Cleber Masson
Vinícius Marçal

# CRIME ORGANIZADO

4ª edição *revista, atualizada e ampliada*

*De acordo com:*

- **Infiltração virtual** – Lei 13.441/2017
- **Nova competência da Justiça Militar** – Lei 13.491/2017
- **Recompensa ao *whistleblower*** – Lei 13.608/2018

*Prefácio*
**AFRÂNIO SILVA JARDIM**

gen | EDITORA MÉTODO

# CRIME
## ORGANIZADO

abdr
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
Respeite o direito autoral

O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

Cleber Masson
Vinícius Marçal

# CRIME ORGANIZADO

4ª edição *revista, atualizada e ampliada*

gen | EDITORA MÉTODO

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.
Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
*Copyright* © 2018 by
**EDITORA FORENSE LTDA.**
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Rua Conselheiro Nébias, 1384 – Campos Elíseos – 01203-904 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770
faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).
Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

Capa: Danilo Oliveira

Produção digital: Ozone

Fechamento desta edição: 21.03.2018

CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.
Masson, Cleber

Crime organizado / Cleber Masson, Vinícius Marçal. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-8058-0

1. Direito penal - Brasil. 2. Processo penal - Brasil. 3. Crime organizado. I. Marçal, Vinícius. II. Título.

18-48535

CDU: 343.1(81)

Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária CRB-7/6439

# DEDICATÓRIAS

Aos meus pais, que me permitiram chegar até aqui;

À Carol, minha esposa, pelo companheirismo sincero e pelo amor que cerca nossas vidas;

À Maria Luísa e à Rafaela, filhas lindas e infinitamente amadas, os maiores presentes que Deus me enviou. Espero ter força para deixar a vocês um mundo melhor;

Ao Vinícius Marçal, grande amigo e destacado colega de Parquet, pela aceitação do convite para escrevermos esta obra; e

Ao Ministério Público de São Paulo, por me proporcionar a oportunidade de lutar contra a ilicitude em geral, notadamente a criminalidade organizada, em busca de um mundo melhor.

***Cleber Masson***

A Deus, por iluminar o meu caminho e consentir que eu chegasse além dos meus melhores sonhos.

À Lili, minha linda esposa, meu oxigênio, por nos amarmos acima das coisas desse mundo. Você é o alicerce da minha vida. *"Contigo aprendí a ver la luz del otro lado de la luna; contigo aprendí que tu presencia no la cambio por ninguna; aprendí que puede un beso ser más dulce y más profundo; y contigo aprendí que yo nací el día en que te conocí..."*

Ao meu filho, Pedro, por apresentar-me ao avassalador amor paternal e por alimentar minha alma com o seu doce sorriso. Uma necessária confissão: muitas vezes, madrugada adentro, surrado pelo cansaço, pensei em desistir de escrever este livro. Imaginar que você um dia, filhinho, ainda tão bebê, sentirá orgulho do papai, por si só, bastava para que eu atropelasse as dificuldades e seguisse. Meu amor por você não cabe nesse breve digitar.

Ao Mateus, meu filhinho tão amado, por renovar em mim o propósito de ser um pai melhor a cada dia. Aguardei radiante por sua chegada, meu amorzinho. E você chegou: doce, terno, fofo, encantador... Por você, filhote, meu coração só canta: *"gracias a la vida que me ha dado tanto..."*.

Aos meus amados pais, Marcelo e Leila, os grandes responsáveis por minhas conquistas, por serem meu porto seguro e referencial de honestidade, humildade e de tantas outras virtudes. Que eu seja para os meus filhos ao menos parte do que os senhores foram e são para mim.

Aos meus irmãos, Marcelo Jr. e Gabriela, e sobrinhos, Samuel e Bruno, por encherem minha vida de amor, alegria e ternura.

Ao tio Gilberto, meu segundo pai, por ser a prova de que a transpiração é muito mais importante do que a inspiração. Sua história de luta me enche de orgulho.

Ao meu sogro, Sérgio, exemplo de magistrado humanista, por dividir comigo a louca paixão pelos livros. À dona Nélia, sogra querida, simplesmente por tudo.

Ao caríssimo amigo, Cleber Masson, pela honrosa oportunidade de unir meu nome ao seu em torno deste projeto. Meu sentimento de gratidão não tem fim.

Ao prof. Afrânio Silva Jardim, patrimônio histórico e cultural do Ministério Público brasileiro, por ter marcado de forma tão original o nosso Direito Processual Penal e, particularmente, por apresentar nossa obra à comunidade jurídica.

Ao Ministério Público do Estado de Goiás, instituição que amo com todas as minhas forças, por acolher-me em seus quadros e permitir-me lutar por um mundo mais justo.

***Vinícius Marçal***

*E-mail:* vvmarcal@gmail.com

*Twitter e Instagram:*@vvmarcal

# NOTA DOS AUTORES À 4ª EDIÇÃO

Como foi difícil realizar a atualização da 3.ª para a 4.ª edição do *Crime Organizado*! O ano de 2017 foi um período de intensos debates – nos tribunais, na academia e na literatura – acerca de diversos aspectos da Lei 12.850/2013. Isso fez com que, por longos quatro meses, nos dedicássemos diuturnamente à ampla revisão da nossa obra e ao seu significativo incremento. Como ela foi ampliada!

Acrescentamos ao livro inúmeras inovações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais. Analisamos a repercussão das Leis 13.441/2017 (*infiltração virtual*), 13.491/2017 (*nova competência da Justiça Militar*) e 13.608/2018 (*recompensa ao whistleblower*) na Lei do Crime Organizado. Realizamos um minudente estudo da Lei 12.694/2012 (*juízo colegiado de primeiro grau na esfera da criminalidade organizada*) em contraponto com a figura do juiz sem rosto no direito comparado. Tratamos da polêmica responsabilidade criminal do *compliance officer* e, entre outros temas: da controversa possibilidade da fixação de prêmios não previstos em lei em benefício do colaborador; da diferença entre os acordos de imunidade (previsto na Lei 12.850/2013) e de não persecução penal (criado pela Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público); da (im)possibilidade da realização de mais de um acordo de imunidade dentro de uma mesma investigação; da (in)viabilidade da colaboração premiada unilateral; da serendipidade no âmbito da colaboração premiada; da substituição premial e da reconversão da pena aplicada; do *catch 22*; da (im)possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada na presença do juiz; da rescisão, anulabilidade e retratação do acordo de colaboração; do acesso ao dossiê integrado da Receita Federal; da extensão dos efeitos do RE 601.314 para a seara criminal etc.

Deixamos registrado aqui – *ad perpetuam* – o nosso especial agradecimento à comunidade jurídica em geral, pela calorosa acolhida ao nosso trabalho. Em pouco mais de dois anos chegamos à 4.ª edição, o que nos deixa orgulhosos e enche de responsabilidade. Muitíssimo obrigado pela confiança.

Boa leitura!

# PREFÁCIO

Aposentado em cargo do Ministério Público de meu Estado, ficando apenas com o magistério na UERJ, disponho de bastante tempo para as minhas leituras prediletas. Entre vários livros jurídicos que pude ler nos últimos anos, cabe ressaltar este excelente estudo sobre a chamada Lei do Crime Organizado, de autoria dos professores e promotores de justiça Cleber Masson e Vinícius Marçal.

O que mais me impressionou nesta obra foram a simplicidade e a clareza com que as complexas questões são enfrentadas. Isso, sem qualquer prejuízo para a profundidade e a densidade do texto.

Atualmente, parece que está na moda a elaboração de textos herméticos e de difícil entendimento. Muitas vezes, até de forma artificial e forçada, alguns autores de obras jurídicas privilegiam palavras de pouco uso e estruturam frases e parágrafos de forma invertida ou indireta, tornando tudo muito complexo, impedindo que se tenha uma leitura confortável. Provavelmente, Machado de Assis não conseguiria ler mais de uma página desses livros.

Nada disso encontramos aqui. A leitura flui naturalmente e de forma prazerosa, nada obstante tratar-se de temas controvertidos e polêmicos, retratados em diploma legislativo de precária técnica. Cabe salientar que os autores não fugiram dos problemas que ocupam a moderna doutrina e a mais relevante jurisprudência. O leitor verificará que os professores Vinícius e Cleber sempre explicitam e citam as várias correntes conflitantes sobre os temas polêmicos e, depois, detalham qual e por que adotam determinada posição doutrinária na interpretação da lei sobre o crime organizado.

Por tudo isso, o leitor talvez não possa imaginar que a obra, que ora estou recomendando, tenha sido escrita por dois jovens professores, que se projetam nessa nova geração de juristas pátrios.

Conheci os colegas Vinícius e Cleber em congresso jurídico realizado pelo Ministério Público de Goiás, onde pude estabelecer contato com vários novos juristas de grande talento. Foi um evento que muito me motivou para o retorno de minhas atividades acadêmicas. Já conhecia a obra de Cleber Masson no âmbito do Direito Penal, mas fiquei impressionado com sua palestra e trato amistoso. Vinícius, amigo de "primeira vista", esteve em minha casa no Rio de Janeiro e tive oportunidade de perceber que se tratava de um colega especial. Não podia, entretanto, prever que, no ano seguinte, traria ao mundo um lindo filho e um excelente livro.

Ainda sobre a monografia, cabe ressaltar que a precisão dos conceitos é verificada tanto em relação ao Direito Penal como em relação ao Direito Processual Penal, quando os autores comentam os dispositivos da Lei do Crime Organizado, de forma sistemática.

Em relação ao processo penal, os autores valorizam o chamado sistema acusatório, sem, contudo, incorrer naquele radicalismo e exagero dos "liberais do sistema penal", que apostam na ineficiência do processo penal. Sempre entendi o processo penal como um instrumento democrático

de que se vale o Estado para aplicar a lei penal ao caso concreto, respeitando os valores cunhados pelo processo civilizatório, muitos deles retratados, na Constituição da nossa República, como direitos fundamentais. Punir quem merece ser punido é um valor a ser buscado no processo penal. Entretanto, não é valioso punir a qualquer preço.

Percebe-se, da leitura atenta do texto, que Vinícius e Cleber não "apostam" em um processo penal que seja um obstáculo injustificado à aplicação da lei penal, mas condicionam tal aplicação à proteção dos direitos individuais que, embora históricos, são quase que universais. Continuo concordando com tal enfoque ideológico, pois a própria democracia precisa, para a sua manutenção, que as instituições funcionem de forma eficaz. Por isso mesmo, tenho dito que a firme atuação do Ministério Público, da Polícia Federal e do Poder Judiciário no rumoroso caso chamado de "Lava Jato", que envolve autoridades importantes do Legislativo e do Executivo, bem como empresários das maiores empreiteiras do País, tem sido fator determinante para refrear o açodamento de uma "direita golpista", que chega a pedir nas ruas a volta da ditadura militar (*sic*). A resposta da democracia é que as nossas instituições estão funcionando e a sociedade está percebendo que a impunidade não mais é absoluta em relação aos poderosos da política e da atividade econômica.

Nesta perspectiva, a democracia agradece a todos que estão atuando com firmeza nesses processos criminais. Talvez se possa dizer que a eficiência daquele processo penal e a aplicação destes novos institutos estão afastando um dos pretextos sempre invocados por aqueles que desejam fragilizar a estrutura democrática de nossa sociedade. Vale dizer, as instituições estão sendo eficazes no combate à corrupção. Um processo penal que não funcione não é útil à democracia.

Concordamos, ainda, com a posição explicitada no livro em prol da chamada cooperação premiada (ou delação premiada), que os autores aprovam com certa dose crítica. Também não tenho grandes restrições ao novo "instituto", que julgo ter a natureza de negócio jurídico processual. Sendo tal delação facultativa, é mais um instrumento de que se pode valer a defesa de um indiciado ou acusado. Aliás, jamais se poderia impedir que eles pudessem confessar crimes e que pudessem delatar outros que também participaram desta prática criminosa. A grande novidade é que tudo acaba sendo premiado por autorização expressa da lei. Agora, o valor probatório do que foi dito pelo réu colaborador será submetido ao livre convencimento motivado do juiz, como todos os interrogatórios dos réus e depoimentos das testemunhas.

Minha restrição à cooperação premiada (delação premiada) diz respeito ao afastamento de determinadas cominações da lei penal (cogente), por acordo entre as partes no processo penal. Por exemplo: por acordo entre o Ministério Público e o réu, com assistência da defesa técnica, pode ser permitida a não aplicação da lei penal no caso em que caberia; poderia ser autorizada a progressão de um regime de cumprimento de pena sem obedecer ao lapso temporal exigido pela lei etc. Vejo aí mais uma influência perigosa de uma indesejável privatização do sistema penal, que praticamente começa com a Lei 9.099/95 e com a importação de alguns institutos do sistema processual norte-

americano, mormente a estrutura adversarial do processo penal, que repudio.

O processo penal não pode ser tratado como um duelo entre duas partes, no qual vence a mais hábil, diligente ou esperta. O interesse público e o sentimento de justiça não aceitam esta visão privatista do fenômeno processual.

Importa realçar, outrossim, que a obra detalha os aspectos formais da cooperação premiada, como requisitos, consequências, participação ou não dos sujeitos processuais, oportunidade, homologação ou não por parte do Poder Judiciário e várias outras questões processuais. Quero crer que todas as controvérsias mais relevantes que a imperfeita lei especial suscita foram enfrentadas pelos cuidadosos autores Vinícius Marçal e Cleber Masson.

Com igual metodologia e inegável didática, são estudados diversos outros temas regulados pela chamada "lei do crime organizado", valendo ressaltar, entre eles: captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; ação controlada; acesso a dados cadastrais e a registros de ligações telefônicas e telemáticas; afastamento de sigilos financeiros, bancário e fiscal; infiltração de agentes policiais nas organizações criminosas.

A bibliografia é atualizadíssima, assim também é atual e pertinente a jurisprudência trazida à colação. Percebe-se que o livro foi elaborado com invulgar cuidado e dedicação.

Finalizando, digo com sinceridade que a obra se tornará indispensável para quem desejar conhecer com profundidade e detalhes a "Lei do Crime Organizado". Com absoluta certeza, voltarei a este texto, quando publicado em livro, para relê-lo com mais vagar e poder refletir novamente sobre os intrincados problemas que a lei comentada traz à baila. Parabéns aos professores e promotores de justiça Cleber Masson e Vinícius Marçal, e obrigado por me proporcionarem a honra de apresentar este singelo prefácio.

Rio de Janeiro, inverno de 2015.

***Afrânio Silva Jardim***

Professor-associado de Direito.

Processual Penal da UERJ. Mestre e livre-docente

em Direito Processual. Procurador de Justiça (aposentado).

# APRESENTAÇÃO

Na presente obra, tratamos da evolução legislativa da criminalidade organizada no Brasil. Reservamos, porém, maior ênfase ao estudo da Lei 12.850/2013, por nós intitulada Lei do Crime Organizado.

Nesse caminho, procuramos abordar as diversas nuances e apresentar as inúmeras controvérsias acerca dos variados institutos tratados pela legislação. Com efeito, realizamos detida análise acerca: a) do conceito das organizações criminosas; b) de sua aplicação extensiva às hipóteses de crimes a distância e às organizações terroristas internacionais; c) dos novos tipos penais trazidos para o nosso ordenamento jurídico (crime organizado por natureza; impedimento ou embaraçamento da persecução penal; identificação clandestina de colaborador; colaboração caluniosa ou inverídica; violação de sigilo nas investigações; sonegação de informações requisitadas; divulgação indevida de dados cadastrais); d) das técnicas especiais de obtenção da prova (colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas, telemáticas e a dados cadastrais; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; infiltração de agentes; cooperação entre instituições e órgãos); e) da (in)capacidade postulatória da autoridade policial; f) da participação do juiz na primeira fase da persecução penal; g) da aplicação do procedimento ordinário; h) do prazo para o encerramento da instrução criminal; i) da decretação judicial do sigilo da investigação; j) do direito à prévia vista dos autos em prazo mínimo de três dias etc.

Buscando mostrar ao leitor as diferentes correntes de entendimento sobre as muitas questões polêmicas havidas com a vigência da Lei 12.850/2013, promovemos intensa pesquisa na doutrina nacional e estrangeira, bem como em regramentos de direito comparado e na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O quanto possível, procuramos aproximar os temas abordados da práxis, a fim de sintonizar a teoria e a prática. Com isso, cremos que esta obra poderá, verdadeiramente, auxiliar membros do Ministério Público, magistrados, advogados e policiais a solucionar as dúvidas que por certo se apresentarão no ambiente forense.

