – e nesta buscada.⁴ Portanto, essa complexidade da vida cotidiana se reflete também na complexidade das condutas criminosas.

Segundo Edgar Morin, a complexidade, numa primeira vista, é um fenômeno quantitativo, em razão do número extremo de interações e de inferências entre uma quantidade muito grande de unidades. Todavia, não existe apenas essa perspectiva, pois também há o aspecto qualitativo, em que as quantidades de interações desafiam a possibilidade de cálculo.⁵

Trazendo esse ensinamento para a produção probatória de condutas criminais complexas, temos a quantidade de dados a serem analisados durante uma investigação e a dificuldade de cruzamento desses dados a fim de, a partir dessa análise, chegar a conclusões sobre a autoria e materialidade de delitos.

São essas exigências do novo mundo que forçaram o surgimento de técnicas especiais de investigação, a fim de que o sistema jurídico não se distanciasse da realidade e pudesse dar uma resposta adequada e eficiente para demandas criminais complexas.⁶ Elas foram trazidas ao Brasil pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, que foi introduzida no direito interno brasileiro pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004.⁷

O artigo 20 dessa norma internacional traz um estímulo para que os Estados Partes adotem as TEIs, como método de coleta de provas, sempre de acordo com o direito interno de cada Estado.

No Brasil, além dessa norma internacional, por meio de uma interpretação constitucional que se mostra de acordo com o dever de persecução penal e o direito à segurança pública, o jurista Vladimir Aras entende que há uma fundamentação constitucional dessas técnicas tendo como base o art. 5º da Constituição Federal. Podemos ter como exemplo para essa

⁴ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015. p. 57.

⁵ MORIN, 2015, p. 34-35.

⁶ SINTRA, António. Técnicas especiais de investigação criminal: factor de segurança. *Revista Lusíada. Política Internacional e Segurança*, Lisboa, n. 4, p. 171-191, 2010.

⁷ BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

fundamentação a necessidade de autorização judicial para interceptação telefônica (art. 5º, XII) e a excepcionalidade do ingresso em domicílio alheio (inciso IX), com a busca e apreensão e a exploração do local.⁸

Importante trazer os ensinamentos de Danilo Andreato, outro jurista brasileiro, que define as TEIs como

meios de produção ou de obtenção de elementos de prova utilizados quando da inviabilidade de obtê-los por intermédio dos instrumentos investigativos convencionais, em última análise restritos a prova documental e/ou testemunhal, insuficientes para dar corpo ao dever de proteção e direito à segurança principalmente em face das características estruturais do crime organizado e da complexidade dos delitos econômicos e transnacionais cometidos por grupos dessa espécie.⁹

Vladimir Aras, por sua vez, também traz uma definição de TEI como sendo

as ferramentas sigilosas postas à disposição da Polícia, dos órgãos de inteligência e do Ministério Público para a apuração e persecução de crimes graves, que exijam o emprego de estratégias investigativas distintas das tradicionais, que se baseiam normalmente em prova documental e testemunhal.¹⁰

Desse modo, analisando as definições, observa-se que as TEIs servem como instrumento de coleta de provas que, pelos métodos tradicionais, seriam impossíveis. É a resposta estatal dada para solucionar o déficit de eficiência investigativa para crimes nos quais as condutas possuem uma complexidade inerente a ponto de inviabilizar a persecução penal pelos métodos tradicionais.

Para Vladimir Aras, as TEIs têm a finalidade de anular, a favor das autoridades estatais investigativas, as vantagens que os criminosos possuíam ao trabalhar com o fator surpresa.¹¹ A Lei n. 12.850/2013,¹² em seu art. 3º, previu as TEIs nos seguintes termos:

⁸ ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 403-460.

⁹ ANDREATO, Danilo. *Técnicas especiais de investigação: premissas teóricas e limites constitucionais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

¹⁰ ARAS, 2011.

¹¹ ARAS, 2011.

¹² BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de

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

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

Observação importante é trazida por Danilo Andreato. Ele não restringe a utilização das TEIs apenas para a fase administrativa da persecução penal. Deixa claro o autor que essa denominação tem origem nas normas internacionais, mas que, no Brasil, algumas modalidades podem ser utilizadas também durante o processo, como a colaboração premiada e a proteção de testemunhas. Com isso, existem instrumentos de obtenção de provas que podem ser utilizados tanto na fase pré-processual quanto na judicial.¹³

Reforçando esse entendimento, o *caput* do art. 3º da Lei n. 9.807/1999 já prescreve que a utilização das provas pode ocorrer em qualquer fase da persecução penal.

3 · COMPLIANCE CRIMINAL: MAIS UM EXEMPLO DOS NOVOS TEMPOS

Compliance é um termo em inglês que, por si só, ficaria vago e abstrato. Deriva do verbo *to comply*, que significa cumprir o quanto exigido, estar em

dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm#art26. Acesso em: 18 mar. 2022.

¹³ ANDREATO, 2013, p. 53.

conformidade.¹⁴ No espanhol, que é um idioma mais relutante a estrangeirismos, a tradução do termo é *cumplimiento*, que é o ato ou efeito de cumprir.¹⁵

Petreluzzi e Rizek definem compliance como o conjunto de medidas implementadas por uma pessoa jurídica para fazer cumprir as exigências legais e regulamentares, implementando princípios éticos e de integridade no ambiente dos negócios.¹⁶

Aloísio Zimmer entende que o termo compliance tem como base o conceito de conformidade, isto é, a aderência a um sistema legal, a regras internas e (ou) contratuais.¹⁷ Por sua vez, o jurista espanhol Adán Nieto Martín define compliance como o conjunto de medidas que devem ser adotadas pela empresa, com o objetivo de ter uma organização alinhada com padrões éticos e não ser responsabilizada. E, quando houver responsabilização, que ela seja reduzida, nos casos em que algum funcionário cometa um crime ao atuar nas suas funções.¹⁸

A Lei n. 12.846/2013¹⁹ (Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica) diz, no inciso VIII de seu art. 7º:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

[...]

VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação

¹⁴ TO COMPLY. In: DICTIONARY Merriam-Webster. Merriam-Webster Online. [19–]. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/>. Acesso em: 1º mar. 2021.

¹⁵ CUMPLIMIENTO. In: DICCIONARIO de la Real Academia de la Lengua Española [Online]. Madrid: 2021. Disponível em: <https://dle.rae.es/>. Acesso em: 1º mar. 2021.

¹⁶ PETRELUZZI, Marco Vinício; RIZEK JÚNIOR, Rubem Naman. *Lei anticorrupção*: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 141.

¹⁷ ZIMMER, Aloísio. *Lei anticorrupção*: Lei 12.846/2013. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Livro eletrônico].

¹⁸ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21-50.

¹⁹ BRASIL. *Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 18 mar. 2022.

efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; [...].

Com isso, há um incentivo para as pessoas jurídicas implementarem os programas. Resta claro que compliance é o conjunto de medidas corporativas para prevenir, diminuir e detectar um risco proveniente da prática de uma conduta ilícita praticada por algum funcionário ou preposto de uma pessoa jurídica, para que, caso esta seja surpreendida com condutas ilícitas, tenha sua pena atenuada.

Ainda dentro do contexto de complexidade, surge um novo cenário de prevenção. Isso faz com que os programas de compliance sejam verdadeiros meios de controle social, para que sejam impedidas práticas de ilícitos dentro das organizações. No entanto, a conduta ilícita também pode ser um crime. Daí surge o compliance criminal.

O compliance criminal tem a ver com uma possível responsabilização da pessoa jurídica por condutas criminosas praticadas pelos seus funcionários ou prepostos e serve como uma reação, com a criação de mecanismos de controle e prevenção.²⁰

O compliance voltado para a seara criminal compreenderia o sistema de avaliação de condutas que ocorrem no seio da atividade das pessoas jurídicas, a fim de evitar a violação de normas criminais, seja contra a própria entidade, seja apenas com enfoque penal.²¹

Juan Antonio Lascuraín, jurista espanhol, entende que os programas de compliance criminal são os instrumentos utilizados pelas pessoas jurídicas para que não se pratiquem crimes em seu favor e tampouco seus funcionários ou prepostos se envolvam em delitos. E isso, segundo ele, é concretizado por métodos de prevenção geral pelos “mini-ordenamentos penais intraempresariais”.²²

²⁰ ROTSCH, Thomas. Criminal compliance. *InDret – Revista para El Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 1, jan. 2012.