Por outro lado, a escrita leve, objetiva, esquematizada e, sobretudo, atualizada de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, facilitará a compreensão do tema pelo estudante e ajudará sobremaneira o concursando a alcançar seus objetivos. Mas vale lembrar, por oportuno, que "não existe um caminho para a felicidade. A felicidade é o caminho" (Mahatma Gandhi).

À guisa de conclusão, ressaltamos que as críticas e sugestões serão aceitas e esperadas de bom grado. Além do mais, se é verdade que "o melhor retrato de cada um é aquilo que escreve" (Padre

Antonio Vieira), conclamamos o leitor a nos auxiliar na tarefa de lapidar o nosso retrato vertido em letras.

***Os Autores***

# SUMÁRIO

## LEI DO CRIME ORGANIZADO (LCO) − LEI 12.850/2013


**INTRODUÇÂO**

1. Evolução legislativa
2. Algumas reflexões sobre a Lei 12.694/2012
3. Conceito
4. Aplicação extensiva da Lei 12.850/2013

**CAPÍTULO I - DOS CRIMES EM ESPÉCIE**

1. Crime organizado por natureza
   - 1.1 Dispositivo legal
   - 1.2 Conceito
   - 1.3 Objetividade jurídica
   - 1.4 Objeto material
   - 1.5 Núcleo do tipo
   - 1.6 Sujeito ativo
   - 1.7 Sujeito passivo
   - 1.8 Elemento subjetivo
   - 1.9 Consumação
   - 1.10 Tentativa
   - 1.11 Ação penal
   - 1.12 Lei 9.099/1995
   - 1.13 Classificação doutrinária
   - 1.14 Circunstância agravante
   - 1.15 Causas de aumento de pena
   - 1.16 Medida cautelar diversa da prisão (afastamento cautelar)
   - 1.17 Efeitos da condenação
   - 1.18 Investigação em caso de participação policial
2. Crime de impedimento ou embaraçamento da persecução penal (“obstrução à justiça”)
   - 2.1 Dispositivo legal
   - 2.2 Introdução
   - 2.3 Objetividade jurídica

2.4 Objeto material
2.5 Núcleo do tipo
2.6 Sujeito ativo
2.7 Sujeito passivo
2.8 Elemento subjetivo
2.9 Consumação
2.10 Tentativa
2.11 Ação penal
2.12 Preceito secundário, causas de aumento de pena e Lei 9.099/1995
2.13 Classificação doutrinária
2.14 Confronto com outros tipos penais

3. Dos crimes ocorridos na investigação e na obtenção da prova
3.1 Identificação clandestina de colaborador
3.1.1 Dispositivo legal
3.1.2 Introdução
3.1.3 Objetividade jurídica
3.1.4 Objeto material
3.1.5 Núcleo do tipo
3.1.6 Sujeito ativo
3.1.7 Sujeito passivo
3.1.8 Elemento subjetivo
3.1.9 Consumação
3.1.10 Tentativa
3.1.11 Ação penal
3.1.12 Lei 9.099/1995
3.1.13 Classificação doutrinária
3.1.14 Consentimento do colaborador
3.1.15 Identificação clandestina de agente infiltrado
3.2 Colaboração caluniosa ou inverídica
3.2.1 Dispositivo legal
3.2.2 Introdução
3.2.3 Objetividade jurídica
3.2.4 Objeto material
3.2.5 Núcleo do tipo

3.2.6 Sujeito ativo
3.2.7 Sujeito passivo
3.2.8 Elemento subjetivo
3.2.9 Consumação
3.2.10 Tentativa
3.2.11 Ação penal
3.2.12 Lei 9.099/1995
3.2.13 Classificação doutrinária
3.2.14 Término da investigação ou do processo penal
3.2.15 Retratação
3.3 Violação de sigilo nas investigações
3.3.1 Dispositivo legal
3.3.2 Introdução
3.3.3 Objetividade jurídica
3.3.4 Objeto material
3.3.5 Núcleo do tipo
3.3.6 Sujeito ativo
3.3.7 Sujeito passivo
3.3.8 Elemento subjetivo
3.3.9 Consumação
3.3.10 Tentativa
3.3.11 Ação penal
3.3.12 Lei 9.099/1995
3.3.13 Classificação doutrinária
3.3.14 Descumprimento do sigilo na colaboração premiada
3.4 Sonegação de informações requisitadas
3.4.1 Dispositivo legal
3.4.2 Introdução
3.4.3 Objetividade jurídica
3.4.4 Objeto material
3.4.5 Núcleo do tipo
3.4.6 Sujeito ativo
3.4.7 Sujeito passivo
3.4.8 Elemento subjetivo

3.4.9 Consumação
3.4.10 Tentativa
3.4.11 Ação penal
3.4.12 Lei 9.099/1995
3.4.13 Classificação doutrinária
3.4.14 Confronto com outros tipos penais
3.5 Divulgação indevida de dados cadastrais
3.5.1 Dispositivo legal
3.5.2 Introdução
3.5.3 Objetividade jurídica
3.5.4 Objeto material
3.5.5 Núcleo do tipo
3.5.6 Sujeito ativo
3.5.7 Sujeito passivo
3.5.8 Elemento subjetivo
3.5.9 Consumação
3.5.10 Tentativa
3.5.11 Ação penal
3.5.12 Lei 9.099/1995
3.5.13 Classificação doutrinária

**CAPÍTULO II - DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA**

1. Introdução
2. Da (in)capacidade postulatória dos delegados de polícia
3. Da participação do juiz na primeira fase da persecução penal
4. Dos meios especiais de obtenção da prova propriamente ditos
4.1 Colaboração premiada
4.1.1 Breve introdução
4.1.2 Visão crítica: argumentos contrários e favoráveis
4.1.3 Natureza jurídica
4.1.4 Quadro comparativo e âmbito de incidência
4.1.5 Prêmios legais na LCO
4.1.6 Sobrestamento do prazo para oferecimento de denúncia e suspensão do processo do prazo prescricional
4.1.7 Pressupostos para a incidência do(s) prêmio(s) na LCO

4.1.8 Eficácia objetiva da colaboração

4.1.9 Momento (colaboração posterior ao trânsito em julgado da sentença?)

4.1.10 Negociações sem a participação do magistrado (*proffer session* ou *queen for a day*) e homologação

4.1.11 Homologação recusada e adequação judicial da proposta

4.1.12 Rescisão, anulabilidade e retratação

4.1.13 Renúncia ao direito ao silêncio e compromisso de dizer a verdade

4.1.14 A regra da *corroborative evidence* e a corroboração recíproca ou cruzada

4.1.15 Direitos do colaborador

4.1.16 Sigilo legal do pedido de homologação

4.1.17 Reflexos do acordo de colaboração premiada em outras áreas: extensão das benesses e compartilhamento

4.2 Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos

4.2.1 Introdução e conceitos

4.2.2 A captação ambiental engloba quais conceitos?

4.2.3 A captação ambiental reclama autorização judicial? Quando a prova será (i)lícit

4.3 Ação controlada

4.3.1 Introdução e conceitos (flagrante retardado, flagrante preparado e entrega vigiad

4.3.2 Exceção à regra do dever de prender em flagrante

4.3.3 Retardamento da intervenção policial ou administrativa

4.3.4 Requisitos mínimos

4.3.5 A autorização judicial é (des)necessária?

4.3.6 Fixação de limites à ação controlada e controle ministerial

4.3.7 Sigilo da medida

4.3.8 Término da diligência e elaboração do auto circunstanciado

4.3.9 Consequências da frustração da medida

4.3.10 Transposição de fronteiras

4.3.11 Ação controlada conjugada com outros meios de investigação

4.4 Acesso a dados cadastrais

4.5 Acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas

4.6 Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas

4.6.1 Introdução e conceitos. Reserva de jurisdição?

4.6.2 Compartilhamento (prova emprestada)

4.6.3 Serendipidade (encontro fortuito de provas)

4.6.4 Considerações diversas sobre o procedimento da Lei 9.296/1996

4.7 Afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal
4.8 Infiltração de agentes policiais
4.8.1 Conceito, evolução legislativa e críticas
4.8.2 Distinções conceituais
4.8.3 Legitimados
4.8.4 Momento
4.8.5 Quem pode ser agente infiltrado?
4.8.6 Autorização judicial sigilosa e alcance da decisão
4.8.7 Fragmentariedade e subsidiariedade
4.8.8 Prazo
4.8.9 Relatório circunstanciado
4.8.10 Relatório (parcial) da atividade de infiltração
4.8.11 Espécies de infiltração
4.8.12 Demonstração da necessidade e apresentação do plano operacional da infiltraçã
4.8.13 Valor probatório do testemunho oportunamente prestado pelo infiltrado
4.8.14 Distribuição sigilosa e informações detalhadas diretamente ao juiz
4.8.15 Denúncia instruída com os autos da operação de infiltração
4.8.16 Sustação da operação
4.8.17 Proporcionalidade como regra de atuação
4.8.18 Natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal: inexigibilidade de conduta diversa
4.8.19 Direitos do agente infiltrado
4.9 Cooperação entre instituições

**CAPÍTULO III - DISPOSIÇÕES GERAIS**

1. Procedimento ordinário
2. Prazo para encerramento da instrução criminal
3. Decretação judicial do sigilo da investigação
4. Direito à prévia vista dos autos em prazo mínimo de três dias

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

# INTRODUÇÃO

## 1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O primeiro texto normativo a tratar do tema no Brasil foi a Lei 9.034/1995 (alterada pela Lei 10.217/2001), que dispôs sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, sem, no entanto, defini-las e tipificá-las.[1]

Em verdade, como anunciado por seu art. 1.º, essa lei tratou dos meios de prova e procedimentos investigatórios pertinentes aos ilícitos decorrentes de "ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo". Naquela ocasião, nosso ordenamento jurídico já punia a associação criminosa (p. ex., para fins de tráfico – art. 35 da Lei 11.343/2006 – e para fins de genocídio – art. 2.º da Lei 2.889/1956) e a formação de quadrilha ou bando (art. 288 do CP), mas silenciava-se quanto à tipificação/conceituação das organizações criminosas.

Diante disso, Luiz Flávio Gomes defendia a **perda de eficácia**[2] de todos os dispositivos legais da Lei 9.034/1995 fundados nesse conceito, quais sejam: ação controlada (art. 2.º, II), identificação criminal (art. 5.º), delação premiada (art. 6.º), proibição de liberdade provisória (art. 7.º) e progressão de regime (art. 10). Por esse raciocínio, as demais medidas investigatórias do art. 2.º (interceptação ambiental, infiltração de agentes, acesso a dados etc.) somente haveriam de ter eficácia nas investigações que envolvessem quadrilha ou bando ou associação criminosa.

O disciplinamento das organizações criminosas em nosso país ganhou novos ares com a incorporação ao ordenamento pátrio da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida também por Convenção de Palermo, promulgada internamente pelo Decreto Presidencial 5.015/2004. Isso porque, pioneiramente, descortinou-se o **conceito** de "grupo criminoso organizado" (art. 2.º, "a"), **não**, porém, sua tipificação.

Acalorada discussão doutrinária surgiu a partir da vigência da Convenção, especialmente em razão de que a redação original do art. 1.º, VII, da Lei 9.613/1998[3] (Lavagem de Dinheiro) previa como crime a conduta de "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: (...) VII – praticado por organização criminosa". A dúvida era a seguinte: **poderia o conceito trazido pela Convenção de Palermo ser aplicado nessa hipótese, para fins de tipificação do**

**crime de lavagem de capitais?**[4] Formaram-se duas correntes, a saber:

**1.ª corrente:** Não, sob os seguintes argumentos: a) violação ao princípio da legalidade, notadamente em sua garantia da *lex populi*; b) a definição de crime organizado na aludida Convenção é por demais ampla e genérica, violadora, pois, do princípio da taxatividade (*lex certa*); c) o conceito trazido pela Convenção de Palermo só poderia valer nas relações de direito internacional, jamais para reger o Direito Penal interno. Desponta como defensor dessa linha de entendimento Luiz Flávio Gomes.[5]

**2.ª corrente:** Sim, pois, conforme o ensinamento de Vladimir Aras,[6] o antigo inc. VII do art. 1.º da Lei 9.613/1998 era "simplesmente uma norma penal em branco, que se completava (apenas se completava), com o conceito (eu escrevi 'conceito') de crime organizado", inscrito na Convenção de Palermo. O crime estatuído naquele dispositivo era o de lavagem de dinheiro. "Este era o tipo penal. Quem o praticava (isto é, o seu agente) era uma organização criminosa".

O STJ, no julgamento do HC 77.771 (*DJe* 22.09.2008), preferiu a 2.ª corrente, ao considerar que a capitulação da conduta no inc. VII do art. 1.º da Lei 9.613/1998 "não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei 9.034/1995, com a redação dada pela Lei 10.217/2001, c/c o Decreto Legislativo 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004".[7]

A 1.ª Turma do STF (HC 96.007, *DJe* 08.02.2013), contudo, rechaçou esse entendimento, fixando a ideia de que a conduta seria atípica, haja vista a inexistência no ordenamento interno do conceito legal de organizações criminosas (à época). Para a Suprema Corte, como a "introdução [no ordenamento pátrio] da Convenção ocorreu por meio de simples decreto",[8] não poderia a definição de organização criminosa ser extraída do Decreto 5.015/2004, para fins de tipificação do delito vertido no art. 1.º, VII, da Lei 9.613/1998, sob pena de violação à garantia fundamental segundo a qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (CR/88, art. 5.º, XXXIX).[9]

Em meio a tais discussões, no ano de 2012 entrou em vigor a Lei 12.694, que dispôs sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. Da mesma forma que a Convenção de Palermo, esse diploma normativo **conceituou, mas não tipificou** as organizações criminosas (art. 2.º). Ademais, a Lei 12.694/2012 **não revogou** a Lei 9.034/1995, de maneira que a definição de organização criminosa trazida pela primeira podia muito bem ser aplicada para os fins instrutórios da segunda.

Por fim, veio a lume a Lei 12.850/2013, que, além de **revogar** a Lei 9.034/1995 (art. 26),

**definiu organização criminosa** (art. 1.º, § 1.º), dispôs sobre investigação e procedimento criminal, meios de obtenção da prova, e, sobretudo, **tipificou** as condutas de "promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa" (art. 2.º) e outras correlatas.

Diante desse imbróglio legislativo, é de se indagar: qual é a definição jurídica de organização criminosa que há de prevalecer no âmbito interno? A da Lei 12.694/2012 ou a da Lei 12.850/2013? Ou, por outro lado, teríamos no Brasil mais de um conceito legal de organização criminosa?

Uma **primeira corrente**, capitaneada por Rômulo Andrade Moreira,[10] entende que vigoram atualmente dois conceitos de organização criminosa, um para os fins exclusivos da Lei 12.694/2012, outro, de abrangência geral, trazido pela Lei 12.850/2013 (LCO). Essa orientação se alicerça no fato de a Lei 12.850/2013 não haver observado o art. 9.º da Lei Complementar 95/1998, segundo o qual "a cláusula de revogação deverá enumerar expressamente as leis ou disposições legais revogadas". Dessarte, não tendo havido revogação *expressa* pela LCO, esta teria preservado a vigência do art. 2.º da Lei 12.694/2012.

Diversamente (**segunda corrente**), com a maioria, entendemos que a nova Lei do Crime Organizado revogou tacitamente o art. 2.º da Lei 12.694/2012, de maneira que há **apenas um conceito legal de organização** criminosa no País. É a posição de Luiz Flávio Gomes,[11] Cezar Roberto Bitencourt,[12] Vladimir Aras,[13] Renato Brasileiro de Lima,[14] Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto,[15] Fernando Rocha de Andrade,[16] entre outros.[17]

Assim também entendemos, porquanto "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior" (art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Além disso, proclama a primeira parte do inciso IV do art. 7.º da Lei Complementar 95/1998 que, em regra, "o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei". De mais a mais, admitir-se a existência de dois conceitos de organização criminosa evidenciaria grave ameaça à segurança jurídica.