²¹ ANSELMO, Márcio Adriano. Compliance, direito penal e investigação criminal: uma análise à luz da ISO 19600 e 37001. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 979, p. 53-67, maio 2017.

²² LASCURAÍN, Juan Antonio. Los programas de cumplimiento como programas de prudencia penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 25, n. 1 a 4, p. 96-118, jan./dez. 2015.

O autor, em outro trabalho, segue defendendo que esses programas constituem uma ferramenta necessária para o controle e obediência das leis penais. E, para ele, os programas de compliance são grandes instrumentos de controle e prevenção penal corporativos.²³

Ao se correlacionarem o surgimento de condutas criminais complexas e a preocupação das pessoas jurídicas em atuar de acordo com a lei, a vertente criminal do compliance é a resposta corporativa de modo a criar códigos de conduta, com a inclusão da premissa suplementar de preocupação com possíveis violações criminais. Ao ser criado esse tipo de pensamento, fica demonstrada por parte da entidade privada sua boa intenção em se colocar fora de uma atmosfera criminal ou criminógena.²⁴

Fazendo a correlação entre a atividade dos programas de compliance e a atuação estatal de combate ao crime, a jurista espanhola Ana María Neira Pena promove uma grande reflexão. Segunda ela, a necessidade de um aumento de esforços, tanto humanos como materiais, para persecução de crimes praticados no seio das pessoas jurídicas forçou o Estado a incentivar e buscar a colaboração das entidades com a administração da Justiça. Nesse sentido, os programas de compliance e as investigações internas levadas a cabo por eles cooperam com a missão estatal de controle e repressão de crimes ocorridos no atuar da pessoa jurídica. Para a autora, o Estado assume a ineficácia e ineficiência dos instrumentos que possui para combater a criminalidade mais complexa.²⁵

Ao estruturar as medidas de controle, prevenção e repressão, o compliance criminal se traduz numa espécie de polícia criminal exercida pelas entidades privadas. Há uma delegação *sui generis* da atividade policial estatal, diante da necessidade de colaboração entre o Estado e o particular para trazer maior eficiência no combate ao crime.

²³ LASCURAÍN, Juan Antonio Sánchez. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 111-136.

²⁴ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 255.

²⁵ PENA, Ana María Neira. Los privilegios del delincuente de cuello blanco en el proceso penal. In: GARCÍA, Nicolás Rodríguez; GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo; LÓPEZ, Fernando Rodríguez (eds.); SÁNCHEZ, Javier Bernal; CARRILLO, Ana E. del Teso (coords.). *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 71-100.

O Estado não renuncia à persecução penal em favor da entidade privada, mas apenas delega (prevenção e investigação). Com isso, em havendo uma delegação *sui generis*, os mesmos deveres do ente delegante (Estado) são passados para o ente delegado (entidade privada).²⁶

Isso faz com que esses programas tenham seus procedimentos de investigação internos e, com eles, façam a coleta de provas de modo a encontrar a autoria e materialidade de crimes praticados no seio das entidades.

E mais. Casos de corrupção ou outros crimes de colarinho branco praticados no seio das entidades demandam alta complexidade de coleta probatória. Os autores, por conhecerem os meandros dos procedimentos internos das pessoas jurídicas, fazem o máximo para que suas condutas não deixem rastros probatórios.

Isso guarda muita semelhança com a causa do surgimento das TEIs, uma vez que ambos possuem a função de solucionar deficiências dos meios tradicionais de coleta de provas complexas e colaboraram para a repressão e a resolução de crimes, às quais, com métodos antigos, o Estado nunca teria como chegar.

Mesmo com essa colaboração, há ainda limites que só podem ser ultrapassados com a participação do Estado, uma vez que todas as TEIs previstas no nosso ordenamento jurídico requerem a autorização judicial para sua execução.

4 · DIREITOS FUNDAMENTAIS: O LIMITADOR DO COMPLIANCE CRIMINAL

Anthony Giddens, sociólogo inglês, defende que, na atualidade, as instituições se desenvolvem em um equilíbrio do binômio confiança-risco, ou segurança-perigo. Para ele, a sociedade moderna é pautada por três grandes forças, sendo a primeira a separação do tempo e espaço; a segunda, os mecanismos de desencaixe; e a terceira, a reflexividade institucional. E essas forças acabam por desvirtuar os modelos-padrão das relações de confiança.²⁷

²⁶ Nesse sentido: SAHAN, Oliver. *Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 245-259.

²⁷ Para maior aprofundamento, vide GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991. p. 120.

Confiança e risco, e segurança e perigo, fazem parte do binômio da incerteza. Na área jurídica, o balanceamento entre esses conceitos exige a participação estatal. É o Estado que serve de fiel da balança. O ente estatal possui a função de manter o equilíbrio social, garantindo a idoneidade do sistema. Isso ocorre ainda mais quando se está diante de um Estado Democrático e Social de Direito, que tem como finalidade a concretização de direitos fundamentais.

A investigação criminal, por si só, já é um risco. Risco para os investigados – que podem ter seu patrimônio jurídico violado por força de lesões a seus direitos fundamentais, caso utilizados métodos ilegais para coleta de provas – e risco para os investigadores – que, caso ultrapassem os limites normativos, podem incorrer em responsabilização cível e criminal.

Atividades investigatórias que sejam mais invasivas à privacidade dos investigados devem obedecer ao princípio da reserva de jurisdição. Logo, apenas podem ser executadas após ordem judicial. Com isso, os investigadores devem saber os limites de suas atuações, de modo a não violar direitos fundamentais e dar a devida atenção aos direitos de defesa e de personalidade do investigado.

No compliance criminal há um ponto de intercessão entre interesse público, prevenção e repressão de crimes, e interesse privado, que pertence ao ente possuidor do programa. Esse coprotagonismo da persecução pelas entidades privadas pode trazer sérios prejuízos à legitimidade das provas colhidas, caso haja alguma ilegalidade na sua coleta. Crer que a simples existência de um programa de compliance e a existência de menção a um ordenamento jurídico já seriam suficientes para legitimação do procedimento é uma esperança ingênua. Nesse contexto, para um modelo de compliance com operacionalidade e efetividade, é necessária a força da intervenção estatal, seja na fiscalização, seja na autorização de algumas medidas investigatórias. Caso contrário, sem uma atuação estatal para que os princípios informadores dos programas de compliance sejam cumpridos, o Estado corre sério risco de ser enganado e de ter coletas de provas com sério risco de nulidades.²⁸

Para uma melhor eficiência, as normas internas de compliance necessitam estipular procedimentos que sigam o devido processo constitucional, uma vez que não se pode falar que os fins justificam os meios, no sentido de que a prova coletada pela entidade privada não vincularia as autoridades estatais de investigação. Em caso de violação de direitos fundamentais nas investigações

²⁸ FASTERLING, Bjorn. Criminal compliance – Les risques d'un droit pénal du risque. *Revue Internationale de Droit Economique*, Dijon, v. 30, n. 2, p. 217-237, 2016.

privadas, não haverá eficiência e nem utilidade alguma no material coletado.²⁹ Isso por conta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No Estado Democrático e Social de Direito, os direitos fundamentais servem como limites e como norte das condutas da sociedade. Eles devem influenciar toda a ordem jurídica e todas as relações sociais, sendo o sustentáculo para os poderes constituídos. Além disso, não se pode esquecer que o conceito de direitos fundamentais não se restringe à defesa de patrimônios jurídicos individuais. Ele é um verdadeiro filtro valorativo para todos os atores da sociedade.³⁰ Ao se espalhar por todos os atores da sociedade, sejam eles públicos, sejam privados, fica demonstrado que sua eficácia também incide nas relações entre particulares, com a finalidade de que todos se comportem de maneira a evitar atos atentatórios às liberdades fundamentais.³¹

Nesse contexto, programas de compliance criminal, em suas investigações internas, precisam se atentar aos limites e garantias fundamentais do investigado na coleta de elementos de prova. Estas provas só terão validade e eficácia para utilização em juízo caso, na sua coleta, haja o respeito aos ditames exigidos no processo penal de um ambiente do Estado Democrático e Social de Direito.³²

5 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Técnicas Especiais de Investigação (TEIs) são ferramentas criadas para eficazmente combater a criminalidade mais complexa, que demande um tratamento do sistema criminal mais adequado aos novos tempos.

²⁹ FRANCO, José Angel González; SCHEMMEL, Alexander; BLUMENBERG, Axel-Dirk. La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 155-164.

³⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 256.

³¹ FELDENS, Luciano. O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 222-243.

³² FRANÇA JÚNIOR, Francisco. Pessoas coletivas e os programas de compliance: a problemática da prova compartilhada com o processo penal de pretensão democrática. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 1277-1318, 2018.

De igual modo, o compliance criminal veio para auxiliar a persecução penal, seja na prevenção, seja na repressão de crimes praticados no seio de pessoas jurídicas, muitas vezes usadas como instrumento.

Dentro dos programas de compliance criminal, para o exercício de suas funções, há investigações internas. Investigações estas que, muitas vezes, possuem maior poder de elucidação dos fatos que as autoridades estatais, seja pela maior dinâmica da iniciativa privada, seja por ter acesso mais rápido a documentos e informações.

No entanto, há métodos de investigações, como as TEIs, que são bastante invasivos e, se não forem utilizados de maneira correta, podem violar direitos fundamentais. Levando-se em conta que os programas de compliance criminal são da iniciativa privada e não são titulares do *jus persequendi*, há barreiras investigatórias para eles. Em razão disso, toda e qualquer medida investigativa possível violadora de direitos fundamentais deve ser levada a efeito pela autoridade estatal de investigação com a devida autorização judicial, devendo haver necessariamente a fiscalização do Ministério Público. Nesse sentido, não se retira o protagonismo do compliance criminal das entidades privadas e são obedecidos o devido processo legal e o princípio de reserva de jurisdição. Portanto, em hipótese alguma deve um setor de compliance criminal, em suas investigações internas, utilizar TEIs para coletar provas de forma autônoma.

As pessoas jurídicas que implementem programas de compliance criminal devem ficar atentas a essa nuance. Sem profissionais que possuam conhecimento técnico específico para investigar, todos os esforços na coleta de provas podem ser em vão. Gastar-se-á tempo e dinheiro para que, em caso de nulidade, nenhuma prova possa ser valorada.

Além disso, há uma nuance de dosimetria da sanção na Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica (Lei n. 12.846/2013 – dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública).³³ Nela, caso as autoridades estatais entendam que a investigação interna tenha sido utilizada deliberadamente para alcançar uma nulidade, em benefício dos criminosos, isso pode ser levado em consideração no momento da dosimetria da sanção, elevando-a.

³³ BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.

REFERÊNCIAS

- ANDREATO, Danilo. *Técnicas especiais de investigação: premissas teóricas e limites constitucionais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- ANSELMO, Márcio Adriano. Compliance, direito penal e investigação criminal: uma análise à luz da ISO 19600 e 37001. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 979, p. 53-67, maio 2017.
- ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 403-460.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 18 mar. 2022.
- CALLEGARI, André Luis. Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal. *Derecho penal y criminología*, v. 31, n. 91, p. 15-39, 2010.
- CUMPLIMIENTO. In: DICCIONARIO de la Real Academia de la Lengua Española [Online]. Madrid: 2021. Disponível em: <https://dle.rae.es/>. Acesso em: 1º mar. 2021.
- DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- FASTERLING, Bjorn. Criminal compliance: Les risques d'un droit pénal du risque. *Revue Internationale de Droit Economique*, Dijon, v. 30, n. 2, p. 217-237, 2016.
- FELDENS, Luciano. O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 222-243.
- FRANÇA JÚNIOR, Francisco. Pessoas coletivas e os programas de compliance: a problemática da prova compartilhada com o processo penal de pretensão democrática. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 1277-1318, 2018.

FRANCO, José Angel González; SCHEMMEL, Alexander; BLUMENBERG, Axel-Dirk. La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 155-164.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Globalização e regionalização: impactos no Estado e no Direito. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, v. 36, n. 0, p. 359-378, 2001.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

LASCURAÍN, Juan Antonio Sánchez. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 111-136.

LASCURAÍN, Juan Antonio. Los programas de cumplimiento como programas de prudencia penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 25, n. 1 a 4, p. 96-118, jan./dez. 2015.

MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21-50.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

PENA, Ana María Neira. Los privilegios del delincuente de cuello blanco en el proceso penal. In: GARCÍA, Nicolás Rodríguez; GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo; LÓPEZ, Fernando Rodríguez (eds.); SÁNCHEZ, Javier Bernal; CARRILLO, Ana E. del Teso (coords.). *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 71-100.

PETRELUZZI, Marco Vinício; RIZEK JÚNIOR, Rubem Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROTSCH, Thomas. Criminal compliance. In: *Dret – Revista para El Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 1, jan. 2012.

SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 245-259.

SINTRA, António. Técnicas especiais de investigação criminal: factor de segurança. *Revista Lusíada. Política Internacional e Segurança*, Lisboa, n. 4, p. 171-191, 2010.

TO COMPLY. In: DICTIONARY Merriam-Webster. Merriam-Webster Online. [19--]. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/>. Acesso em: 1º mar. 2021.

UNODC. The globalization of crime: a transnational organized crime threat assessment. *UNODC – Documentation*, New York, 2010. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/tocta-2010.html>. Acesso em: maio 2022.

ZIMMER, Aloísio. *Lei anticorrupção: Lei 12.846/2013*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Livro eletrônico].





CAPÍTULO 15

A COLABORAÇÃO PREMIADA E OS BENEFÍCIOS AO COLABORADOR

*Ana Carolina Campos Tavares Gomes Freitas
João Paulo Santos Schoucair*

1 · INTRODUÇÃO

As organizações criminosas têm sua viga de sustentação na busca pelo poder, com a multiplicação de suas divisas financeiras e a garantia da certeza da impunidade, devastando a sociedade e dilacerando os pilares do Estado, bem como suas agências formais de controle. Desse modo, o crime organizado expande suas fronteiras, ante o fenômeno da globalização, numa ambiência em que as organizações mafiosas abalam democracias e colocam em xeque a paz e a ordem pública.

Sobreleve-se, por relevante, que as revoluções industriais e as inovações tecnológicas trouxeram avanços para a sociedade moderna, mas, de outro lado, redesenharam o fenômeno criminoso, em que a matriz era individual, para bens jurídicos sem sujeitos determinados que precisam de proteção (meio ambiente, ordem financeira, ordem econômica etc.), impondo-se o redimensionamento do seu combate com técnicas especiais de investigação que equalizem a preservação dos direitos fundamentais e a proteção à segurança pública.

Por consequente, rompido o mito de que o crime estaria imbricado apenas nas classes econômicas menos favorecidas, ficou evidenciado que a criminalidade dos poderosos se operava em mesma intensidade ou até mais do que a dos pobres, plenificando-se, como regra, de forma contínua e organizada, numa produção seriada e hábil a escapar da alça de mira do sistema de defesa social.¹

¹ NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições*

Feitas essas considerações, objetiva o presente capítulo abordar a técnica especial de investigação da colaboração premiada e os contornos dos benefícios que podem ser negociados com o colaborador, sendo certo que ela não pode ser a única ferramenta no enfrentamento do crime organizado no Brasil, mas fortalece a matriz persecutória e o compromisso do Estado de 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 a fragilidade dos órgãos estatais de controle e a desestruturação de seu sistema de defesa social.

Nesse contexto, recente estudo divulgado pela Transparência Internacional² coloca o Brasil na 96^a posição quanto ao índice de percepção da corrupção, mais antiga e abrangente ferramenta para monitoração do referido fenômeno, piorando duas posições em relação ao último estudo publicado,³ em que estava 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).⁴

Tem-se, assim, que 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 (*omertá*) imperar ao seu redor, enquanto as instâncias superiores de controle não

criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 45.