Eventuais juízos colegiados que tiverem sido instalados antes da vigência da Lei 12.850/2013, ou seja, tendo por base o conceito de organização criminosa da Lei 12.694/2012 (art. 2.º), não serão maculados pelo surgimento no novo conceito. Isso porque, nas balizas do entendimento pretoriano, "a nova norma processual tem aplicação imediata [CPP, art. 2.º], preservando-se os atos praticados ao tempo da lei anterior (*tempus regit actum*)".[18] Pelo mesmo motivo, ou seja, dada a natureza processual (sem carga material) da Lei 12.694/2012, é possível a formação do colegiado para o julgamento de casos deflagrados antes de sua vigência.[19]

Para melhor visualização acerca da evolução legislativa já esboçada, observe-se o quadro a seguir:

| ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA | | |
|---|---|---|
| **Legislação** | **Conceituação** | **Tipificação** |
| Lei 9.034/1995 | Não houve definição, apenas menção ao termo. | Não houve. |
| Convenção de Palermo | Art. 2.º, "a". Grupo estruturado de **três ou mais** pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o **propósito** de cometer **uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção**, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. | Não houve. |
| Lei 12.694/2012 | Art. 2.º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de **3 (três) ou mais** pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com **objetivo** de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de **crimes cuja pena máxima seja** | Não houve. |

| | | |
|---|---|---|
| | **igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional**. | |
| Lei 12.850/2013 | Art. 1.º (...) § 1.º Considera-se organização criminosa a associação de **4 (quatro) ou mais** pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com **objetivo** de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de **infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional**. | Art. 2.º 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. § 1.º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. § 2.º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo. § 3.º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução. § 4.º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços): I – se há participação de criança ou adolescente; II – se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal; III – se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior; IV – se a organização |

| | | |
|---|---|---|
| | | criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes; V – se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização. |

## 2. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A LEI 12.694/2012

Como visto acima, a Lei 12.850/2013 prevalece sobre a Lei 12.694/2012 exclusivamente no que diz respeito ao ponto de interseção entre ambas: a definição de organização criminosa. No mais, permanece em plena vigência a Lei 12.694/2012, conforme ilustra o resumo da lei exposto no quadro abaixo:

| **LEI 12.694/2012** | |
|---|---|
| **Art. 1.º** | Dispõe sobre a formação do colegiado de juízes de 1.º grau para a prática de atos processuais, em feitos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas. |
| **Art. 2.º** | ~~Define organização criminosa~~ (conforme o entendimento majoritário, o art. 2.º da Lei 12.694/2012 foi revogado pela Lei 12.850/2013, que modificou a definição legal de organização criminosa). |
| **Art. 3.º** | Trata de medidas de reforço à segurança dos prédios da Justiça (controle de acesso, câmeras de vigilância, detectores de metais). |
| **Art. 4.º** | Altera o art. 91 do CP, alargando o espectro do perdimento de bens e das medidas assecuratórias, de modo a alcançar bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou se localizarem no exterior. |
| **Art. 5.º** | Altera o CPP, prevendo a alienação antecipada (por deterioração ou dificuldade para a manutenção) como forma de preservação do valor do bem sobre o qual paire medida assecuratória. |
| **Art. 6.º** | Altera o CTB para permitir placas "frias" para os veículos utilizados por membros do Poder Judiciário e do Ministério Público que atuam no combate ao crime organizado, de forma a impedir a identificação de seus usuários. |

| | |
|---|---|
| **Art. 7.º** | Altera o Estatuto do Desarmamento, ampliando a autorização para porte de arma de fogo (servidores do Poder Judiciário e do Ministério Público que efetivamente estejam no exercício de funções de segurança). |
| **Art. 8.º** | Estipula que as armas de fogo utilizadas pelos servidores do Judiciário e do Ministério Público, no exercício de funções de segurança, serão de propriedade, responsabilidade e guarda das respectivas instituições, somente podendo ser utilizadas quando em serviço. |
| **Art. 9.º** | Trata da proteção pessoal para juízes e membros do Ministério Público (e seus familiares), que atuam no combate ao crime organizado, a ser efetivada pela polícia judiciária, por órgãos de segurança institucional, por outras forças policiais ou por todos, conjuntamente. |

Vistos de forma sintetizada os dispositivos legais da Lei 12.694/2012, é preciso deixar assente algumas importantíssimas observações sobre esse *diploma*, que suscita tantas dúvidas entre os operadores do direito.

Nesse passo, é válido indagar:

*** A Lei 12.694/2012 instituiu em nosso ordenamento jurídico o instituto do *juiz sem rosto*?**

Em uma só palavra: **não**.

A figura do *juiz sem rosto* consiste em providência tendente a resguardar a identidade do julgador em seus atos processuais, a fim de que a sua segurança seja preservada. A publicação da sentença proferida pelo *magistrado sem rosto* é realizada sem a sua assinatura (sentença apócrifa), mas uma via subscrita por ele é retida oficialmente e mantida em sigilo. Seu rosto, portanto, não é conhecido e, por conseguinte, também não o é a sua formação técnica. As audiências, nesse sistema, podem ser presididas por magistrados mascarados, o que impossibilita o manejo das exceções de competência, suspeição e impedimento.

O instituto do *juiz sem rosto* foi implementado na Colômbia pelo Código de Processo Penal – Decreto 2.700/1991[20] (e, no Peru, pelo Decreto-lei 25.475/1992) –,[21] dada a incontrolável expansão do crime organizado, sobretudo com o *cartel de Medellín*, a temida associação armada de narcotraficantes liderada por Pablo Emilio Escobar

Gaviria. Em razão da aparente constatação de que o país havia se subjugado perante o poder do narcotráfico e da criminalidade organizada, naquela ocasião, encontrou-se no *juiz sem rosto* uma forma de estimular a coragem dos magistrados colombianos, abalada em virtude das milhares mortes de civis, policiais, jornalistas (p. ex., Guillermo Cano Isaza, diretor do jornal *El Espectador*), políticos (p. ex., Luis Carlos Galán, candidato à presidência, e Rodrigo Lara Bonilla, ministro da

justiça), magistrados e membros do Ministério Público, incluindo o Procurador-Geral da República Carlos Mauro Hoyos, tudo por obra dos sicários do cartel.[22]

Como ressaltam Rosa e Conolly, em referência a Carlos Daza Gómez,

"a Colômbia nos anos oitenta estava vivendo época em que os magistrados eram ameaçados pelos narcotraficantes, sob a liderança do conhecido Pablo Escobar Gaviria, que por tanto tempo foi figura de influência no cenário global. A situação de poder e de liberdade por parte dos ditos 'criminosos' era de tal gravidade, que em 6 de novembro de 1985, membros da guerrilha denominada M19 – ligada a Pablo Escobar – entraram no Palácio da Justiça (Bogotá), então sede da Corte Suprema e do Conselho de Estado, e mataram 11 magistrados, entre eles o presidente da Corte Suprema de Justiça, 22 funcionários, sete advogados auxiliares, 11 membros da Força Pública e 3 civis. Em face desta situação 'alarmante', em que o Estado se depara com fato tipicamente anárquico, criou-se a figura do juiz sem rosto por meio do Decreto n.º 2700 de 1991 [...]".[23]

Uma arguição de inconstitucionalidade da norma que instituiu o *juiz (membros do MP, policiais e testemunhas) sem rosto* na Colômbia foi levada à Corte Constitucional que, por meio da *sentencia C-53 de 1993* (Magistrado Relator José Gregorio Hernández Galindo), de 18.02.1993, declarou a sua conformidade com a Constituição. Considerou-se, naquela oportunidade, além de outros argumentos: a) a excepcionalidade da medida, tomada apenas quando presente perigo grave contra a integridade pessoal do juiz, do membro do MP, de policias (art. 158) ou de testemunhas (art. 293);[24] b) que, apesar de reservada ao público em geral, a identidade encoberta é conhecida oficialmente; c) o objetivo de preservar a segurança pessoal e garantir a independência das autoridades, de maneira que estas possam exercer com serenidade suas missões; d) a afinidade da providência com o princípio da igualdade em sua acepção material;[25] e) a não agressão ao princípio da publicidade, haja vista que o próprio art. 228 do Decreto colombiano 2.700/1991 contempla exceções, das quais os arts. 158 e 293 são expoentes. E, ainda, que o parágrafo 5.º do art. 8.º do Pacto de São José da Costa Rica assevera que "o processo penal deve ser público, *salvo* no que for necessário para preservar os interesses da justiça".

Por tudo isso, em 1993, considerou a Corte Constitucional colombiana que a figura do *juiz sem rosto* era juridicamente válida e excepcionalmente necessária, porquanto "*la prevalencia del interés de la sociedad y los fines superiores de la justicia exigen que, con base en las duras experiencias dejadas por la acción del crimen organizado, se establezcan instrumentos que permitan administrarla sin temores ni obligada complicidad con el delito*".[26]

Não obstante esse panorama, em 1996, a *Ley 270* (*Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*) estabeleceu uma norma de transição (art. 205) com o escopo de que, no dia 30 de junho de 1999, chegasse ao fim o sistema de *Justiça Regional*, que agasalhou a figura do *juiz sem rosto*. Em seguida, o art. 158 do CPP colombiano foi reformado pela *Ley 504 de 1999*,[27] tendo-se **suprimido** a *reserva da identidade dos juízes* e **mantido** essa possibilidade quanto aos membros do Ministério

Público (arts. 12 e 13) e as testemunhas (arts. 12, 13 e 17), em casos excepcionais.

No entanto, instada a se manifestar sobre a (in)compatibilidade da *reserva de identidade* preconizada pela *Ley 504/1999* com a Constituição, a Corte Constitucional da Colômbia, por meio da *Sentencia C-392/00* (Magistrado Relator Antonio Barrera Carbonell), de 06.04.2000, dessa vez reconheceu a inconstitucionalidade da medida, tida por afrontosa ao art. 29 da Carta Política, que estabelece como uma das garantias do devido processo a condição de que este seja público.[28] Entendeu-se, pois, que a manutenção da figura dos *fiscales* (promotores) e *testigos* (testemunhas) *sin rostro* é apta a violar os princípios do devido processo legal, da publicidade do processo, da imparcialidade dos servidores públicos e o direito ao confronto probatório.[29]

De mais a mais, registra-se em sede doutrinária que o "*juez sin rostro*", outrora levado a efeito na Colômbia, não foi eficaz tanto quanto se imaginava, haja vista que "juízes anônimos continuaram a morrer, em decorrência da corrupção dos servidores públicos que vendiam informações sigilosas", de modo que "o crime organizado teve apenas de desembolsar valor maior para identificar os magistrados mascarados".[30]

Por tudo isso, é forte a compreensão segundo a qual a busca por uma justiça penal mais eficiente não pode ser alcançada mediante o sacrifício de direitos fundamentais. E, de acordo com essa visão, a figura do *juiz sem rosto* fere de morte o princípio da igualdade, porquanto determinados cidadãos – ao contrário de outros – são submetidos a julgamentos parciais, proferidos por magistrados anônimos, em franca violação ao primado do *juiz natural*. Essa *justiça secreta* macula, ademais, o devido processo legal e propicia julgamentos tendenciosos, preconcebidos. O processo passa a ser apenas um instrumento formal para se alcançar uma sentença que já foi dada antes mesmo de seu início.

Nesse embalo, ao apreciar o caso[31] Castillo Petruzzi e outros *vs.* Peru,[32] a Corte Interamericana de Direitos Humanos vergastou severamente o instituto do *juiz sem rosto*. Além de outras ilegalidades, como a proibição de entrevista prévia dos defensores com seus clientes e a sonegação de informações aos réus sobre as acusações que contra eles pesavam – o que inviabilizou o lídimo exercício do direito de defesa –, foi levado à Corte o fato de os acusados terem participado de audiências de instrução com magistrados (membros do Ministério Público e policiais) que permaneceram "*encapuchados*" (mascarados), circunstância tida como nítido malferimento aos vetores democráticos do *juiz natural* e da *imparcialidade*.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a presidência de casos de crimes contra a pátria por *juízes sem rosto* "*determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia*",[33] razão pela qual considerou-se que o Estado peruano violou o art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica. Demais disso, entendeu-se que processos desenvolvidos perante "*jueces y fiscales sin rostro*" trazem consigo uma série de restrições inconstitucionais, violadoras do "*debido proceso legal*" e do "*derecho a la publicidad*

*del processo*",[34] consagrada no art. 8.5 do Pacto de São José da Costa Rica, daí por que foi declarada a invalidade do processo movido contra Castillo Petruzzi e os demais réus, ordenando-se um novo julgamento sob as balizas do devido processo legal.

**Nada disso se verifica, entretanto, no regime inaugurado pela Lei 12.694/2012**.[35] Ao contrário do que se passou na experiência colombiana – em que "não havia identificação dos juízes, nem mesmo a voz era identificável (usava-se equipamento para distorcê-la), sendo os julgamentos realizados com utilização de uma redoma de vidro"[36] –, a Lei do Juízo Colegiado de Primeiro Grau não evitou a identificação dos juízes. Com efeito, os três magistrados que formam o órgão plural – convocado por questões de segurança (art. 1.º, § 1.º) – são conhecidos. Um dos juízes é o *da causa* – membro nato do colegiado – e os outros dois são escolhidos por **sorteio eletrônico** dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição (art. 1.º, § 2.º), circunstância que obsta qualquer argumento de ofensa às garantias do *juiz natural* e da *imparcialidade*.

O sorteio eletrônico, por seu turno, denota a impessoalidade do critério de escolha dos magistrados e refuta a hipótese de designações casuísticas. Sabendo quem são os julgadores, os réus poderão arguir eventual suspeição ou impedimento.[37] Aliás, justamente por isso, alguns tribunais de justiça, valendo-se do permissivo constante do art. 1.º, § 7.º, da Lei 12.694/2012,[38] têm previsto que, além dos dois magistrados que integrarão o colegiado, serão sorteados dois *juízes suplentes*, os quais somente atuarão no caso de suspeição ou impedimento dos dois primeiros sorteados.[39]

Além do mais, as decisões do colegiado devem ser sempre "fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes" (art. 1.º, § 6.º), não havendo, pois, que se cogitar de sentenças apócrifas (tal como na sistemática do "*juez sin rostro*").

É verdade que a lei prevê que "as reuniões" – não as decisões – entre os membros do colegiado "poderão ser sigilosas sempre que houver risco de que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial" (art. 1.º, § 4.º). Mas isso não significa a tomada de decisões e a realização de julgamentos por magistrados sem rosto. Muito longe disso. Ao prever o *sigilo das reuniões* (nas hipóteses em que a publicidade possa afetar a eficácia do *decisum*), a lei teve o claro propósito de conferir aos juízes do colegiado a reserva necessária para que possam discutir, debater, refletir e tomar a melhor decisão em cada caso, sem a presença de qualquer das partes. Além disso, por vezes, a publicidade das reuniões nem sequer seria possível, dado que os juízes integrantes do colegiado podem residir em comarcas distintas, casos em que, por expressa previsão legal, faculta-se a realização das reuniões "pela via eletrônica" (art. 1.º, § 4.º), de que é exemplo a videoconferência.