- 2 BRASIL piora duas posições em ranking de corrupção. *G1*, [S. l.], 25 jan. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/01/25/brasil-piora-duas-posicoes-em-ranking-de-corrupcao.ghtml>. Acesso em: 30 mar. 2022.
- 3 SHALDERS, André. Brasil cai pelo 5º ano seguido no “Ranking da Corrupção” e está empatado com Albânia e Egito. *BBC News Brasil*, Brasília, 23 jan. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51216388>. Acesso em: 30 mar. 2022.
- 4 JIMÉNEZ, Carla. Corrupção rouba até 2,3% do PIB brasileiro. *El País*, São Paulo, 28 jan. 2014. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/28/politica/1390946330_078051.html. Acesso em: 30 mar. 2022.

se organizam ou são abduzidas pelo endêmico fenômeno da corrupção, ou seja, a técnica especial de investigação da colaboração premiada é mais uma via de salvaguarda do Estado e tutela do patrimônio público.

Por conseguinte, não se perdendo de vista a imprescindível estruturação e a articulação das agências de controle do sistema de defesa social, eis que as técnicas especiais de investigação são o norte magnético para o tracejamento do caminho para o efetivo enfrentamento do crime organizado, numa superação do modelo tradicional de coleta de documentos e inquirição de testemunhas.

Anote-se, por essencial, que as técnicas especiais, na atual quadra temporal, encontram sua matriz normativa no art. 3º da Lei de Organizações Criminosas⁵, plenificando-se, assim, maior segurança jurídica para acusados e investigados, com todo o detalhamento do *iter* procedural da ação controlada, da infiltração de agentes e da colaboração premiada, entre outros.

Assinale-se, por essencial, que o acordo de colaboração premiada é também negócio jurídico-processual personalíssimo e meio de obtenção de prova, sendo certo que o interesse do Estado reside unicamente na vocação probatória do acordo de colaboração premiada, ou seja, nos elementos fáticos e informativos que o colaborador poderá fornecer e nas provas que poderá auxiliar a obter.

Já para o investigado exsurge a possibilidade de obtenção de conjuntura jurídica que lhe proporcione melhora das possíveis consequências normativas advindas das condutas ilícitas que praticou (benefícios premiais), e,

⁵ "Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

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

como estratégia defensiva, transaciona parte dos seus direitos fundamentais defensivos (liberdade, silêncio, não autoincriminação, contraditório, ampla defesa etc.) em troca da verdade compartilhada, isto é, de informações objetivamente eficazes para a consecução de, ao menos, um dos resultados estabelecidos em lei.

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 (arts. 6º e 144, ambos da CF) de forma eficiente (art. 37 da CF).⁶

Nesse contexto, é preciso grifar que a colaboração não pode servir como via única para pavimentação da persecução penal; sua utilização precisa ser conjugada com outros elementos probatórios, momento em que poderá se descontinar horizonte que jamais se alcançaria com o modelo tradicional de coleta de documentos e inquirição de testemunhas no Direito Processual Penal brasileiro.

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 colaboração premiada posta-se como técnica especial de investigação, fincada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento em fatos ilícitos, que tem como escopo trazer às autoridades responsáveis pelo procedimento apuratório informações e provas sobre organização criminosa ou sobre atividade delituosa; e, em compensação, o colaborador fará jus a prêmios legais, desde que os elementos probatórios por ele fornecidos se mostrem relevantes e eficazes para o alcance de um dos objetivos previstos em lei.⁷

⁶ 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.

⁷ "Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a

Sobre a temática, valiosas são as lições de Felipe De-Lorenzi:

A perspectiva preponderante, atualmente é a processual, sobretudo em razão da forma como regulamentada pela Lei 12.850/2013 – que faz referência expressa a “negociações” e “acordo” entre as partes –, devendo a Colaboração Premiada ser entendida como um instituto de justiça penal negocial, cuja transação envolve, de um lado, a confissão do imputado e sua colaboração na investigação ou processo penal e, de outro, a concessão de um benefício relacionado à sanção por parte das autoridades públicas, com objetivo de obter elementos de informação ou prova, facilitando e simplificando a persecução penal.

[...]

Apesar disso, a Colaboração Premiada produz importantes efeitos sobre o direito material, na forma de “prêmios” concedidos ao colaborador, que podem consistir em mitigação ou isenção da punição ou em benefícios na execução da pena. Ademais, admite-se hoje até mesmo o não oferecimento da denúncia. Os benefícios concedidos aos investigados, acusados ou condenados que colaboram com a justiça penal para o descobrimento do delito estão inseridos no que se convencionou chamar “direito penal premial”, que abarca um conjunto de hipóteses normativas de redução ou isenção de pena que objetivam fomentar a desistência, o arrependimento ou o abandono de atividades ilícitas ou a colaboração com autoridades de persecução.⁸

Nesse campo, deve ser salientado que parte da doutrina brasileira formula severas críticas ao instituto da *colaboração premiada*, como informa Rômulo Moreira:

Em primeiro lugar consta a famigerada colaboração premiada, instituto antigo no Brasil. Sobre a colaboração premiada (nome mais elegante para delação premiada – ou, na feliz expressão de José Carlos Dias, extorsão

investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.”

⁸ DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 155, ano 27, maio 2019. p. 298-299.

premiada), fazemos sérias restrições desde que no ano de 1990, mais precisamente no dia 26 de julho, publicava-se no Diário Oficial da União o texto de uma nova lei, vinda como resposta aos anseios populares de diminuição de violência urbana, que, já àquela época, beirava a insuporabilidade (tal como hoje, nada obstante os vários anos de sua vigência).⁹

O acordo de colaboração premiada, outrossim, é um negócio jurídico processual, em que o colaborador renuncia ao seu direito fundamental ao silêncio e à garantia da não autoincriminação em troca de um prêmio oferecido pelo Estado, ante seu desejo de colaborar efetivamente com a persecução penal, na elucidação de crimes de que tenha participado ou tenha conhecimento, na recuperação de seu produto ou proveito, assim como na localização de eventual vítima.

Fincadas tais premissas, tem-se, na precisa dicção de Antonio Cabral, a partir do modelo acusatório, a planificação de uma *justiça penal consensual*, com reforço da autonomia da vontade e que favorece a busca de resultados concertados entre os diversos sujeitos processuais (o agente criminoso, o Ministério Público, a vítima).¹⁰

Para obtenção dos benefícios (prêmios) acordados, o colaborador deve, assim, auxiliar efetivamente as autoridades, assumindo o compromisso de fornecer provas à acusação acerca de fatos criminosos e (ou) corréus, mostrando-se insuficiente o seu depoimento, desacompanhado de lastro probatório, para embasar uma condenação.

O colaborador deve agir de maneira voluntária e assistido por advogado, numa perspectiva de que os fatos apresentados sejam úteis às investigações, cuja aferição caberá ao Ministério Público ou à polícia, sob a chancela do Poder Judiciário, a quem competirá a aferição de sua regularidade, legalidade e voluntariedade, como prenuncia Gustavo Ávila:

Nesse sentido, a importância da Lei nº 12.850/2013 se dá porque institui os requisitos necessários para a realização do acordo de colaboração premiada (normas procedimentais), o qual deverá ser escrito e conter: a) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; b) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; c) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; d) as assinaturas do

⁹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A nova Lei do Crime Organizado: Lei n. 12.850/2013*. Porto Alegre: Magister, 2014. p. 43.

¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (org.). *Coleção repercussões do novo CPC: processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13. p. 149-178.

representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; e) a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.¹¹

Nesse ponto específico, vale lembrar que a colaboração deve ser conduzida pelo Ministério Público e levada à homologação perante o juízo competente, devendo ser registrado que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade da polícia para realização de acordos de colaboração, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.508/DF.¹²

Seguindo uma tendência internacional, consolidada nas Convenções de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – artigo 26.1)¹³ e Mérida (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – artigo 37.2),¹⁴ assim como na Convenção de Caracas

¹¹ ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antonio. Limites às cláusulas fixadas em acordo de colaboração premiada: uma análise da conjuntura brasileira. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 101, abr./maio 2021. p. 35.

¹² Nos termos do voto do relator, o ministro Marco Aurélio, a “[...] formulação de proposta de colaboração premiada pela autoridade policial como meio de obtenção de prova não interfere na atribuição constitucional do Ministério Público de ser titular da ação penal e de decidir sobre o oferecimento da denúncia” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5.508/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 25.8.2020. Publicado em 28 ago. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2022).

¹³ Artigo 26.1 da Convenção de Palermo:

“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:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente

i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.”

¹⁴ Art. 37.2 da Convenção de Mérida:

“2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à

(Convenção Interamericana contra a Corrupção – artigo 3º),¹⁵ todas já submetidas a processo de internalização (Decreto n. 5.015/2004, n. 5.687/2006 e n. 4.410/2002, respectivamente), diversos benefícios legais e extralegais passaram a ser aceitos e aplicados nos acordos de colaboração premiada celebrados no Brasil, com o escopo de tornar mais efetivo e eficaz o combate à criminalidade organizada e à corrupção, que já não se mostrava exitoso com a utilização dos meios tradicionais de investigação.

De igual maneira, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla),¹⁶ em 2016, previu em sua Ação n. 4 a estratégia de elaborar diagnóstico e proposição de aprimoramento do sistema brasileiro de proteção e incentivo ao denunciante e *whistleblower*, sendo inconcebível que o Estado não ampare aqueles que com ele colaboram.

Por certo, a questão da moldura protetiva para os colaboradores continua em debate ao redor do mundo, como advertem Martínez *et al.*:

Más recientemente, los escándalos de las emisiones (Dieselgate), Luxleaks, Cambridge Analytica, etc., han llevado a la Unión Europea a la necesidad de regular esta figura y de fijar unos estándares mínimos para asegurar la protección de los denunciantes que alerten sobre materias clave para los intereses de la Unión, puesto que su valentía ayuda al mejor funcionamiento democrático y a luchar contra la corrupción, pero, obviamente, para ello necesitan un "estatuto protector para quienes ponen en conocimiento público de estos hechos" que les proteja de represalias. La dispersión normativa y los heterogéneos niveles de protección en cada país (prácticamente carente de regulación específica en España y en muchos países de la Unión Europea) han requerido la intervención legislativa a nivel comunitario para fijar un mínimo común en esta materia.

investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.”

¹⁵ “Artigo III

Medidas preventivas

[...]

8. Sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno.”

¹⁶ Integram a Enccla, atualmente, mais de sessenta entidades, tais como, Ministérios Públicos, policiais, Judiciário, órgãos de controle e supervisão – Controladoria Geral da União (CGU), Tribunal de Contas da União (TCU), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), Superintendência de Seguros Privados (Susep), Banco Central do Brasil (Bacen), Agência Brasileira de Inteligência (Abin), Advocacia-Geral da União (AGU), Federação Brasileira de Bancos (Febraban), entre outros.

Es en este contexto en el que el pasado 16 de diciembre de 2019 entró en vigor la Directiva UE 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (la “Directiva”) y que fija como plazo de transposición hasta el 17 de diciembre de 2021. En el caso de las entidades jurídicas del sector privado de entre 50 y 249 trabajadores, se fija el 17 de diciembre de 2023 como fecha en la que deben estar en vigor las normas nacionales que den cumplimiento a la obligación de establecer canales de denuncia interna.¹⁷

Superada, portanto, a demonstração do arcabouço normativo ao redor do instituto da colaboração premiada, o qual, embora encartado no nosso ordenamento jurídico há mais de duas décadas, passou a ser duramente alvejado a partir da nova formatação da Lei dos Crimes Organizados, quando setores, outrora imunes ao sistema de justiça, começaram a figurar na sua alça de mira, sob o fundamento, entre outros, de quebra de paradigma ético na persecução penal.

Nessa temática, imprescindível é a lição de Nalini:

A ética é uma disciplina normativa, não por *criar normas*, mas por des-
cobi-las e elucídá-las. Mostrando às pessoas os princípios e valores que
devem nortear a sua existência, a Ética aprimora e desenvolve seu sen-
tido moral e influencia a conduta.

O complexo de normas éticas se alicerça em valores, normalmente desig-
nados *valores do bom*. Há conexão indissolúvel entre o *dever* e o *valioso*.
Pois a pergunta – *O que devemos fazer?* – só poderá se responder depois
de saber a resposta à indagação – *O que é valioso na vida?*¹⁸ [Grifou-se].

Assim, imperioso pontuar de que ética está se tratando ao arremessar a afirmação de que a colaboração viola o espectro ético. No seio das organizações criminosas, o silêncio e a lealdade são as regras, sendo adequado falar-se, portanto, na quebra do paradigma ético do crime, mas, numa sociedade que se almeja Democrática, Social e de Direito, não há que se falar em qualquer tipo de rompimento ético na coopera-
ção estatal na justa aplicação da lei.

¹⁷ MARTÍNEZ, David Saldaña *et al.* La protección del *whistleblower* tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos. *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, Madrid, n. 53, 2019, p. 25.

¹⁸ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 27-28.

Por consequente, calha acentuar que a colaboração deve atender a rigoroso espectro normativo, de modo a descontar os integrantes da organização, a estruturação hierárquica, prevenir crimes, recuperar o produto/proveito ou localizar eventual vítima, devendo estar o colaborador, além de assistido de advogado, em atuação voluntária, a ser submetida ao crivo judicial.

Ademais, a colaboração é um norte magnético que, conectando variados elementos probatórios, permitirá o desfecho do caso penal, não podendo, isolada ou sozinha, amparar uma condenação, por mais crível e (ou) verossímil que possa parecer, não se olvidando que a indicação de partícipes e (ou) coautores é apenas um dos pilares em que ela se sustenta. Nesse sentido perfilha Ronaldo Batista Pinto:

Vale ressaltar, ainda, que a crítica toma em conta apenas o fato do colaborador delatar seus comparsas (o que revelaria seu comportamento imoral e aético), não considerando, porém, que a lei não exige, como pressuposto para a concessão da mercê, essa espécie de conduta. Explicamos: se a colaboração somente fosse implantada com a condição do agente delatar os demais autores, talvez ainda se pudesse admitir esse argumento. Ocorre que essa não é uma condição *sine qua non* para concessão do benefício que, na dicção do art. 4º, incs. IV e V da lei, pode ser adotado caso ocorra a recuperação total ou parcial do produto do crime ou quando preservada a integridade física da vítima.¹⁹

Desse modo, mantendo intocada a moldura ética de uma sociedade refém de uma criminalidade modernamente organizada, arraigada nos mais variados setores públicos e privados, com amplo fôlego financeiro e capacidade de se reorganizar, a colaboração é importante instrumento normativo, à disposição do sistema de justiça, para navegar em águas menos turbulentas.

4 · BENEFÍCIOS LEGAIS AO COLABORADOR

Os primeiros diplomas legais que disciplinaram o instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro²⁰ traziam um único benefício legal ao colaborador, qual seja, a diminuição da pena de um a

¹⁹ PINTO, Ronaldo Batista. Delação premiada: aspectos éticos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4121, 13 out. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32730>. Acesso em: 30 mar. 2022.

²⁰ Art. 159, § 4º, do CP; art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/1990; art. 6º da Lei n. 9.034/1995 (revogada); art. 25, § 2º, da Lei n. 7.492/1986; e art. 16, parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990.

dois terços. Esse prêmio, por óbvio, não estimulava a colaboração com as autoridades estatais, pois o agente antevia como certo o cumprimento da pena, que poderia ocorrer, inclusive, no mesmo estabelecimento prisional dos corréus delatados.

A Lei n. 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais), mesmo antes da celebração das convenções internacionais acima mencionadas, demonstrando a postura vanguardista do legislador brasileiro, inovou o regramento legal da colaboração premiada, tornando-a mais atraente para o autor do fato, ao prever, em seu art. 1º, § 5º (com alteração posterior promovida pela Lei n. 12.683/2012), a possibilidade de concessão de três benefícios distintos: diminuição da pena de um a dois terços e fixação do regime aberto ou semiaberto; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e perdão judicial como causa de extinção da punibilidade.

Para a concessão dos prêmios legais ao colaborador, a mencionada lei exige que o agente colabore com as autoridades estatais, 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.