Nas pegadas desse raciocínio, Márcio Cavalcante bem leciona que as reuniões do colegiado para discutir sobre a deliberação de algum ato processual *devem ser sigilosas*.[40] E justifica seu posicionamento com esteio no art. 1.º, § 6.º, da Lei 12.694/2012, consoante o qual "as decisões do colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro". Ou seja, com declarado

objetivo de fortalecer a despersonalização em prol da segurança do magistrado da causa, a lei homenageou o fenômeno por nós denominado "**artificialização das unanimidades**", pelo qual eventual entendimento vencido (de um juiz) deverá ceder espaço ao pensamento majoritário (dos dois outros juízes), de maneira que as decisões do colegiado ("acórdão de primeiro grau"), nas palavras do legislador, sejam "fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes".[41]

Assim,

"se dois juízes votarem pela condenação e o terceiro magistrado pela absolvição, a decisão será publicada sem que seja mencionada essa divergência, a fim de preservar a segurança dos juízes que contrariaram os interesses do réu. Dessa forma, se as reuniões do colegiado realizadas para a tomada de decisões forem públicas, como poderia parecer em uma leitura apressada do § 4.º do art. 1.º, haveria uma incompatibilidade com o § 6.º do mesmo artigo, além de contrariar os próprios objetivos da Lei, considerando que os membros da organização criminosa saberiam exatamente qual(is) do(s) juiz(es) votaram pela sua condenação ou contra os seus interesses. [...] O resultado da decisão será o que for deliberado pela unanimidade dos três juízes ou, em caso de divergência, prevalecerá a posição dos dois juízes que comungarem do mesmo entendimento. [...] Após chegar à decisão, esta deverá ser formalizada (escrita), devidamente fundamentada, conforme se exige de toda decisão judicial. As decisões do colegiado deverão ser sempre assinadas pelos três juízes, ainda que um deles, durante as discussões internas, tenha discordado do que os outros dois decidiram. [...] O fato da decisão colegiada não fazer referência ao voto divergente não viola a garantia da ampla defesa, o princípio da publicidade ou qualquer outro dispositivo constitucional. A decisão do colegiado deverá ser sempre fundamentada, de modo que o investigado/acusado que for prejudicado saberá exatamente os argumentos utilizados para chegar àquela conclusão. Tendo conhecimento disso, poderá perfeitamente impugnar a decisão nas instâncias superiores, apontando os eventuais erros da sentença. Não é necessário que o réu saiba os argumentos de eventual voto vencido para que possa interpor o recurso ou exercer a ampla defesa. Não há, portanto, qualquer ofensa à ampla defesa. Inexiste também violação ao princípio da publicidade, tendo em vista que a decisão do colegiado será regularmente publicada. Ademais, o interesse social na proteção da independência do Poder Judiciário e da segurança dos magistrados recomenda o sigilo do voto divergente sendo, neste caso, mínimo o sacrifício à publicidade em prol da segurança dos juízes".[42]

Nessa vereda, é pertinente grifar que a literatura jurídica nos mostra duas modalidades de entrega da prestação jurisdicional colegiada: ***per seriatim***, que consiste na apresentação de cada um dos votos proferidos pelos magistrados, em forma seriada; e ***per curiam***, que revela uma única opinião do tribunal e simboliza a voz da Corte. Parece-nos, pois, que o art. 1.º, § 6.º, da Lei 12.694/2012 acolheu a forma *per curiam*.

Não se olvide, entretanto, que a tese da *artificialização das unanimidades* é repelida por uma importante parcela da doutrina, da qual são expoentes: Nestor Távora e Rosmar Alencar,[43] Eugênio Pacelli,[44] Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva.[45] Para esses autores, no ponto em que o

§ 6.º do art. 1.º determina que o *acórdão de primeiro grau* seja publicado *sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro*, a lei deve sofrer uma necessária filtragem constitucional, sob pena de violação ao art. 93, IX, da CR/88, que impõe o dever de fundamentação de *todas* as decisões judiciais. Assim, para essa vertente, o voto vencido não pode simplesmente ser desconsiderado, criando-se uma aparente unanimidade. Deve ele integrar o acórdão, que será assinado pelos três juízes. Todavia, os membros do colegiado não devem subscrever, individualmente, o voto proferido por cada qual, pois que isso fragilizaria o espírito protetivo da lei.

Noutro giro, por meio do Projeto de Lei do Senado 87 de 2003,[46] até se pretendeu instituir a figura do *juiz sem rosto (juiz anônimo)* no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, após parecer[47] exarado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania no sentido da inconstitucionalidade da medida – por violação aos princípios constitucionais do juiz natural, da imparcialidade e da publicidade –, o projeto foi definitivamente arquivado.

Por tudo isso, temos que a Lei 12.694/2012 apenas criou um mecanismo apto a conferir maior segurança aos juízes que atuam em processos envolvendo organizações criminosas. Drásticas são as diferenças entre o *juiz sem rosto* e a formação do juízo colegiado de primeiro grau no contexto da criminalidade organizada, cuja **constitucionalidade** já foi atestada pelo **Supremo Tribunal Federal** (ADI 4.414) em momento anterior à edição da lei federal, na ocasião em que se questionava a criação, em Alagoas (Lei estadual 6.806/2007), de uma vara criminal na capital com competência exclusiva para processar e julgar delitos praticados pelo crime organizado.

Ao apreciarem os pedidos formulados na Ação Direta de Inconstitucionalidade, os ministros **reconheceram a constitucionalidade e mantiveram a existência da vara especializada (17.ª vara criminal da capital), composta por cinco magistrados (titularidade coletiva)**,[48] mas consideraram inconstitucionais diversos dispositivos que regiam seu funcionamento, entre eles o que estabelecia o critério para a designação dos juízes (mera "indicação" e nomeação pela Presidente do Tribunal de Justiça, com aprovação pelo Pleno, para um período de dois anos).

Note-se que, essencialmente, a Lei 12.694/2012 guarda semelhança com a norma estadual alagoana já examinada pelo Supremo, sendo certo que, no julgamento da ADI 4414, "a Corte buscou suprimir toda interpretação que ofenda critérios objetivos, impessoais ou apriorísticos e assentou que não se verificou afronta aos princípios do juiz natural, da vedação à criação de tribunais de exceção e da legalidade".[49] Por essas razões, acreditamos que, instado a fazê-lo, o STF reconhecerá a constitucionalidade da Lei 12.694/2012.

Por amor ao debate, todavia, insta sublinhar a posição minoritária de André Nicolitt, para quem "o julgamento colegiado introduzido pela Lei 12.694/2012 padece de inconstitucionalidade",[50] porquanto malfere os princípios da imparcialidade e do juiz natural.

Em sua ótica, o princípio da imparcialidade é agredido na medida em que a reunião dos três juízes se opera em razão "de um ambiente de 'perigo' ou 'sensação de insegurança' destacadamente

para julgar determinado delito anterior à formação do órgão e seguramente o imaginário de seus componentes está impregnado com este cenário, o que traz para o colegiado um ânimo de prevenção íntima relativamente aos fatos, comprometendo a análise imparcial dos mesmos".[51] Já o princípio do juiz natural, conquanto observado – por força do sorteio eletrônico – na vertente que proíbe a escolha de juízes (CR/88, art. 5.º, LIII), é maculado em sua dimensão que veda a formação de tribunais *ex post facto* (CR/88, art. 5.º, XXXVII).

*** É impositiva a formação do juízo colegiado de primeiro grau nos casos que envolvam a criminalidade organizada?**

Não há instrumento processual algum que obrigue o juiz natural a convocar o colegiado. Ainda que evidente a situação de risco à sua integridade física, o juiz natural pode muito bem entender desnecessária a formação do colegiado, hipótese em que competirá a ele, individualmente, a concessão de eventuais cautelares (em qualquer fase da persecução penal), a direção do processo e o dever de sentenciá-lo. Aliás, o art. 1.º, *caput*, da Lei 12.694/2012 deixa expresso que "em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz **poderá** [faculdade legal] decidir pela formação de colegiado [...]".

*** Uma vez constituído, o órgão plural deve ser presidido coletivamente?**

Não. Conquanto inexista prevalência hierárquica entre os juízes integrantes do colegiado, porquanto todos são magistrados em exercício no primeiro grau de jurisdição (Lei 12.694/2012, art. 1.º, § 2.º), uma vez constituído o órgão coletivo, ele "funcionará sob a **presidência** do juiz que o convocou" (Provimento 11/2013 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal, art. 1.º, § 2.º).

*** Quem instaura o colegiado de primeiro grau e quais são as causas que fundamentam a sua convocação?**

O colegiado de primeiro grau é instaurado pelo *juiz natural*, consoante giza o art. 1.º da Lei 12.694/2012. Trata-se de incidente processual por meio do qual o magistrado "declina da sua competência singular e atribui competência a um órgão colegiado em primeiro grau", o que evidencia uma "espécie de competência funcional por objeto do juízo".[52]

Para tanto, em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, em **decisão fundamentada e exarada *ex officio*** (independentemente de provocação), o *magistrado da causa* poderá (poder discricionário motivado) formar o colegiado, "indicando os motivos e as circunstâncias que acarretam **risco à sua integridade física**" (art. 1.º, § 1.º). Ademais, numa interpretação sistemática do § 1.º do art. 1.º com o *caput* do art. 9.º, acreditamos que o **risco à integridade dos familiares** do magistrado também é apto a fundamentar a instauração do colegiado. Ao contrário, agressões morais ou à honra não ensejam o agrupamento coletivo.

Nada impede, entrementes, que o Ministério Público (ou departamento de polícia), no exercício

de suas funções, alerte oficialmente o magistrado sobre eventual situação de risco a que ele se encontra submetido. Contudo, mesmo nessa hipótese, poderá o juiz deixar de convocar o colegiado e optar por conduzir sozinho o processo ou o inquérito. Não há, assim, sob o ângulo da parte, direito subjetivo de se ver formado o juízo coletivo de primeiro grau.

De todo modo, a decisão pela constituição do colegiado de magistrados é tomada com esteio nos elementos probatórios de que até então se têm notícia, com obséquio à clausula *rebus sic stantibus*. Destarte, "se acaso um fato superveniente demonstrar que não se tratava de crime praticado por organização criminosa, isso não significa dizer que a anterior decisão judicial de formação do colegiado seja inválida".[53]

Além do mais, ao motivar o *decisum* convocatório, não pode o magistrado pré-julgar o caso, sob pena de se tornar suspeito para o julgamento da causa. Ou seja, deve o magistrado ter muita cautela com o chamado **vício da eloquência acusatória**,[54] traduzido no excesso de linguagem.

Conquanto a lei exija a exposição dos motivos e circunstâncias que denotam o perigo à integridade física do magistrado (ou de seus familiares), não se pode impor ao juiz que revele fatos axiomáticos "ou efetivas provas de que há risco à sua integridade física, considerando que ainda não se está julgando os agentes envolvidos na suposta organização criminosa". Desse modo, e *ad exemplum*, na hipótese de uma organização criminosa vocacionada ao extermínio de pessoas, com registros de ataques à vida de autoridades públicas, "ainda que não tenha havido uma ameaça real à integridade física do magistrado, este, diante das circunstâncias que envolvem tais investigados/acusados, poderá concluir que há risco pessoal na condução singular do processo e, então, decidir pela instauração do colegiado". Evidentemente, "seria irrazoável exigir que o juiz primeiro recebesse ameaças para que só então decidisse pela instauração do colegiado, até mesmo porque, dependendo do grau de periculosidade do grupo criminoso, os ataques à integridade do julgador poderiam ser perpetrados mesmo sem uma ameaça prévia", não se podendo olvidar do espírito de precaução (que vai além do aspecto *preventivo*) que inspirou a edição da lei e que abarca, também, os "riscos ainda não totalmente conhecidos e provados".[55]

Noutro prisma, e apesar da literalidade do regramento, Eugênio Pacelli considera que a competência para instaurar o colegiado deve ficar a cargo do Tribunal (instância *ad quem*). Ao respeitado autor, afigura-se *inadequada a forma* e *insuficiente a redação* contida no art. 1.º, § 1.º, da Lei 12.694/2012 no ponto em que afirma que a instauração do Colegiado se realiza pela manifestação unilateral do juiz do processo. Assim, vislumbrando incorreta a interpretação literal do dispositivo, defende que "a melhor solução será a de deferir ao Tribunal (de segundo grau) a que se ache vinculado o magistrado a decisão definitiva acerca da instauração da jurisdição colegiada", leitura que, a seu ver, encontra abrigo "naquilo que se contém no art. 1.º, § 7.º, da Lei n.º 12.694/12, atinente à competência do citado Tribunal para a expedição de normas regulamentando a composição do colegiado e os procedimentos a serem adotados para o seu funcionamento".[56]

Como adiantamos, nosso posicionamento é outro. A lei é taxativa ao considerar o próprio magistrado natural como senhor da instauração do colegiado. Para tanto, ele não depende de autorização de órgão jurisdicional superior, tampouco de aprovação administrativa de sua corregedoria.[57]

*** A decisão de instauração do colegiado: a) Depende de homologação? b) Desafia algum recurso?**

A lei prevê que da decisão de instauração do colegiado "será dado conhecimento ao órgão correicional" (art. 1.º, § 1.º) não para fins de *homologação*, mas, sim, de *fiscalização*. Obviamente, por se tratar a decisão do juiz natural de um ato jurisdicional, não será possível que a corregedoria da justiça – órgão administrativo – a reveja. Sem embargo, como órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos magistrados, poderá (e deverá) a corregedoria: a) controlar excessos no campo funcional, corrigindo a atuação do magistrado que não observa os requisitos legais e convoca seus pares em hipóteses que, manifestamente, não caberia; b) gerir os dados sobre as instaurações de juízos colegiados para fins estatísticos e com o objetivo de viabilizar a atuação conjunta dos juízes que venham a ser sorteados para compor o órgão, haja vista que "não poderão compor o colegiado de primeiro grau, naturalmente, os juízes afastados de suas funções, impedidos ou suspeitos, do mesmo modo que a atuação conjunta deve ser levada a efeito com o cuidado de não prejudicar as atividades jurisdicionais originárias de todos os membros";[58] c) mapear os locais em que os magistrados têm sido submetidos à ameaças por organizações criminosas, para, juntamente com a presidência do respectivo tribunal, traçar uma política institucional de segurança.

Não obstante a lei seja silente sobre o cabimento de eventual recurso contra a decisão de instauração do colegiado, parece-nos possível o manejo do *habeas corpus*[59] em casos de evidente ilegalidade ou abuso de poder que redunde para o investigado/réu possível ameaça de violência ou coação em sua liberdade de locomoção. Contudo, afigura-se possível também a impetração de mandado de segurança[60] para a "desconstituição de ato judicial, reconhecidamente absurdo ou teratológico, desde que a decisão impugnada seja manifestamente ilegal ou que dela advenha perigo de dano grave e de difícil reparação para o impetrante"[61] ou mesmo da correição parcial/reclamação, que tem vez quando se fizer necessário "corrigir, em processo ou procedimentos judiciais, ato, omissão ou despacho do juiz, decorrentes de erro, omissão, abuso ou ato tumultuário (*error in procedendo*) e para os quais não haja previsão de outro recurso".[62]

Lado outro, contra as decisões proferidas pelo juízo colegiado de primeiro grau, há de se manejar os recursos típicos previstos no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, conforme o caso. Mas vale ressaltar que o juízo plural trazido pela Lei 12.694/2012 não se equipara a um tribunal, razão pela qual não se admite a interposição de embargos infringentes ou de nulidade (CPP, art. 609, parágrafo único) para impugnar as decisões não unânimes (o que seria mesmo impossível de acordo com a tese da "artificialização das unanimidades") eventualmente proferidas.

De mais a mais, caso o magistrado natural convoque o órgão coletivo em hipótese manifestamente sem a menor relação com a criminalidade organizada, para além do cabimento das ações autônomas de impugnação, *a priori*, parece-nos bem razoável a ideia de que "os juízes sorteados para compor o colegiado possam suscitar conflito negativo de competência e, por se tratar de órgão de primeiro grau, seja ele julgado pelo tribunal ao qual estiver vinculado, ou seja, pelo respectivo Tribunal de Justiça ou TRF".[63]

*** A formação do colegiado pode se dar em qualquer fase da persecução penal? O colegiado pode ser convocado para a realização de atos instrutórios?**

A atuação do colegiado de primeiro grau pode ocorrer antes, durante ou depois da ação penal, ou seja, no estágio das investigações (ex.: decretação da prisão temporária), do processo (ex.: prolação da sentença) e, até mesmo, na fase da execução penal (ex.: regressão de regime de cumprimento de pena). Aliás, logo de saída, o *caput* do art. 1.º da Lei 12.694/2012 preconiza como possível a convocação do órgão colegiado "em **processos** [ação penal] ou **procedimentos** [*v.g.:* inquérito policial] que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas", o que deixa evidente não haver restrição alguma para a sua criação na fase inquisitorial.[64]

Com efeito, o art. 1.º da Lei 12.694/2012 arrola vários atos processuais que podem ser praticados pelo colegiado em fases processuais diversas (pré-processual, processual e pós-processual). Esse rol, diga-se, não é exaustivo. Dessa maneira, além dos atos processuais expressamente previstos no dispositivo, quaisquer outros podem ser levados a cabo pelo colegiado de primeiro grau, contanto que a decisão que o instaurar delimite o ato a ser realizado, seja ele instrutório (ex.: audiência) ou decisório (ex.: julgamento).

Nesse passo, a lei (art. 1.º) é clara ao preconizar que "o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de **qualquer ato processual**" e, "especialmente" (*não exclusivamente*), para: decretação de prisão ou de medidas assecuratórias; concessão de liberdade provisória[65] ou revogação de prisão; sentença; progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena; concessão de livramento condicional; transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.