Seguindo a mesma linha da Lei de Lavagem de Capitais, a Lei n. 12.850/2013 (Nova Lei de Organizações Criminosas), em seu art. 4º, ampliou o rol de benefícios legais com os quais pode ser agraciado o colaborador, trazendo a possibilidade de aplicação do perdão judicial como causa de extinção da punibilidade; diminuição da pena; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; não oferecimento de denúncia (acordo de imunidade); e progressão de regime.

O primeiro prêmio legal previsto na Lei de Organizações Criminosas é a concessão de perdão judicial ao colaborador, que tem sua aplicação condicionada à relevância da cooperação para a consecução dos resultados estabelecidos nos incisos do *caput* do art. 4º do citado diploma legal.

O art. 4º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013 também preconiza que poderá o juiz, a requerimento das partes, reduzir a pena em até dois terços, sem fixar, contudo, um *quantum* mínimo de diminuição da sanção. O silêncio legal em relação ao patamar mínimo de decréscimo da pena poderia desencorajar o agente a colaborar com a acusação ante a possibilidade de uma diminuição irrisória da sanção, razão pela qual Renato Brasileiro defende a utilização do patamar mínimo de redução da pena previsto na legislação penal pátria, qual seja, um sexto:

Ao contrário de outros dispositivos legais referentes à colaboração premiada, que preveem a diminuição da pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços), o art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013, faz referência apenas ao máximo de diminuição de pena – 2/3 (dois terços) – sem estabelecer, todavia, o *quantum* mínimo de decréscimo da pena. Ante o silêncio do dispositivo legal e, de modo a evitar uma redução irrisória (*v.g.*, um dia ou um mês), que poderia desestimular a vontade do agente em colaborar com o Estado, parece-nos que deve ser utilizado como parâmetro o menor *quantum* de diminuição da pena previsto no Código Penal e na Legislação Especial, que é de 1/6 (um sexto).²¹

A Lei n. 12.850/2013 possibilitou, ainda, a redução da pena até a metade, caso a colaboração seja posterior à sentença condenatória, seguindo a premissa, já destacada acima, de tornar a colaboração premiada mais atrativa ao colaborador e mais eficaz para a investigação.

Ainda com relação ao benefício de redução da pena, é importante ressaltar que não deve o Ministério Público ou o delegado de polícia estabelecer cláusulas que fixem com exatidão a sanção a ser imposta, devendo o magistrado, ao analisar o acordo de colaboração premiada para fins de homologação, afastar eventual ajuste que preestabeleça a quantidade de pena a ser aplicada ao autor, em caso de condenação, haja vista se tratar de matéria subordinada à cláusula de reserva de jurisdição.

Isso porque, em primeiro lugar, não incumbe ao Ministério Público e à autoridade policial a prolação de sentença, motivo pelo qual não podem prometer algo que não têm como cumprir. Em segundo lugar, a colaboração premiada deve ser promovida com respeito ao princípio do devido processo legal. Mesmo que a cláusula estabelecida no acordo seja favorável ao colaborador, a aplicação desse instituto, que decorre de sentença condenatória, impõe obediência ao devido processo legal, própria das sentenças de mérito proferidas ao final da instrução, mormente porque o colaborador pode, como em qualquer outra ação penal, ter a pena reduzida em patamar inferior àquele constante no acordo ou até mesmo ser absolvido (art. 386 do CPP).

Além disso, é a eficácia da colaboração que norteará o quanto exato da pena poderá ser reduzido e efetivamente aplicado, eficácia esta que não pode ser aferida no momento da celebração do acordo. As informações e os elementos probatórios fornecidos pelo colaborador podem

²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 823.

até mesmo ser considerados insuficientes para o alcance dos resultados previstos nos incisos do *caput* do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, o que inviabilizará a homologação judicial da colaboração.

Por essas razões, não devem ser homologados acordos que estabeleçam, de forma predefinida, o patamar de pena a ser aplicado. Do mesmo modo, não devem ser homologadas propostas que estabeleçam, por exemplo, local de prisão preventiva ou de cumprimento de pena, em descompasso com o critério de definição dos regimes de cumprimento de pena, ou seja, não se pode estabelecer patamar de sanção premial cuja forma de cumprimento esteja fora da legalidade, de modo a prejudicar o colaborador, *ex vi* do disposto no art. 4º, § 7º, inciso II, da Lei n. 12.850/2013.

Em outra quadra, nada impede que o Ministério Público, dentro do espaço de consenso do processo penal negocial e em cláusula firmada no acordo de colaboração premiada, comprometa-se também a formular requerimentos, perante o juízo competente, objetivando alcançar um patamar de pena acordado entre as partes, tendo em vista que esse tipo de ajuste não afasta do Poder Judiciário o exame e a palavra final sobre a matéria.

Outro benefício legal previsto pela Lei n. 12.850/2013 é a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Esse prêmio é conferido ao agente colaborador sem que se exija a presença dos requisitos legais previstos no art. 44 do Código Penal,²² haja vista que a aludida lei não faz qualquer menção a esse dispositivo legal.

Por outro lado, a concessão dos benefícios legais acima aludidos está condicionada à prolação de uma sentença penal condenatória, sem a qual não se pode quantificar, com exatidão, eventual diminuição da pena, substituição por restritiva de direitos ou perdão judicial. Em decorrência disso, o Ministério Público deve oferecer denúncia em desfavor do agente colaborador e dos investigados delatados.

²² “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

- I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
- II - o réu não for reincidente em crime doloso;
- III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.”

Entretanto, na mesma linha do acordo de leniência, o art. 4º, § 4º, da Lei n. 12.850/2013, com redação conferida pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), passou a prever que, nas mesmas hipóteses do *caput* do citado artigo, o órgão ministerial poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração se referir a infração penal de cuja existência não tenha prévio conhecimento; o colaborador não for líder de organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva cooperação. Esse prêmio legal é conhecido como “acordo de imunidade”.

O mencionado dispositivo legal possibilita, de fato, que seja concedida imunidade ao colaborador e se configura como exceção ao princípio da obrigatoriedade, ao permitir que o Ministério Público deixe de oferecer denúncia caso a colaboração conduza ao alcance de um dos objetivos estabelecidos nos incisos do *caput* do art. 4º da Lei de Organização Criminosa.

Ainda com o escopo de estimular a colaboração premiada, a Lei n. 12.850/2013 (art. 4º, § 5º) possibilitou que, caso o acordo seja firmado em momento posterior à sentença, possa ser aplicada, em favor do autor colaborador, a progressão de regime, mesmo que ausentes os requisitos objetivos, como, por exemplo, o tempo de cumprimento de pena. Ressalte-se que a lei não ressalva os requisitos subjetivos para a obtenção da progressão, razão pela qual esse benefício não poderá ser aplicado ao agente que não ostente bom comportamento carcerário.

Vale destacar, outrossim, que, além dos benefícios pactuados pelos celebrantes, o art. 5º da Lei n. 12.850/2013 prevê direitos ao autor que firmar acordo de colaboração premiada com o Ministério Público ou com o delegado de polícia, que não necessitam estar expressos no termo negocial, haja vista que são estabelecidos por lei e sua aplicação decorre da própria celebração do acordo. São eles: usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;²³ ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; e cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

²³ O art. 5º, inciso I, da Lei n. 12.850/2013 se refere à Lei n. 9.807/1999, que dispõe sobre a proteção a acusados, vítimas e testemunhas que estejam sofrendo algum tipo de coação ou grave ameaça.

5 • (IM)POSSIBILIDADE DE PACTUAÇÃO DE BENEFÍCIOS EXTRALEGAIS

Há intenso debate sobre a possibilidade de as partes inserirem, no acordo de colaboração premiada, cláusulas que prevejam a concessão de benefícios que não estão previstos no ordenamento jurídico que trata do tema, tais como detração e regimes diferenciados de cumprimento de pena.

Uma primeira corrente sinaliza que o sistema jurídico brasileiro optou por estabelecer um rol taxativo de benefícios legais,²⁴ de modo que se mostra obrigatório o estrito cumprimento da lei quanto aos prêmios que podem ser fixados em um acordo de colaboração premiada, com o intuito de assegurar a isonomia e evitar a corrupção dos imputados e dos próprios agentes públicos, aos quais se daria um poder exacerbado sobre a vida dos investigados. Nesse diapasão, há precedente da 2^a Turma do Supremo Tribunal Federal.²⁵

Por sua vez, a segunda corrente defende que é possível que o acordo traga, em seu bojo, outras benesses, além daquelas previstas no *caput* do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, desde que respeitem a Constituição Federal, a lei e os princípios gerais do Direito e não ofendam a moral, os bons costumes e a ordem pública, bem como não agravem a situação do colaborador, estabelecendo, por exemplo, pena mais severa do que aquela prevista no Direito Penal. Nessa linha de entendimento, temos o seguinte precedente da 1^a Turma do Supremo Tribunal Federal, que admitiu a aplicação de prêmio não previsto em lei, desde que aceito de modo livre e consciente pelo investigado e seja mais benéfico a ele:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. ACESSO AOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ILEGITIMIDADE DO INVESTIGADO. SIGILO IMPOSTO POR LEI. INVALIDADE DO ACORDO QUE, SEQUER EM TESE, PODERIA GERAR INVALIDADE DAS PROVAS. DESPROVIMENTO DO AGRAVO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento, em mais de uma ocasião (HC 127483 e PET 7074-AgR), no sentido de que o

²⁴ Nesse sentido se postam: LEWANDOWSKI, Ricardo. A colaboração premiada em face do princípio da separação dos poderes. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). *30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 517-525; CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2018. p. 235.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). HC 151.605/PR. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Dje* 22 jul. 2020.

delatado não possui legitimidade para impugnar o acordo de colaboração premiada. É que seu interesse se restringe aos elementos de prova obtidos a partir dos acordos de colaboração premiada, e eventual ação penal seria o foro próprio para esta impugnação. A mudança jurisprudencial ocasional gera insegurança jurídica e reduz a confiança na jurisdição.

2. A negativa de acesso aos acordos de colaboração premiada pelo investigado delatado não afronta o enunciado de súmula vinculante nº 14, na medida em que não é o acordo em si que repercute na esfera jurídica do investigado, mas os elementos de prova produzidos a partir dele. E tais elementos estão nos autos, em especial, o depoimento dos colaboradores e os documentos por eles fornecidos. Após o recebimento da denúncia, se for o caso de instaurar a ação penal, o acordo será público e o investigado terá acesso a ele.

3. Eventuais ilegalidades em acordos de colaboração premiada não geram automaticamente a ilicitude das provas obtidas a partir dele. Isso porque o acordo, por si só, é apenas o instrumento por meio do qual o colaborador se obriga a fornecer os elementos de prova. Deste modo, apenas vícios de vontade do colaborador podem, em tese, gerar invalidade das provas produzidas. No caso sob exame, o acordo foi devidamente homologado pela autoridade competente (Presidente do Supremo Tribunal Federal), afastando, de plano e formalmente, qualquer ilegalidade ou vício de vontade.

4. *A fixação de sanções premiais não expressamente previstas na Lei nº 12.850/2013, mas aceitas de modo livre e consciente pelo investigado não geram invalidade do acordo. O princípio da legalidade vedava a imposição de penas mais graves do que as previstas em lei, por ser garantia instituída em favor do jurisdicionado em face do Estado. Deste modo, não viola o princípio da legalidade a fixação de pena mais favorável, não havendo falar-se em observância da garantia contra o garantido.*

5. Agravo regimental a que se nega provimento.²⁶ [Grifou-se].

O Plenário do Supremo Tribunal Federal também possui precedente estatuindo que, considerando que o Brasil é signatário de convenções internacionais que orientam a adoção de medidas adequadas para encorajar formas de colaboração premiada (artigo 26.1 da Convenção de Palermo) e para mitigar a pena (artigo 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador, pode dispor

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Inq. 4.405, AgR. Relator: Min. Roberto Barroso. DJe 4 abr. 2018.

sobre questões patrimoniais, como o destino dos bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador.²⁷

Nesse particular, não se pode perder de vista que é compromisso do Estado tutelar, na atual sistemática constitucional, bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.), devendo fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida do possível, em especial protegendo os interesses da sociedade, numa perspectiva de que seus agentes colaboradores não fiquem desguarnecidos, uma vez que vedada está a proteção deficiente ou a infraproteção (*Untermassverbot*).

Nesta direção caminha Feldens:

Nessa perspectiva, a interpretação dos princípios e garantias deve-se realizar na integralidade da relação jurídica envolvida pelo Direito Penal, abrangendo o plano processual. O direito à tutela judicial efetiva, por exemplo, pressupõe que a atividade jurisdicional inclua, em seu norte de atuação, o direito do titular do direito fundamental lesado de ver a causa penal julgada em tempo razoável e de que, na hipótese de decisão condonatória, seja a sanção efetivamente implementada.²⁸

De igual modo, a Orientação Conjunta n. 1/2018, do Ministério Público Federal, em seu item 27, possibilita a previsão de benefícios não contemplados na legislação que trata sobre a colaboração premiada:

27. O acordo pode prever, como indicativo para a resposta penal a ser concretizada em sede judicial, além da pena unificada para o montante de fatos e a pena a ser efetivamente cumprida, eventuais penas restritivas de direito, o regime inicial de cumprimento da pena, a progressão de regimes, a suspensão condicional da pena, a suspensão condicional do processo, a suspensão do prazo prescricional e a aplicação dos institutos da remissão e detração. Em caso da previsão de regimes diferenciados, suas regras devem ser detalhadas no acordo.

27.1. O acordo de colaboração premiada pode também prever o valor da multa penal, o valor ou os bens objeto de perdimento e sua destinação, o valor mínimo da reparação do dano e sua destinação às vítimas dos delitos, quando couber.²⁹

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). HC 127.483/PR. Relator: Min. Dias Toffoli. DJe 3 fev. 2016.

²⁸ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 53.

²⁹ BRASIL. Ministério Público Federal (2. e 5. Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção). *Orientação Conjunta n. 1, de 23 de maio de 2018 – Acordos de*

Em acréscimo, deve-se consignar que a colaboração premiada é um instituto de *justiça negociada de segunda dimensão*, destinada a recompensar aqueles que venham a contribuir, efetivamente, com a persecução penal. Assim, a não fixação de um regime sancionatório mais favorável do que o ordinário impossibilita a celebração de qualquer acordo premial, uma vez que não haveria qualquer tipo de incentivo ao colaborador (prêmio), descredenciando, enfim, o referido instituto, sendo imprescindível a exortação do magistério de Galtiênio Paulino:

Conclui-se, portanto, que há vedação de fixação de normas de cumprimento sancionatório que sejam superiores ao que se encontra consignado no Código Penal e na Lei de Execuções Penaís. Entendimento em sentido diverso resultaria na vedação da fixação de regimes semiaberto ou mesmo fechado domiciliar, por força de decisão judicial, em razão de ser contrária aos arts. 34 e 35, CP.

As balizas legais de regime de cumprimento das sanções estipuladas no acordo de colaboração premiada, fixadas pelo art. 4º, § 7º, inciso II, com base no Código Penal e na Lei de Execução Penal, são, em verdade, 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.

Ademais, não se pode olvidar que a Lei nº 12.850/2013 admite a pactuação, no acordo de colaboração premiada, de benefícios que vão desde a concessão do perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direitos, alcançando a possibilidade de progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Por conseguinte, se a Lei nº 12.850/2013 autoriza que seja pactuado até o não oferecimento de denúncia e o perdão judicial, que são o mais, evidentemente permite que seja estipulada cláusula sobre as sanções.³⁰

Outro não é o entendimento de Alexandre Wunderlich:

A lei não proibiu a possibilidade de que a “sanção premial” seja estabelecida de forma “diferenciada”, fora do formato legal de “pena criminal” de

colaboração premiada. Brasília: MPF, 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2022.