Defendendo a concepção segundo a qual os atos instrutórios (não decisórios) também podem justificar a formação do colegiado, o juiz federal Márcio Cavalcante ressalta que "a grande maioria das ameaças contra os magistrados ocorre durante a instrução do processo e não apenas no momento da prolação da sentença ou de outras decisões. Dependendo do nível de ameaça e da periculosidade real da organização criminosa, o mais recomendado é que toda a condução do processo (todos os atos instrutórios e decisões) seja realizada pelo colegiado".[66]

Em outro polo, Eugênio Pacelli discorda da formação do órgão colegiado durante a primeira fase da persecução penal. E justifica a sua interpretação *na excepcionalidade intrínseca da medida*

e no fato de o § 2.º do art. 1.º mencionar que o colegiado será formado "pelo *juiz do processo* e por 2 (dois) outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição". Assim, dado o caráter excepcional da medida e a referência textual à expressão *juiz do processo*, entende o autor que "somente após já formado o juízo de convencimento do Ministério Público é que se legitimaria a instauração de semelhante modalidade de jurisdição de primeiro grau".[67]

Com todas as vênias, discordamos desse modo de pensar. Além do quanto já expusemos acerca da possibilidade *legal* de instauração do órgão jurisdicional colegiado na fase de investigação, há outro argumento de ordem prática que precisa ser lembrado: o possível risco à integridade física do juiz natural ou de seus familiares não é uma exclusividade da fase processual da persecução penal.

Por óbvio, no trâmite de uma investigação criminal instaurada para apurar o nicho de atuação, os crimes que pratica e os integrantes de uma dada organização criminosa, dentro da qual o magistrado seja instado a proferir decisões cautelares contrárias aos interesses dos investigados – prisão temporária, interceptação telefônica, busca e apreensão etc. –, é tão possível haver a intimidação por meio de ações concretas ou ameaças direcionadas ao juiz quanto o é no curso da ação penal. Dessarte, impedir a formação do colegiado no estágio investigatório é remar contra o espírito da lei. E mais: é desconsiderar seus próprios regramentos.

*** É possível constituição do colegiado de primeiro grau em processos afetos ao rito do tribunal do júri?**

Sim. Como visto acima, o colegiado pode se formar "em processos ou procedimentos que tenham por objeto *crimes praticados por organizações criminosas*" (Lei 12.694/2012, art. 1.º). E, como sabemos, algumas organizações criminosas mais sanguinárias dedicam-se também ao cometimento de homicídios (crime doloso contra a vida). Assim, a realização dos atos processuais nesses inquéritos (ex.: interceptação telefônica) ou processos (ex.: audiência de instrução, decisão de pronúncia etc.) que cuidam de homicídios pode se operar pelo colegiado de primeiro grau devidamente convocado pelo juiz natural.

Obviamente que o veredicto a ser proferido em plenário – condenatório ou absolutório – permanece exclusivamente nas mãos dos jurados (CR/88, art. 5.º, XXXVIII, *c*). Contudo, o colegiado de primeiro grau previsto pela Lei 12.694/2012 "poderá atuar em todas as demais fases do Júri: no inquérito, na fase de formação da culpa (1.ª fase do Júri) e até mesmo no julgamento em Plenário, elaborando, por exemplo, a sentença na qual será realizada a dosimetria da pena".[68]

*** A formação do colegiado é possível apenas nos casos que envolvam a prática do crime organizado por natureza (Lei 12.850/2013, art. 2.º, *caput*)?**

O art. 1.º da Lei 12.694/2012 deixa expresso que o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, "em processos ou procedimentos que tenham

por objeto ***crimes*** *praticados por* ***organizações criminosas***" (art. 1.º). Veja-se que a lei não se refere à possibilidade de formação do colegiado nos casos que tenham por objeto o crime de organização criminosa em si. Entretanto, fere a lógica do razoável admitir que o juiz natural, por razões de segurança, possa instaurar o colegiado em casos que tratem do crime organizado por extensão (ou por derivação) – que são os delitos cometidos pela organização – e não possa fazê-lo nas hipóteses em que a investigação ou o processo diga respeito ao crime organizado por natureza (Lei 12.850/2013, art. 2.º, *caput*).

Destarte, a nosso aviso, o colegiado de primeiro grau tem lugar nos inquéritos ou processos que tenham por objeto o crime descrito no art. 2.º, *caput*, da Lei 12.850/2013, bem como nas persecuções criminais que envolvam os delitos (não contravenções) cometidos por organizações criminosas (não associações criminosas), assim definidas pelo art. 1.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013.

*** O colegiado de primeiro grau ofende o princípio da identidade física do juiz?**

O princípio da identidade física do juiz, outrora previsto no art. 132 do Código de Processo Civil de 1973, foi introduzido no processo penal brasileiro somente em 2008, pela Lei 11.719, que incluiu no CPP o § 2.º do art. 399, cuja redação preconiza que "o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença".

O ingresso do princípio da identidade física do juiz na seara criminal foi comemorado por significativa parcela da doutrina, "já que, antes da reforma processual de 2008, era extremamente comum que um juiz interrogasse o acusado, outro ouvisse as testemunhas de acusação, outro as de defesa, com um quarto magistrado proferindo a sentença. Esse distanciamento entre a prova e o magistrado prejudicava a formação de um quadro probatório coeso e harmônico, prejudicando um dos escopos do processo penal, que é a busca da verdade".[69]

Fixados estes contornos mínimos sobre a *identidade física do juiz*, compete-nos agora responder se este princípio é maculado pela formação do juízo colegiado de primeiro grau, sobretudo no caso em que a sua constituição se opera apenas para o ato da sentença (art. 1.º, III), em que dois juízes (os convocados) não terão participado da instrução. Desde logo adiantamos nosso posicionamento: mesmo nessa hipótese a Lei 12.694/2012 não viola o princípio da identidade física do juiz.

*A uma*, porque o princípio da identidade física do juiz não tem acento constitucional, não havendo inconstitucionalidade alguma na sua não previsão em determinado diploma normativo. Ora, apesar de previsto no CPC de 1973 (art. 132), o citado princípio só ingressou no Código de Processo Penal em 2008. Os processos até então sentenciados por juízes diversos daqueles que colheram a prova não se tornaram nulos com a inclusão do § 2.º no art. 339 do CPP. Absolutamente, não. É bem possível, portanto, que determinada legislação deixe de prever o princípio da identidade física do juiz, sem que isso configure qualquer inconstitucionalidade. Tanto é verdade que no Código de Processo Civil de 2015 "desapareceu o princípio da identidade física do juiz (art. 132 do CPC de

1973)",[70] por simples opção do legislador. Assim sendo, não há mácula alguma no fato de a Lei 12.694/2012 estabelecer como possível a formação do colegiado de primeiro grau apenas para o ato da sentença. O princípio da identidade física do juiz, pois, não é de observância obrigatória e não possui caráter absoluto. O tema "é de conformação legislativa, nada havendo na Constituição que determine o respeito ao aludido princípio".[71]

*A duas*, porque o juiz natural – integrante nato do colegiado – será invariavelmente o responsável pela presidência da audiência de instrução. Caberá a ele compartilhar as suas percepções com os demais magistrados – chamados para sentenciar o caso –, os quais poderão, inclusive, colher as suas próprias impressões sobre a prova produzida em audiência, haja vista que, desde 2008 (Lei 11.719), sempre que possível, "o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, *destinada a obter maior fidelidade das informações*" (CPP, art. 405, § 1.º). Desse modo, temos que a Lei 12.694/2012, ao estabelecer a possibilidade de formação do colegiado apenas para a sentença, criou uma *relativa exceção* ao princípio da identidade física do juiz. E compreendemos a *exceção* como *relativa* porque o juiz natural presidirá a audiência de instrução e sentenciará o caso, o que não ocorrerá com os juízes convocados para o veredicto. Não se trata, assim, de uma *exceção pura* ao princípio da identidade física do juiz.

*A três*, porque o relativo princípio da identidade física do juiz comporta exceções legais. Com efeito, "no caso de promoção, de licença ou de qualquer outro afastamento legal e regulamentar do magistrado, nada impedirá que seu substituto profira sentença no processo, sem a obrigação de repetir a prova até então colhida. Assim, como a instauração do Colegiado vem instrumentalizada em Lei Federal – e não em norma de organização judiciária! – não há como se pretender a sua invalidade sob a perspectiva da identidade física".[72]

Estamos, por isso, com Márcio Cavalcante, ao verberar que as críticas à Lei 12.694/2012 "são fruto do misoneísmo e de uma cultura jurídica predominante no direito brasileiro de que toda e qualquer iniciativa que vise a tornar mais eficiente a persecução penal é logo etiquetada de inconstitucional, como se a ampla defesa impedisse a implementação de novos instrumentos estatais de combate à criminalidade".[73]

Em direção oposta, e advogando o *alcance supralegal* do princípio da identidade física do juiz, Guilherme Nucci ressalta que,

"quando o magistrado do feito perceber a necessidade de proferir sentença em colegiado, deve instaurá-lo no momento da audiência de instrução e julgamento, possibilitando que os outros dois juízes participem da colheita da prova para formar o seu convencimento. [...] não vemos como a instrução possa ser presidida por um só juiz e, ao final, outros dois (maioria) são chamados para julgar o caso. Esfacelar-se-ia a identidade física do magistrado, de maneira inadequada e sem razão

plausível. Assim não fazendo, convocando-se juízes para julgar o caso, ao final da instrução, gera nulidade absoluta".[74]

Discordamos desse entendimento por tudo o quanto já dissemos sobre a ausência de ofensa ao princípio em exame e, também, pela razão de que o ataque à integridade física do juiz pode ocorrer justamente após a audiência de instrução e antes da sentença, com o fim de desencorajá-lo a condenar os réus. Ora, se até a audiência não se vislumbrar nenhuma situação geradora de risco para o magistrado, como poderá ele convocar seus pares para presidi-la em conjunto? Isso sim seria uma decisão nula, porquanto carente de fundamentação legítima.

*** É possível a formação de diversos colegiados dentro de uma mesma persecução penal?**

Em regramento que tem causado intensa celeuma na doutrina, a Lei 12.694/2012 estabeleceu que "a competência do colegiado limita-se ao ato para o qual foi convocado" (art. 1.º, § 3.º). Há diversas formas de se interpretar esse dispositivo, como abaixo se verifica:

**1.ª corrente:** Dentro de uma mesma persecução penal só pode haver a formação por sorteio eletrônico de um único colegiado, que será chamado a se reunir sempre que se fizer necessária a realização de algum ato processual. Nesse passo, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva compreendem que o órgão coletivo só pode ser criado "uma única vez para o acompanhamento de toda a instrução penal, sendo convocado quando necessário, para determinados atos, perdurando até o encerramento das funções jurisdicionais de primeiro grau". Na ótica dos autores, é ilógico que para cada ato seja realizada uma "nova formação de colegiado via sorteio eletrônico, pois isso vai contra o princípio da eficiência, gerando morosidade processual". Ademais, esse entendimento "preserva o princípio da identidade física do juiz".[75]

**2.ª corrente:** Como a anterior, considera que "não se poderá pensar na instauração de mais de um colegiado no curso do mesmo processo", sob pena de se instaurar verdadeiro juízo de exceção, com a convocação arbitrária de vários e diferentes membros do Judiciário para o mesmo caso. Contudo, enquanto a primeira corrente defende que o agrupamento seja convocado quando necessário e perdure até o encerramento das funções jurisdicionais de primeiro grau, esta segunda corrente, capitaneada por Eugênio Pacelli, apregoa que, "uma vez formado e praticado o ato para o qual ele tenha sido convocado, exaure-se a respectiva jurisdição, retornando o comando do processo ao juiz originariamente competente".[76]

**3.ª corrente (nossa posição):** Dentro de uma mesma persecução penal é *possível* a formação de mais de um órgão colegiado por sorteio eletrônico, tudo a depender da amplitude do primeiro ato convocatório expedido pelo juiz natural. Como o art. 1.º, § 3.º, diz que "a competência do colegiado limita-se ao ato para o qual foi convocado", é viável que se dê a esse ato uma extensão maior ou menor. Assim, tanto poderá o magistrado natural convocar seus pares, p. ex., para a condução de todo o processo (extensão maior), a partir da decisão de recebimento da denúncia até a sentença;

como poderá ele instaurar o colegiado para, *v.g* ., apenas receber a peça acusatória e decretar a preventiva dos réus (extensão menor). Nesse último caso, dada a limitação imposta pelo ato convocatório, se se fizer necessária a realização coletiva da audiência de instrução ou mesmo a prolação da sentença pelas mãos do órgão plural, um novo sorteio haverá de ser efetivado e outro colegiado se formará.

Repita-se à exaustão: caso o magistrado, na fase investigatória, instaure o colegiado de juízes para decidir apenas sobre um pedido de interceptação telefônica de membros de uma organização criminosa, esse mesmo colegiado não terá competência para sentenciar o caso a ser futuramente denunciado pelo *Parquet*, salvo se o *decisum* convocatório também englobar expressamente a prática desse ato. Como bem leciona Márcio Cavalcante,

"na decisão do magistrado que determinar a instauração deverá ser mencionado expressamente o(s) ato(s) para o(s) qual(is) o colegiado foi convocado. Importante esclarecer que a lei não determina que o colegiado seja instaurado para a prática de apenas um ato processual. Assim, é possível que o colegiado seja convocado para a prática de uma série de atos referentes a um único processo. É o caso, por exemplo, da decisão do juiz da causa que instaura o colegiado para a instrução e julgamento do Processo n. YYY/2012. [...] dependendo do nível de ameaça e da periculosidade real da organização criminosa, o mais recomendado é que toda a condução do processo seja realizada pelo colegiado, devendo, no entanto, o ato de convocação ser expresso nesse sentido".[77]

Em suma, "a duração variará conforme o que constar na decisão do juiz competente", de maneira que, "se a decisão do juiz pela formação do órgão colegiado for ampla, isto é, para todos os atos processuais, sem exceção, a atuação colegiada perdurará até o encerramento das funções jurisdicionais de primeiro grau. Caso seja restrita – por exemplo, para prolatar sentença –, a competência para a condução do processo pelo colegiado estará exaurida com a prática deste único ato".[78]

**4.ª corrente (prevalente na práxis):** Dentro de uma mesma persecução penal devem ser instaurados tantos colegiados quantos forem necessários, sendo impossível uma convocação geral para todo o curso do inquérito ou do processo. A excepcional competência do órgão plural, pois, fica restrita à prática de cada ato específico. Assim, caso tenha sido formado o colegiado para, na fase inquisitorial, apreciar um pedido de prisão temporária, uma vez tomada a decisão em grupo, encerrado estará o ofício do juízo coletivo. No avançar da investigação, se se fizer de rigor, p. ex., o deferimento de uma medida de busca e apreensão, um novo colegiado deverá ser insaturado, caso assim entenda necessário o juízo competente. Esse raciocínio, por óbvio, se estende ao âmbito da ação penal, de modo que, fazendo-se de rigor a formação do órgão colegiado de magistrados para a prolação da sentença, um terceiro sorteio eletrônico deverá ser promovido. Portanto, em nossa situação hipotética, dentro da mesma persecução penal, três colegiados de primeiro grau terão se

formado.

Advogando essa orientação, Guilherme Nucci anota que

"para cada um dos atos judiciais previstos no art. 1.º, incisos I a VII, pode-se formar o colegiado, *limitada* a sua competência à decisão para a qual foi convocado. *Não se pode manter o colegiado instaurado, para acompanhar o desenvolvimento de todo o inquérito e execução da pena do acusado*. Então, se for preciso um colegiado para decretar a preventiva e, posteriormente, houver necessidade de se apreciar uma medida de sequestro, *forma-se outro colegiado, mantendo-se, apenas, o juiz natural da causa, que é fixo*. Os magistrados volantes podem – e devem – variar".[79]

Na prática, essa é a corrente que tem prevalecido. Com efeito, o art. 3.º do Provimento 11/2013 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal é taxativo ao estabelecer a dissolução do colegiado tão logo concretizado o ato para o qual ele foi constituído, bem como a realização de uma nova convocação (novo sorteio) dentro da mesma persecução penal, sempre que se fizer necessário. *In ipsis litteris*:

"Art. 3.º Praticado o ato para o qual foi convocado, *o colegiado encerrará o seu ofício*, sendo dissolvido automaticamente, salvo na hipótese de embargos de declaração ou de reexame da matéria em virtude de recurso que permita juízo de retratação.
Parágrafo único. Havendo a necessidade de *nova convocação no mesmo processo*, será realizado *novo sorteio* na forma prevista no art. 2.º deste provimento".

Grife-se, por demais, que essa diretriz foi agasalhada, em *obter dictum*, pela 5.ª Turma do STJ, quando do julgamento do RHC 54.225/SP (*DJe* 25.05.2016). Na ocasião, o Relator, Min. Felix Fischer, conferiu validade ao art. 7.º da Res. 528/2014 do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região – que seguiu o disposto no art. 3.º Provimento 11/2013 –, e considerou que dessa disposição normativa extrai-se "que a instauração do colegiado *restringe-se à apreciação de ato processual específico* e, após praticá-lo, sua *dissolução será automática*, salvo nos casos em que ocorra a oposição de embargos de declaração ou a interposição recursal que permita juízo de retratação".

Justamente por isso, ao decidir pela convocação de seus pares, o juiz natural deve *especificar o ato processual a ser praticado em grupo* (Prov. 11/2013-CGJF, art. 1.º, § 1.º; e Res. 528/2014-TRF3, art. 1.º), de maneira que, desconstituído o colegiado, devolver-se-á integralmente a competência jurisdicional ao juízo singular.[80]

## 3. CONCEITO[81]

De acordo com o regramento instituído pela Lei 12.850/2013, "considera-se organização criminosa a associação de **4 (quatro)**[82] **ou mais** pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada

pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com **objetivo** de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de **infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional**" (art. 1.º, § 1.º).

À guisa de introdução, impende observar que dentro do espectro desse conceito legal é possível que se verifique a existência de variadas formas de manifestação da criminalidade organizada, cada qual com características bem peculiares, amoldadas às suas próprias necessidades e facilidades que encontram em seu respectivo nicho de atuação. Com efeito, a maior ou menor presença das instituições de persecução penal em determinado local, bem como o somatório de fatores políticos, econômicos e sociais, influem para o delineamento dessas características, com preponderância para umas ou outras, sempre com vistas a tornar mais viável a operacionalização das infrações penais planejadas e o escopo de obter maior rentabilidade.

Nessa perspectiva, não há como negar o entendimento de que existem formas diferentes de organizações criminosas. É equivocado, pois, "o entendimento de que apenas aquelas formas de criminalidade violenta ou 'da rua' se configuram 'crimes praticados por organizações criminosas'. Estas são as atividades criminosas 'clássicas' das *organizações mais tradicionais, de tipo mafioso*". Entretanto, não raro, os "*crimes praticados no âmbito de empresas legal e licitamente constituídas e crimes praticados no ambiente político* também são, e devem ser considerados, conforme as características, praticados por organizações criminosas".[83]

Assim, na lavra da doutrina especializada, atualmente são conhecidas **quatro**[84] **formas básicas de organizações criminosas** que, por vezes, se mesclam. São elas:

"**1.Tradicional (ou Clássicas):** Das quais o exemplo mais clássico são as Máfias. Trata-se de modelo clássico das Organizações criminosas, as de tipo mafiosas que revelam características próprias [...]. O elemento constitutivo especial das associações de tipo mafioso, que as diferenciam daquelas comuns (demais), é a existência de uma profunda força intimidatória, de forma autônoma, difusa e permanente.
**2. Rede (*Network – Rete Criminale – Netzstruktur*):** Cuja principal característica é a globalização. Forma-se através de um grupo de *experts* sem base, vínculos, ritos, e também sem critérios mais rígidos de formação hierárquica. É provisória, por natureza, e se aproveita das oportunidades que surgem em cada setor e em cada local. A organização criminosa se forma em decorrência de 'indicações' e 'contatos' existentes no ambiente criminal, sem qualquer compromisso de vinculação (muito menos em caráter permanente), age em determinado espaço territorial favorável para a prática dos delitos propostos, durante tempo relativamente curto (no geral alguns meses) e depois se dilui, sendo que seus integrantes – cada um vai se unir a outros agentes, formando um novo grupo em outro local. [...] Nos casos de lavagem de dinheiro, modernamente, é utilizada a forma mesclada de 'Rede-Endógena', organizações criminosas podem manter experts que reúnem habilidades incríveis em, de qualquer forma, esconder, dissimular e transferir fundos ou bens, criando métodos que os tornem aparentemente de origem lícita. Para tanto, são ou se valem de agentes públicos de altos escalões, que realizam transações financeiras e comerciais que camuflam seu verdadeiro propósito, utilizando-

se, muitas vezes, através de 'laranjas' ou testas-de-ferro de empresas públicas.
**3. Empresarial:** Formada no âmbito de empresas lícitas – licitamente constituídas. Neste formato, também modernamente chamadas de organizações criminosas, os empresários se aproveitam da própria estrutura hierárquica da empresa. Mantém as suas atividades primárias lícitas, fabricando, produzindo e comercializando bens de consumo para, secundariamente, praticar crimes fiscais, crimes ambientais, cartéis, fraudes (especialmente em concorrências – licitações, *dumping*, lavagem de dinheiro, falsidades documentais, materiais ideológicos, estelionatos etc.).
**4. Endógena:** Trata-se de espécie de organização criminosa que age dentro do próprio Estado, em todas as suas esferas – Federal, Estaduais e Municipais, envolvendo, conforme a atividade, cada um dos Poderes, Executivo, Legislativo ou Judiciário. É formada essencialmente por políticos e agentes públicos de todos os escalões, envolvendo, portanto, necessariamente, crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação etc.). Mas também, quase que inevitavelmente outras infrações penais como aquelas que se relacionam direta ou indiretamente. [...] É forma de organização criminosa denominada, na doutrina alemã de *Kriminalität der Mächtigen* – 'Criminalidade dos Poderosos'".[85]

Sob outro prisma, a definição legal promovida pelo art. 1.º, § 1.º, da LCO não ficou imune às **críticas**. Para um setor doutrinário, a Lei do Crime Organizado pecou ao vincular a caracterização de uma organização criminosa à "prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos", haja vista que não são propriamente os crimes decorrentes da atuação da organização que lhe conferem a condição de macrocriminalidade, pelo seu alto potencial lesivo, mas a organização em si. Ademais, no ponto em que exigiu o número mínimo de quatro integrantes para a formação da organização criminosa, a Lei 12.850/2013 representou um retrocesso em relação à derrogada Lei 12.694/2012 (que se contentava com o número mínimo de três pessoas), porquanto essa orientação vai na contramão da tendência legislativa internacional.[86]

Para a Lei do Crime Organizado, a associação mínima de quatro pessoas deve ser "estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente". Exige-se, pois, uma estrutura minimamente ordenada, não sendo necessário, a nosso juízo, que o grupo possua um "elevado grau de sofisticação" ou uma espécie de "estrutura empresarial", com líderes e liderados.[87]

A fim de melhor compreender a locução "estruturalmente ordenada", presente no art. 1.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013, pode ser invocado pelo intérprete o conceito que provém da Convenção de Palermo (que, repise-se, não perdeu a sua vigência com a promulgação da LCO), para qual a expressão *grupo estruturado* significa um "grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada" (art. 2.º, *c*).

Além do mais, conquanto na maioria das vezes as organizações criminosas sejam integradas por servidores públicos, a presença destes não é *conditio sine qua non*, conforme a definição legal, para

a sua constituição. Tanto é verdade que, "se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal", a pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) (art. 2.º, § 4.º, II, da LCO). Ora, interpretando-se *a contrario sensu* essa regra, conclui-se que, se não há participação de servidor público, afasta-se apenas a causa de aumento de pena em questão, mas não o tipo penal.[88]

Dessarte, não se pode banalizar o conceito de crime organizado que, com frequência, conta com necessário *planejamento empresarial*, embora isso não seja rigorosamente necessário. Entretanto,

"a presença de itens do planejamento empresarial (controle do custo das atividades necessárias, recrutamento controlado de pessoal, modalidade do pagamento, controle do fluxo de caixa, de pessoal e de 'mercadorias' ou 'serviços', planejamento de itinerários, divisão de tarefas, divisão de territórios, contatos com autoridades etc.) constitui forte indício do crime organizado".[89]

Ressaltamos, contudo, que a atuação de agentes públicos no crime organizado é uma característica bastante evidente. Aliás, foi bem lembrada por Marcelo Batlouni Mendroni[90] a célebre frase de Paul Castelano, antigo *capo* da família mafiosa Gambino de Nova York: "Eu já não preciso mais de pistoleiros, agora quero deputados e senadores".

As atividades da organização devem ser marcadas pela divisão de tarefas, característica fundamental da **teoria do domínio funcional do fato**. Por meio desta, basta que haja "a reunião dos autores, cada um com o domínio das funções que lhes foram previamente atribuídas para a prática do delito",[91] sendo desnecessário que todos venham a executar propriamente os delitos para os quais a organização criminosa foi formada.

A respeito do tema, com a autoridade que lhes é peculiar, lecionam os catedráticos Luís Greco e Alaor Leite:

"se duas ou mais pessoas, partindo de uma decisão conjunta de praticar o fato, contribuem para a sua realização com ato relevante de um delito, eles terão o *domínio funcional do fato* (*funktionale tatherrschaft*), que fará de cada qual coautor do fato como um todo, ocorrendo aqui, como consequência jurídica, o que se chama de **imputação recíproca**".[92]

Noutro prisma, segundo a lei, o grupo criminoso organizado deve ter o "objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza". Apesar da franca conotação econômica, não se descarta a obtenção de proveito ou ganho de natureza diversa ("disputa de poder; conquista de votos; ascensão a cargo ou posto etc."[93]), o que deverá ser revelado no caso concreto.[94]

De se notar que a almejada *vantagem de qualquer natureza* deverá necessariamente ser **ilícita**. Nesse sentido:

"De acordo com a Convenção de Palermo, produtos do crime são 'os bens de qualquer tipo, provenientes, direta ou indiretamente, da prática de um crime' (art. 2, e).

Nada obsta que o produto seja lícito (p. ex.: dinheiro, carro etc.) ou ilícito (p. ex.: drogas, máquina caça-níquel etc.).
Já a vantagem está ligada à maneira como se adquiriu o produto. Sendo assim, para efeito de enquadramento no conceito de organização criminosa a vantagem deve ser ilícita.
Se a vantagem for lícita estaremos não diante de um crime de participação em organização criminosa, mas sim diante de eventual delito de exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345) ou de um fato atípico".[95]

Por sua vez, a locução "ainda que informalmente" está a indicar a notória dispensabilidade de constituição formal do grupo. Não se exige, porém, que a organização criminosa possua regras escritas disciplinando a conduta de seus membros ou mesmo estatutos informais, tal como os possuem o PCC[96] (Primeiro Comando da Capital) e a japonesa Yakuza.

A *informalidade* não significa a dispensa de um nível mínimo de organização. Em verdade, a expressão *ainda que informalmente* deve ser compreendida em conjunto com aquela que lhe é anterior, qual seja *estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas*. Portanto, a informalidade "diz respeito à não necessidade de se dividir tarefas e ordenar estruturalmente a organização de modo formal, por meio de instrumentos burocráticos e legais que geralmente compõem as estruturas empresariais ilícitas".[97]

Diferentemente do que dispunha o revogado art. 2.º da Lei 12.694/2012, que fazia referência à "prática de *crimes*", a Lei 12.850/2013 dispõe que as organizações criminosas se caracterizam "mediante a prática de ***infrações penais***". A Lei do Crime Organizado ampliou, ao menos em tese, o alcance do conceito, que doravante passa a englobar *crimes* e *contravenções*.

Sendo assim, é de se indagar: **a LCO alcança os grupos criminosos estruturalmente formatados para a exploração exclusiva do "jogo do bicho"?**

Para Fernando Capez (**1.ª corrente**), "atualmente sim, porque a atual redação não fala mais em 'crime' praticado por quadrilha ou bando, mas em 'infrações penais', razão pela qual ficam alcançadas, além dos crimes, todas as contravenções penais".[98]

Para nós **(2.ª corrente)**, no entanto, a resposta é negativa. E a razão é bem simples. Diz a lei: "mediante a prática de infrações penais cujas *penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos*". Como é cediço, a contravenção do "jogo do bicho", prevista no art. 58 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/1941), é punida com "prisão simples, de 4 (quatro) meses a 1 (um) ano, e multa". Assim, por não possuir pena máxima superior a quatro anos, não há falar em organização criminosa exclusivamente formada para a prática de jogo do bicho. Em verdade, é bom que se ressalte que não há no Decreto-lei 3.688/1941 contravenção penal alguma com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ao contrário do que ocorre no Decreto-lei 6.259/1944[99] (que encerra **lei penal em branco inversa ou ao avesso**[100]).

Ainda no que importa ao elemento *infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4*

*(quatro) anos*, há na doutrina (**1.ª corrente**) quem entenda que, como a norma não impõe que cada infração praticada tenha pena máxima superior a 4 (quatro) anos, bastaria para a consumação da organização criminosa que a soma hipotética das penas das infrações praticadas em seu bojo resultasse em um montante superior a 4 (quatro) anos.[101]

Assim não pensamos (**2.ª corrente**). Para nós, não é possível efetuar a soma das penas máximas, em caso de concurso de delitos, para que seja alcançado o patamar estabelecido em lei. O preceito secundário das infrações penais cometidas deverá ser analisado **isoladamente**, porquanto o conceito previsto no § 1.º do art. 1.º da Lei 12.850/2013 "fala em 'infrações penais' com penas máximas superiores a 4 (quatro) anos e não 'imputações penais'".[102]

Já na parte final do § 1.º do art. 1.º da LCO vê-se que as organizações criminosas podem se caracterizar, também, pela prática de infrações penais "que sejam de caráter transnacional". Nesse caso, **independentemente da quantidade de pena máxima abstratamente prevista para o crime ou a contravenção penal**, quando os ilícitos penais cometidos não ficam restritos ao território nacional, ou seja, sendo transpostas as fronteiras brasileiras, com o alcance de outro(s) país(es), ter-se-á uma organização criminosa transnacional. Da mesma forma, isso ocorrerá se a infração penal tiver sua gênese no exterior e terminar por atingir o território nacional.[103]

Por fim, calha distinguir os conceitos de **crime organizado por natureza** e **crime organizado por extensão**.[104] O primeiro se refere ao crime de organização criminosa propriamente dito (LCO, art. 2.º), também chamado de **crime *de* organização**. O segundo diz respeito às infrações penais praticadas pela organização, e são por isso igualmente denominados **crimes *da* organização**.

Exemplificativamente, pense-se numa organização criminosa formada por fiscais do meio ambiente especializada na prática de concussão (art. 316 do CP). Por meio dessa prática, os agentes públicos exigem de pequenos empresários o pagamento de propina, sob pena de interdição das atividades por eles exercidas; lavratura abusiva de autos de infração etc. Os servidores públicos, na hipótese, deverão responder criminalmente por integrarem a organização criminosa (crime organizado por natureza) e pelos crimes de concussão (crime organizado por extensão), em concurso material, conforme a taxativa previsão constante do preceito secundário do art. 2.º da Lei 12.850/2013 ("sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas").

## 4. APLICAÇÃO EXTENSIVA DA LEI 12.850/2013

A teor do disposto no § 2.º do art. 1.º, a aplicação da Lei do Crime Organizado não se restringe ao conceito de organização criminosa por ela mesma delineado. Assim, ainda que as infrações penais não sejam praticadas por intermédio de organização criminosa – na acepção técnica do termo –, a Lei 12.850/2013 também se aplicará (extensivamente):

"I – às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;
II – às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos".