³⁰ PAULINO, Galtiênio da Cruz. O regime de cumprimento da sanção nos acordos de colaboração premiada: uma análise teleológica, holística e garantista do art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013. *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, 2022. p. 243. Disponível em: <https://rcpj.mpf.mp.br/revista/article/view/69>. Acesso em: 30 mar. 2022.

reclusão ou detenção, diminuída ou perdoada. Os patamares de “ pena”, quando utilizados em forma de “ sanção premial”, devem ser fixados consoante previsão do artigo 33 do Código Penal, assim como os regimes prisionais e a determinação do regime inicial de cumprimento da “ pena” observarão os critérios previstos no artigo 59 do mesmo diploma. Entretanto, o regime jurídico estatuído no Código Penal estabelece regras de cumprimento de “ pena” que devem ser adotadas quando a “ sanção premial” for cumprida nesse formato e, por suposto, em estabelecimento prisional. *Em meu juízo, as regras não são aplicáveis aos casos de “ sanção premial diferenciada”, estabelecida em acordo pelas partes e homologada pelo juiz, o que vem sendo referendado pelos Tribunais e não foi expressamente vedado pelo legislador.*

Então, se ao juiz é autorizada a concretização máxima do benefício do “ perdão” da “ pena” e a lei não veda outras formas de “ sanção premial”, não vejo empecilho para o estabelecimento de avenças com “ sanções premiais diferenciadas”, que não seguem a dosimetria estabelecida com fulcro nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, mas sim o parâmetro previsto no artigo 4º, §1º, pois a “ concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.³¹ [Grifou-se].

Desse modo, desde que respeitadas a Carta Magna e a lei e não sendo prejudicial ao colaborador, é possível a concessão de benefícios legais não previstos expressamente na legislação sobre o tema, por ser medida que torna mais resolutivo e eficiente o instituto da colaboração premiada, estimulando o autor a se desvincular da organização criminosa e colaborar com o Estado, seguindo o espírito das Convenções de Palermo e Mérida, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

6 · HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL E APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS LEGAIS PACTUADOS

Como corolário lógico do sistema acusatório, o magistrado não deve e não pode participar das tratativas referentes ao acordo de colaboração premiada, sob pena de ofensa ao princípio da imparcialidade, conforme

³¹ WUNDERLICH, Alexandre. “Sanção premial diferenciada” após o pacote “anticrime”. *Revista Consultor Jurídico*, [S. l.], 9 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-09/wunderlich-sancao-premial-diferenciada-pacote-anticrime>. Acesso em: 30 mar. 2022.

expressamente dispõe a Lei de Organização Criminosa.³² A despeito de não haver participação do Poder Judiciário na negociação propriamente dita, é imperativo legal que esse acordo seja submetido ao controle judicial, que ocorre em dois momentos distintos: na homologação e na prolação da sentença.

No primeiro momento, finalizadas as negociações e celebrado o acordo entre as partes, o instrumento negocial será remetido ao juiz, a quem compete promover sua homologação, verificando sua regularidade e legalidade; a adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no *caput* e nos §§ 4º e 5º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013; a adequação dos resultados da colaboração aos escopos mínimos exigidos nos incisos do *caput* do art. 4º da aludida lei; e a voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares, nos estritos termos do art. 4º, § 7º, do referido diploma legal.

A homologação judicial é, portanto, uma atividade de deliberação, na qual o juiz aprecia e resolve, por meio de um provimento interlocatório, uma questão incidente de natureza tão somente homologatória, não podendo se imiscuir, nessa ocasião, no mérito da pretensão acusatória, sob pena de invalidade do acordo celebrado e reconhecimento de nulidade.

A homologação do acordo pelo juízo competente garante segurança jurídica ao colaborador no sentido de que, ao cooperar efetivamente com as autoridades estatais, fará jus aos benefícios acordados, não cabendo ao magistrado sentenciante deixar de aplicá-los, salvo nos casos de rescisão do acordo por ilegalidade superveniente à sua celebração ou retratação do acordo, assim como em caso de descumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador.³³

Em outra quadra, a decisão de homologação judicial não autoriza a aplicação imediata dos prêmios legais estabelecidos no acordo de colaboração premiada, que, em regra, ocorrerá por ocasião da emissão do decreto condonatório, quando o magistrado apreciará se as informações e os elementos

³² Art. 4º, § 6º, da Lei n. 12.850/2013: “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”.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Pet 7074 QO. Relator: Min. Edson Fachin. *Dje* 2 maio 2018.

probatórios fornecidos pelo agente foram eficazes para a consecução de um dos resultados previstos nos incisos do *caput* da Lei n. 12.850/2013.

No momento da prolação da sentença, antes de aplicar os benefícios pactuados no acordo de colaboração premiada, o juiz deve utilizar, à luz do princípio da individualização da pena, o critério trifásico disposto no art. 68 do Código Penal, fixando, dessa forma, a sanção que considerar adequada ao caso concreto, como se não houvesse qualquer pacto celebrado pela acusação e pelo acusado.

Somente após a aplicação da reprimenda, o magistrado deverá promover a substituição da pena aplicada pela sanção negociada, efetuando o que a doutrina passou a chamar de “substituição premial”³⁴ salvo quando no acordo houver previsão do não oferecimento da denúncia ou já tiver sido proferida a sentença, nos exatos termos do art. 4º, § 7º-A, da Lei de Organização Criminosa.

7 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, constata-se que as Convenções de Palermo, Mérida e Caracas, das quais o Brasil é signatário, e a nossa legislação infraconstitucional, notadamente a Lei n. 12.850/2013, visam buscar efetividade e eficiência na investigação e punição de crimes cuja obtenção de prova se mostra difícil e de alta complexidade, como ocorre em casos de criminalidade organizada e corrupção.

Para tanto, foi criada e aperfeiçoada a colaboração premiada, técnica especial de investigação, que possibilita a colheita de informações e elementos probatórios por meio da cooperação do autor de ilícito, que, em contrapartida, receberá benefícios legais.

A colaboração premiada somente cumprirá sua missão, auxiliando no combate efetivo ao crime organizado e à corrupção, caso seja reconhecida a discricionariedade do órgão ministerial para propor ao investigado/acusado prêmios que não estejam no rol previsto na Lei de Organização Criminosa, desde que respeitadas a Carta Magna e a legislação penal e processual penal, sem prejuízo do inafastável e imprescindível controle judicial, exercido por ocasião da homologação e da prolação da sentença penal condenatória.

³⁴ MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. *Crime organizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 221.

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. p. 503-582.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antonio. Limites às cláusulas fixadas em acordo de colaboração premiada: uma análise da conjuntura brasileira. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 101, p. 31-50, abr./maio 2021.
- BRASIL piora duas posições em ranking de corrupção. *G1*, [S. l.], 25 jan. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/01/25/brasil-piora-duas-posicoes-em-ranking-de-corrupcao.ghml>. Acesso em: 30 mar. 2022.
- CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (org.). *Colleção repercussões do novo CPC: processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13. p. 149-178.
- CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2018. p. 201-236.
- DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 155, ano 27, p. 293-337, maio 2019.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- JIMÉNEZ, Carla. Corrupção rouba até 2,3% do PIB brasileiro. *El País*, São Paulo, 28 jan. 2014. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/28/politica/1390946330_078051.html. Acesso em: 30 mar. 2022.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. A colaboração premiada em face do princípio da separação dos poderes. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). *30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 517-525.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. *Crime organizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2018.

MARTÍNEZ, David Saldaña *et al.* La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos. *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, Madrid, n. 53, p. 24-68, 2019.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A nova Lei do Crime Organizado*: Lei n. 12.850/2013. Porto Alegre: Magister, 2014.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 45-64.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. O regime de cumprimento da sanção nos acordos de colaboração premiada: uma análise teleológica, holística e garantista do art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013. *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p. 233-246, 2022. Disponível em: <https://rcpj.mcpj.uerj.br/revista/article/view/69>. Acesso em: 30 mar. 2022.

PINTO, Ronaldo Batista. Delação premiada: aspectos éticos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4121, 13 out. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32730>. Acesso em: 30 mar. 2022.

SHALDERS, André. Brasil cai pelo 5º ano seguido no “Ranking da Corrupção” e está empurrado com Albânia e Egito. *BBC News Brasil*, Brasília, 23 jan. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51216388>. Acesso em: 30 mar. 2022.

WUNDERLICH, Alexandre. “Sanção premial diferenciada” após o pacote “anticrime”. *Revista Consultor Jurídico*, [S. l.], 9 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-09/wunderlich-sancao-premial-diferenciada-pacote-anticrime>. Acesso em: 30 mar. 2022.



*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*

2022 · BRASÍLIA-DF