No primeiro caso, além da previsão em tratado ou convenção internacional assinados pelo Brasil, a infração penal deve ter sido cometida **a distância**.[105] Em face disso, o crime tráfico internacional de pessoas (CP, art. 149-A), mesmo que cometido por um só agente, admite a aplicação extensiva da Lei 12.850/2013 para o fim de se realizar, *ad exemplum*, uma ação controlada. Sob outro aspecto, "o crime de tráfico ilícito de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33), quando transnacional, embora praticado por apenas três agentes, comporta, exemplificando, a colaboração premiada, nos termos da Lei 12.850/2013".[106]

Quanto à segunda hipótese, a redação original do inciso II dispunha sobre a aplicação extensiva da Lei 12.850/2013 às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

A Lei do Crime Organizado, contudo, não havia conceituado *organizações terroristas,* tampouco tipificado a conduta de integrá-la. Aliás, a tipificação dos atos de terrorismo sempre foi alvo de intensa divergência na doutrina. Para alguns (**1.ª corrente**), apesar de não existir delito com o *nomen juris* "terrorismo", a prática de atos terroristas encontrava tipificação no art. 20 da Lei 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional).[107] Para outros (**2.ª corrente**), não existia em nosso ordenamento jurídico um tipo penal definidor do terrorismo. Apesar de o art. 20 da Lei 7.170/1983 mencionar a expressão "atos de terrorismo", não havia *definição* legal – com todos os seus elementos (princípio da legalidade na vertente da *lex certa*) – acerca do significado dessa conduta, mas apenas uma vaga referência ao termo.[108]

Essa problemática acabou sendo definitivamente superada com a edição da **Lei 13.260/2016 (Lei de Terrorismo), que inaugurou o tratamento jurídico do terrorismo no ordenamento jurídico** nacional e cuidou, entre outros aspectos, da definição de crimes (arts. 2.º, § 1.º; 3.º; 5.º; e 6.º); da estipulação da competência da Justiça Federal (art. 11); de medidas assecuratórias (arts. 12 a 15); da aplicação das técnicas especiais de investigação previstas na Lei do Crime Organizado para a apuração dos atos de terrorismo (art. 16); da ampliação do rol dos crimes compatíveis com a prisão temporária para englobar os delitos previstos na Lei de Terrorismo (art. 18) etc.

Dessarte, de acordo com o novel inciso II do § 2.º do art. 1.º da LCO, aplica-se extensivamente a Lei do Crime Organizado "às **organizações terroristas**, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos". Portanto, doravante, as organizações terroristas, ou seja, aquelas vocacionadas para a prática dos atos terroristas legalmente definidos nos

arts. 2.º, § 1.º; 3.º; 5.º; e 6.º da Lei 13.260/2016, são também alcançadas pelas disposições da Lei do Crime Organizado, para fins de investigação, processo e julgamento (art. 2.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013 c.c. art. 16 da Lei 13.260/2016).

Observe-se que, para respeitável setor doutrinário (**1.ª corrente**), "a única técnica de investigação que não poderá ser implementada aos casos previstos nos incisos I e II do § 2.º do artigo 1.º é a infiltração de agentes, pois por expressa previsão no § 2.º do artigo 10 da Lei 12.850/13 só será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1.º, § 1.º (que é a organização criminosa propriamente dita)".[109]

*Data venia*, esse não é nosso ponto de vista (**2.ª corrente**). Em nossa ótica, a infiltração policial poderá ser implementada nas duas hipóteses de aplicação extensiva da Lei do Crime Organizado, pelas seguintes razões: a) a LCO não fez nenhuma ressalva nesse particular; b) a infiltração é uma técnica especial de investigação que também encontra previsão na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), em seus arts. 20, item 1; e 29, item 1, alínea *g*; c) especificamente quanto às organizações terroristas, o art. 16 da Lei 13.260/2016 determinou de forma expressa a aplicação das disposições da Lei 12.850/2013, para a investigação, o processo e o julgamento dos crimes de terrorismo.

---

1 "A Lei 9.034/1995, ao se referir à organização criminosa, não instituiu novo tipo penal" (HC 90.768, Min. Ellen Gracie, *DJ* 15.08.2008).

2 "É caso de perda de eficácia (por não sabermos o que se entende por organização criminosa), não de revogação (perda de vigência). No dia em que o legislador revelar o conteúdo desse conceito vago, tais dispositivos legais voltarão a ter eficácia. Por ora continuam vigentes, mas não podem ser aplicados" (GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei n.º 10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2919>. Acesso em: 7 jan. 2015).

3 Rememore-se que a Lei 12.683/2012 alterou substancialmente a Lei 9.613/1998, inclusive seu art 1.º. Atualmente, pois, não há mais um rol de crimes antecedentes.

4 O mesmo questionamento poderia ser feito também no tocante à aplicação de outros preceptivos, que fazem referência às organizações criminosas. *Ad exemplum*: a) § 4.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998 (A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de *organização criminosa*); b) § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 (Nos delitos definidos no *caput* e no § 1.º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde

que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas *nem integre organização criminosa*); c) § 2.º do art. 52 da Lei 7.210/1984 (Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de *envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas*, quadrilha ou bando) etc.

5 *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print>. Acesso em: 10 jan. 2015.

6 *A nova Lei do Crime Organizado*. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2013/10/26/anovaleidocrimeorganizado/>. Acesso em: 8 jan. 2015.

7 No mesmo sentido: HC 171.912/SP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJe* 28.09.2011.

8 Trecho do voto do Min. Marco Aurélio, proferido no julgamento do HC 96.007/SP, unânime, *DJe* 08.02.2013. No mesmo sentido: HC 108.715, *DJe* 29.05.2014. Obs.: Recomenda-se, para melhor compreensão do tema, a leitura do **voto vencido** do Min. Luiz Fux no HC 108.715, para quem "revela-se infundada a alegação de que o inciso VII do art. 1.º da Lei 9.613/1998 jamais pôde ser aplicado, à míngua de definição legal de um 'crime de organização criminosa'. É que a Lei 9.613/1998 em momento algum prevê, como delito antecedente à lavagem de dinheiro, um 'crime de organização criminosa' tal como referido. Nem parece razoável acreditar que tenha sido a intenção do legislador fazer referência a um crime que ele mesmo não criou. Em verdade, pune-se, por meio do inciso VII da redação original da referida Lei, a lavagem de dinheiro que tenha como antecedente o crime 'praticado por organização criminosa', algo absolutamente distinto da figura delitiva suscitada pelo impetrante".

9 Esse entendimento, em data recente, foi outra vez agasalhado pelo STF: "Lavagem de capitais e organização criminosa. A previsão do artigo 1.º, VII, da Lei n 9.613/98, em sua redação original, tinha como pressuposto a aprovação de Lei que definisse a expressão organização criminosa, à compreensão de que insuficiente, para fins de tipicidade no direito interno, o conceito previsto na Convenção de Palermo, o que veio a ocorrer com as Leis 12.694/2012 e 12.850/2013, posteriores aos fatos em julgamento. Atipicidade de conduta reconhecida" (AP 694, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Rosa Weber, *DJe* 31.08.2017).

10 *A nova lei de organização criminosa – Lei n.º 12.850/2013*. Porto Alegre: Lex Magister, 2013. p 30. Com o mesmo entendimento: SUZUKI, Cláudio Mikio; AZEVEDO, Vinicius Cotta. *Organização criminosa: confusões e inovações trazidas pela Lei 12.850/13*. Disponível em: <http://claudiosuzuki.jusbrasil.com.br/artigos/121941247/organizacao-criminosa-confusoes-e-inovacoes-trazidas-pela-lei-12850-13>. Acesso em: 16 set. 2015.

11 *Organização criminosa: um ou dois conceitos?* Disponível em:

<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/direitocriminal/artigoprofluizflaviogomesorganizacao Acesso em: 8 jan. 2015.

12 *Organização criminosa: não se aplica a majorante em lavagem de dinheiro*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-26/cezar-bitencourt-nao-aplica-majorante-crime-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 8 jan. 2015.

13 *A nova Lei do Crime Organizado*. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2013/10/26/anovaleidocrimeorganizado/>. Acesso em: 8 jan. 2015.

14 *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 479.

15 *Crime organizado:* comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 14.

16 ANDRADE, Fernando Rocha de. *Aspectos da nova Lei de Crime Organizado*. Disponível em: <http://blog.ebeji.com.br/aspectos-da-nova-lei-de-crime-organizado/>. Acesso em: 23 set. 2015.

17 Tais como: CARLOS, André; FRIEDE, Reis. *Aspectos jurídico-operacionais do agente infiltrad* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 47-48. ARRUDA, Rejane Alves de (coord.). *Organização criminosa – comentários à Lei n.º 12.850/13*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 19-20. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 6. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 406.

18 ROHC 115.563/MT, 1.ª Turma do STF, Rel. Luiz Fux, unânime, *DJe* 28.03.2014. **Discordamos** frontalmente do entendimento segundo o qual "todos os casos em que, por exemplo, foram instalados juízos colegiados para julgamentos envolvendo a atuação de organização criminosa, constituída pela integração de três sujeitos, conforme dispõe a Lei 12.694/2012, poderão, a partir da vigência da Lei 12.850/2013, ter a sua validade questionada perante os tribunais" (BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 196-197).

19 Conosco: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, Cap. V, item 2.6.3.

20 Assim disciplinava o art. 158 do Decreto 2.700/1991 em sua redação original: "*Protección de la identidad de funcionarios. En los delitos de competencia de los jueces regionales, los servidores públicos distintos del fiscal que intervengan en la actuación pueden ocultar su identidad conforme lo establezca el reglamento, cuando existan graves peligros contra su integridad personal. Las providencias que dicte el Tribunal Nacional, los jueces regionales o los fiscales delegados ante estos deberán ser suscritas por ellos. No obstante, se agregarán al expediente en copia autenticada en la que no aparecerán sus firmas. El original se guardará con las seguridades del caso. Mecanismo análogo se utilizará para mantener la reserva de los funcionarios de policía judicial cuando actúen en procesos de competencia de los jueces regionales. La determinación acerca de la reserva de un fiscal será discrecional del Fiscal*

*General de la Nación*". Disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1774206>. Acesso em: 28 set. 2017.

21 O art. 13, *e*, do Decreto-lei 25.475/1992 do Peru previu a "*Sala Especializada para el juzgamiento*", mediante a designação rotativa de juízes, vedando-se a possibilidade de alegação de suspeição do magistrado ou de auxiliares da justiça em casos que envolvam a prática do terrorismo. Já o art. 15 do mesmo regramento tratou da reserva da identidade de certas autoridades, nos seguintes termos: "*La identidad de los Magistrados y los miembros del Ministerio Público así como la de los Auxiliares de Justicia que intervienen en el juzgamiento de los delitos de terrorismo será secreta, para lo cual se adoptarán las disposiciones que garanticen dicha medida. Las resoluciones judiciales no llevarán firmas ni rúbricas de los Magistrados intervinientes, ni de los Auxiliares de Justicia. Para este efecto, se utilizarán códigos y claves que igualmente se mantendrán en secreto*". Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LiwRMA6Vn6wJ:https://www.antimoneylaundering.org/Document/Default.aspx%3FDoc
Acesso em: 25 set. 2017.

22 Vale dizer, a propósito, que "a consolidação dos cartéis colombianos produziu um resultado de 36.947 mortes em 1999, uma média de um homicídio a cada quinze minutos [...]" (MONTOYA, Mario Daniel. *Máfia e crime organizado:* aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 110).

23 ROSA, Alexandre Morais da; CONOLLY, Ricardo. *Juiz sem rosto e com medo: a questão da lei n. 12.694/2012*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/juiz-sem-rosto-e-com-medo-a-questao-da-lei-no-12-6942012-por-alexandre-morais-da-rosa-e-ricardo-conolly/#_ftnref7>. Acesso em: 20 set. 2017.

24 "*Considera la Corte que el sentido y propósitos de estas normas únicamente pueden comprenderse a cabalidad si se tienen en cuenta las graves circunstancias de orden público en medio de las cuales han sido expedidas, sin olvidar los antecedentes de hecho que han rodeado la actividad de la administración de justicia en los últimos años [...]*" (Excertos da *Sentencia C-53*, disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20002596#ver_20002602>. Acesso em: 20 set. 2017).

25 "*Es así como las circunstancias que rodean la iniciación o el desarrollo de determinado proces – tal es el caso de las amenazas graves a jueces y testigos – pueden hacer que la justicia a cargo del Estado se administre tomando en cuenta aquellos elementos en cuya virtud tal proceso es diferente de los demás, siendo entonces justificado que, previa autorización de la ley (por ejemplo, la consagrada en los artículos acusados), se cumpla su trámite dentro de* ***condiciones especiales, proporcionadas a la situación***" (Excertos da *Sentencia C-53*,

disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20002596#ver_20002602>. Acesso em: 20 set. 2017).

26 Excertos da *Sentencia C-53*, disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20002596#ver_20002602>. Acesso em: 20 set. 2017.

27 Redação reformada do art. 158 do Decreto 2.700/1991: "*Protección de la identidad de funcionarios. En los procesos por los delitos mencionados en los numerales 4.º, 6.º, 9.º, 10, 11 y 14 del artículo 5.º de esta ley el Fiscal General de la Nación, previo concepto del Ministerio Público, atendidas graves circunstancias que pongan en peligro la vida o la integridad de los fiscales, podrá reservar la identidad del fiscal correspondiente en la etapa de investigación previa y la instrucción. En todo caso, la audiencia pública durante la etapa del juicio se realizará con un fiscal distinto a aquél que realizó la instrucción y cuya identidad no se hubiere reservado. La determinación acerca de la reserva de identidad de un fiscal será discrecional del Fiscal General de la Nación*" (Disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1833152#ver_1833167>. Acesso em: 28 set. 2017).

28 E princípio da publicidade, "*conforme a la doctrina universal, implica el conocimiento por las partes de cuál es la persona que actúa como funcionario del Estado para instruir y para fallar el proceso, así como cuáles son las actuaciones que se surten en éste, pues, de otra manera no podría hacerse efectivo el derecho a la imparcialidad de los funcionarios judiciales, ni podría tampoco ejercerse el de impugnar las providencias que se consideren contrarias a la ley*" (Excertos da *Sentencia C-392-00*, disponível em: < http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20024455#ver_20024461>. Acesso em: 28 set. 2017).

29 Advertiu a Corte Constitucional colombiana, entretanto, que a declaração de inconstitucionalidade da *reserva de identidade das testemunhas* não haveria de inibir o dever da Fiscalía (MP) de "*asegurar la protección de los testigos de acuerdo con el art. 250-4 de la Constitución y las normas que regulan el programa de protección para víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación*" (Excertos da *Sentencia C-392-00*, disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20024455#ver_20024461>. Acesso em: 28 set. 2017).

30 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 449.

31 Para conhecer em detalhes diversos casos de repercussão internacional: HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Cei, 2017.

32 Nos anos 90, "*los señores Castillo Petruzzi, Pincheira Sáez, Mellado Saavedra y Astorga Valde fueron procesados junto con otros imputados por el delito de traición a la patria en el fuero militar, processo llevado adelante por jueces 'sin rostro'*" (Excertos da *Sentencia de 30 de*

*mayo de 1999*, proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017).

33 Item 133 da *Sentencia de 30 de mayo de 1999*, proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017).

34 Item 172 da *Sentencia de 30 de mayo de 1999*, proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017).

35 Quando da edição da lei, vozes diversas levantaram a ideia de que nosso ordenamento jurídico passava a contar com a figura do juiz sem rosto. Nesse sentido, Flávio Caetano, secretário da *reforma do judiciário*, ponderou: "Um dos aspectos positivos da nova lei é que ela fortalece o sistema de justiça, em especial a magistratura e o Ministério Público para o combate ao crime organizado, criando a figura do juiz sem rosto, protegendo o magistrado que atue em casos que envolvam organizações criminosas" (Disponível em: <https://mj.jusbrasil.com.br/noticias/100011829/sancionadaleiquefortaleceasegurancadosmagistra Acesso em: 02 out. 2017).

36 NICOLITT, André Luiz. Juiz sem rosto e crime organizado. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). *Direito penal e processo penal*: processo penal I. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: RT, 2015. v. 6, p. 918.

37 Justamente por isso, a Lei 12.694/2012 se distanciou do *juiz sem rosto* e se aproximou do sistema francês *Cour d'Assises* ("espécie de tribunal do júri para crimes apenados com mais de dez anos" [FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *O controle da administração pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 24]), em vigor na França, dentro do qual os magistrados são conhecidos.

38 "Os tribunais, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição d colegiado e os procedimentos a serem adotados para o seu funcionamento."

39 *Ad exemplum*: Resolução 10/2013 – TJDFT, art. 4.º, §§ 4.º e 5.º.

40 Igualmente: "Compreende-se possam ser as reuniões do colegiado realizadas *de maneira sigilosa* a portas fechadas, pois nada mais representam do que o momento decisório do juiz, em face de uma situação qualquer. Noutros termos, quando o magistrado estuda o processo e decide pela prisão cautelar, age solitário – e não em audiência pública. Logo, o mesmo pode dar-se no tocante ao colegiado. Aliás, para a decretação de medidas de cautela, é mais que justificado o sigilo" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. v. 2. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, "Colegiado em organização criminosa", nota 9). Em sentido contrário: "A lei prevê a *possibilidade* de reuniões sigilosas. Para tanto, deve existir risco de que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial. O sigilo decretado sem

justificativa é inconstitucional e acarretará nulidade do ato processual praticado. De tal modo, para que seja afirmado o sigilo de uma reunião, devem ser obedecidos os seguintes requisitos e formalidades, *de forma cumulativa*: 1) decisão fundamentada nesse sentido, indicando os motivos e a extensão da medida; 2) risco de ineficácia da medida, especialmente aquelas de natureza cautelar cujo sigilo prévio seja indispensável; 3) após a documentação da reunião e da prática do ato processual que carecia de sigilo para sua realização, o advogado terá amplo acesso aos respectivos conteúdos; e 4) o acesso aos autos pelo advogado não será em qualquer hipótese restringido" (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, Cap. V, item 2.6.1).

41 Essa foi a diretriz seguida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios ao disciplina a respeito da "**decisão una**". Veja-se: Res. 10/2013-TJDFT, art. 9.º. "A *decisão do colegiado é una* e deverá ser firmada, sem exceção, por todos os seus integrantes, dela não constando nenhuma referência a eventual voto divergente de qualquer membro".

42 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.694/2012 (julgamento colegiado e primeiro grau de crimes praticados por organizações criminosas)*. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/lfg/files/2012/08/Lei-12.694-Julgamento-colegiado-em-crimes-praticados-por-organiza%C3%A7%C3%B5es-criminosas.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

43 "[...] as decisões são tomadas por maioria de votos e conterão fundamentação. O que não existirá a menção à existência de voto divergente, partindo o legislador da ilação de que a divulgação de divergência esvaziaria o objetivo da lei que é a de conferir proteção aos juízes ameaçados em razão da função jurisdicional, pela desconcentração da responsabilidade pela atividade jurisdicional através do exercício conjunto por três membros" (*Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, Cap. V, item 2.6.3).

44 "E se conclui, inevitavelmente, pela inconstitucionalidade daquela que prevê a supressão da 'referência a voto divergente de qualquer membro' (art. 1º, § 6.º). A Carta de 1988 exige que toda decisão judicial seja fundamentada, nos termos do disposto no art. 93, IX. Naturalmente, deve-se dizer: nem poderia ser diferente. E o que a aludida norma legal fez foi exatamente desrespeitar a Constituição, no ponto em que a retirada da divergência será sempre a supressão *dos fundamentos* da decisão. Em outras palavras: não se admite fundamentação parcial das decisões. O voto divergente integra a decisão colegiada. O acordão é modalidade de decisão judicial caracterizado pela pluralidade dos membros julgadores. Obviamente, o voto vencido não deixa de ser decisão judicial, válida e existente! Suprimir a divergência, portanto, é retirar a fundamentação do julgado, na parte em que, dialeticamente, se questionou o acerto da decisão da maioria. Três votos podem até se tornar um, quando de acordo todos os votantes. Mas três consciências e inteligências não se transformam jamais em uma única. [...] O que se pode aceitar,

na medida em que justificada até mesmo pela instauração do Colegiado, é a não referência ao nome do juiz divergente, por razões de ampliação da proteção. Jamais, porém, o conteúdo de seu voto, esteja ele em que direção estiver" (*Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, item 14.7.7).

45 Os autores asseveram que a lei "diz que todos os juízes 'sem exceção' devem proferir seu respectivo voto, ou seja, todos irão lavrar e fundamentar o seu voto. Ocorre que, de outro lado, a lei determina que não será feita 'qualquer referência a voto divergente', o que levaria a concluir que o voto divergente seria mantido em segredo, oculto das partes. [...] Contudo, não há lógica alguma nesta ocultação da decisão divergente, pois como sabemos a decisão não publicada equivale a uma decisão inexistente. [...] Ademais, [...] o réu deve ter acesso aos fundamentos da decisão divergente, pois poderá ela lhe servir até como fundamento em eventual recurso. Deve-se, portanto, fazer essa filtragem constitucional do § 6.º do artigo 1º da Lei 12.694/2012, de forma a tornar o dispositivo compatível com a redação do artigo 93, inciso IX da Constituição [...]". Fortes nessa argumentação, fazem a seguinte proposta interpretativa: "A leitura mais adequada deve caminhar no sentido de não ser permitida a correlação entre os juízes e seus respectivos votos quando houver voto divergente, pois assim se estaria preservando a impessoalidade da decisão. Ou seja, deverão os 3 (três) juízes estar devidamente identificados, mas não se identificaria o nome do juiz que proferiu cada um dos votos quando houver divergência. Esta interpretação não gera violação ao princípio da publicidade das decisões e nem se está adotando o sistema do juiz sem rosto, pois os nomes dos juízes que participam do colegiado e suas decisões devidamente fundamentadas são divulgados, mas sem correlacionar o voto aos seus respectivos nomes. Ademais, esta leitura garante o interesse social na proteção da independência do Poder Judiciário e da segurança dos magistrados, sacrificando minimamente a publicidade em prol da segurança dos juízes" (*Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 454-455).

46 Preconizava o projeto: "Art. 1º. As decisões judiciais contidas nos autos dos processos contra membros de organizações criminosas, e cujas circunstâncias ofereçam risco à vida do juiz, serão proferidas no anonimato e autenticadas com o selo do tribunal a qual pertencer o magistrado. Parágrafo único. Fica resguardado, em todas as formas de publicação, o sigilo da identidade do magistrado que proferir qualquer decisão nos termos da lei".

47 Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3393767&disposition=inline>. Acesso em: 25 set. 2017.

48 "Criação de órgão colegiado em primeiro grau por meio de Lei estadual. Aplicabilidade do art. 2 XI, da Carta Magna, que prevê a competência concorrente para legislar sobre procedimentos em matéria processual. **Colegialidade como fator de reforço da indepen - dência judicial**. Omissão

da legislação federal. Competência estadual para suprir a lacuna (art. 24, § 3.º, CRFB). **Constitucionalidade de todos os dispositivos que fazem referência à Vara especializada como órgão colegiado**. [...] Os delitos cometidos por organizações criminosas podem submeter-se ao juízo especializado criado por lei estadual, porquanto o tema é de organização judiciária, prevista em lei editada no âmbito da competência dos Estados-membros (art. 125 da CRFB). [...] O princípio do juiz natural não resta violado na hipótese em que Lei estadual atribui a Vara especializada competência territorial abrangente de todo o território da unidade federada, com fundamento no art. 125 da Constituição, porquanto o tema gravita em torno da organização judiciária, **inexistindo afronta aos princípios da territorialidade e do Juiz natural**. [...]" (ADI 4414, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 31.05.2012).

49 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, Cap. V, item 2.6.1.

50 NICOLITT, André Luiz. Juiz sem rosto e crime organizado. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). *Direito penal e processo penal*: processo penal I. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: RT, 2015. v. 6, p. 920.

51 NICOLITT, André Luiz. Juiz sem rosto e crime organizado. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). *Direito penal e processo penal*: processo penal I. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: RT, 2015. v. 6, p. 920.

52 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada – volume único*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 632.

53 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada – volume único*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 632.

54 Vício que, por vezes, acomete os magistrados quando da decisão de pronúncia. Veja-se: "O reconhecimento do vício do excesso de linguagem reclama, *in casu*, a verificação do uso de frases, afirmações ou assertivas que traduzam verdadeiro juízo conclusivo sobre a participação dos acusados, de maneira a influenciar os jurados futuramente no julgamento a ser realizado. Veda-se, portanto, a eloquência acusatória, por extrapolar o mero juízo de admissibilidade da acusação, invadindo a competência do Conselho de Sentença [...]" (HC 95.731/RJ, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 18.08.2008).

55 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.694/2012 (julgamento colegiado e primeiro grau de crimes praticados por organizações criminosas)*. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/lfg/files/2012/08/Lei-12.694-Julgamento-colegiado-em-crimes-praticados-por-organiza%C3%A7%C3%B5es-criminosas.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

56 PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, item 14.7.7.

57 No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*.

2. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, "Colegiado em organização criminosa", nota 4.

58 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, Cap. V, item 2.6.3.

59 Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 457.

60 Como se sabe, só não é cabível o mandado de segurança contra decisão judicial quando esta desafiar recurso com efeito suspensivo ou quando já tiver ocorrido o trânsito em julgado (Lei 12.016/2009, art. 5.º, II e III).

61 MS 154962-04.2013.8.09.0000, Seção Criminal do TJGO, Rel. Des. Edison Miguel da Silva Jr., *DJe* 1407 de 14.10.2013.

62 PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*: teoria, crítica e práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 1312.

63 NICOLITT, André Luiz. Juiz sem rosto e crime organizado. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). *Direito penal e processo penal: processo penal I.* Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: RT, 2015. v. 6, p. 921.

64 No mesmo sentido: "Compete ao juiz natural da causa decidir pela formação de colegiado. A competência se verifica conforme as regras definidas na Constituição e nas leis de processo. A competência em matéria penal se define conforme diversas regras, a exemplo da do local de consumação do delito. Daí não ser necessária a existência de processo (com denúncia oferecida perante o juiz competente) para ser instaurado o incidente. A definição da competência penal se define, em regra, antes do início formal do processo" (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, Cap. V, item 2.6.3).

65 A imposição de liberdade provisória à vista do auto de prisão em flagrante (CPP, art. 310, III) é algo que se verifica bem antes do oferecimento da denúncia pelo MP, ou seja, é algo que acontece na fase investigatória. Assim, ao prever a formação do colegiado para a "concessão da liberdade provisória" (Lei 12.694/2012, art. 1º, II), o legislador deixou evidente que a instauração do órgão coletivo pode se operar também na fase investigatória.

66 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.694/2012 (julgamento colegiado e primeiro grau de crimes praticados por organizações criminosas)*. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/lfg/files/2012/08/Lei-12.694-Julgamento-colegiado-em-crimes-praticados-por-organiza%C3%A7%C3%B5es-criminosas.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

67 PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, item 14.7.7.

68 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.694/2012 (julgamento colegiado e primeiro grau de crimes praticados por organizações criminosas)*. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/lfg/files/2012/08/Lei-12.694-Julgamento-colegiado-em-crimes-praticados-por-organiza%C3%A7%C3%B5es-criminosas.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

69 LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1.121.

70 MACHADO, Costa. *Novo CPC*: sintetizado e resumido. São Paulo: Atlas, 2015. p. 3.

71 PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. item 14.7.7.

72 PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, item 14.7.7.

73 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.694/2012 (julgamento colegiado e primeiro grau de crimes praticados por organizações criminosas)*. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/lfg/files/2012/08/Lei-12.694-Julgamento-colegiado-em-crimes-praticados-por-organiza%C3%A7%C3%B5es-criminosas.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

74 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. v. 2. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, "Colegiado em organização criminosa", nota 8. Igualmente: "[...] considerando-se constitucional a formação do colegiado, não será possível a reunião somente para a prolação da sentença, como faz crer o inc. III do art. 1º da Lei 12.694/2012, sob pena de violação ao princípio da identidade física do juiz (juiz natural substancial), sendo forçoso esclarecer que a convocação do colegiado para a prolação de sentença exige sua convocação, também, para a instrução processual (art. 399, § 2.º, do CPP)" (NICOLITT, André Luiz. Juiz sem rosto e crime organizado. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). *Direito penal e processo penal*: processo penal I. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: RT, 2015. v. 6, p. 921).

75 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 453-454.

76 PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, item 14.7.7.

77 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.694/2012 (julgamento colegiado e primeiro grau de crimes praticados por organizações criminosas)*. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/lfg/files/2012/08/Lei-12.694-Julgamento-colegiado-em-crimes-praticados-por-organiza%C3%A7%C3%B5es-criminosas.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

78 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, Cap. V, item 2.6.3. Aparentemente, esse também é o entendimento

trilhado por Renato Brasileiro de Lima, segundo o qual, "*se houver necessidade*, é plenamente *possível* – e até recomendável – a formação do colegiado para o acompanhamento de toda a persecução penal em relação a determinado crime praticado por organização". E justifica seu posicionamento pela extensão maior (a abranger toda a persecução penal) do ato convocatório: "A uma, porque a instauração do colegiado para a prática de cada ato processual é claramente incompatível com o princípio da celeridade, o que, evidentemente, contraria um dos objetivos da própria Lei n.º 12.694/12, qual seja, o de viabilizar uma prestação jurisdicional mais justa e eficaz para os crimes praticados por organizações criminosas. Em segundo lugar, fosse necessária a convocação do colegiado para cada ato processual, ter-se-ia evidente prejuízo à busca da verdade, escopo fundamental do processo penal. Afinal, para cada novo juiz que passasse a fazer parte do colegiado, seria necessária a reabertura da instrução, de modo a permitir que este magistrado tomasse conhecimento dos elementos informativos e probatórios constantes dos autos do processo. Por fim, a necessidade de instauração do colegiado para cada ato processual iria de encontro ao princípio da identidade física do juiz (CPP, art. 399, § 2.º), porquanto, especialmente nas causas a envolver crime organizado, esta limitação temporal da atividade do julgador inviabilizaria que ele fosse o mesmo perante o qual produzidas as provas e conduzidos os debates, obstaculizando, ademais, o princípio da oralidade, expressamente adotado pela Lei n.º 11.719/08" (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada – volume único*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 631-632).

79 No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. "Colegiado em organização criminosa", nota 7. Igualmente: GRECO FILHO, Vicente. Considerações processuais da lei de julgamento de crimes envolvendo organização criminosa. *Boletim do IBCCrim*, ano 20, n. 239, out. 2012, p. 3.

80 Assim: "A posterior desconstituição do colegiado, devolvendo a competência ao juízo singular, que, por seu turno, decreta prisão preventiva dos então investigados, não fere ao princípio do juiz natural" (RHC 54.225/SP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 25.05.2016).

81 Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (*Comentários à lei de organização criminosa:* L n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 22) diferenciam os conceitos de ***criminalidade organizada*** e ***criminalidade massificada****, in verbis*: "*criminalidade de massa* compreende assaltos, invasões de apartamentos, furtos, estelionatos, roubos e outros tipos de violência contra os mais fracos e oprimidos. Essa criminalidade afeta diretamente toda a coletividade, quer como vítimas reais, quer como vítimas potenciais. O *medo coletivo difuso*, decorrente da criminalidade de massa, permite a manipulação e uso de uma *política criminal populista* (...). *Criminalidade organizada*, por sua vez, genericamente falando, deve apresentar um potencial de ameaça e de perigo gigantescos, além de poder produzir consequências imprevisíveis e incontroláveis".

82 Agora temos em nosso ordenamento jurídico a **associação para o tráfico** (Lei 11.343/2006, art. 35), que exige o número **mínimo de 2 (duas)** pessoas; a **associação criminosa** (CP, art. 288) e a **constituição de milícia privada** (CP, art. 288-A), que reclamam o **mínimo de 3 (três)** integrantes; e, por fim, a **associação para fins de genocídio** (Lei 2.889/1956, art. 2.º) e a **organização criminosa** (LCO, art. 1º, § 1º), que se perfazem com a quantidade **mínima de 4 (quatro)** membros.

83 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado*: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 29. Impende observar que "a **máfia**, em verdade, corresponde à organização criminosa existente na Sicília, sua da Itália, a *Cosa Nostra*. **O termo, contudo, universalizou-se** e assim são chamadas hoje todas as associações criminosas com as suas principais características: rituais e cerimonias de iniciação, juramento de eterna lealdade à organização, código de regras e valores, pacto de silêncio e uso da violência" (FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 42).

84 Sem embargo dessa classificação das organizações criminosas de acordo com suas características "é preciso destacar que elas evoluem em velocidade muito maior do que a capacidade da Justiça de percebê-las, analisá-las e principalmente combatê-las. Assim como a vacina sempre persegue a doença, os meios de combate à criminalidade organizada sempre correm atrás dos estragos causados pela sua atividade. Amanhã e depois seguramente surgirão outras formas novas, que, pela simples verificação de atividades organizadas para a prática de crimes, serão consideradas também organizações criminosas" (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado*: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 29).

85 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado*: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 29-33 e 42.

86 "Três, ao contrário, é a quantidade mínima de pessoas prevista, a título exemplificativo, nos arts. 416 e 416 *bis* do *Codex* italiano, respectivamente sobre a 'associação para delinquir' e a 'associação de tipo mafioso'; no art. 299.º, n. 5, do Código Penal português, sobre a 'associação criminosa'; no art. 282 *bis*.4 da *Ley de Enjuiciamento Criminal*, diploma espanhol equivalente ao nosso Código de Processo Penal, sobre a 'delinquência organizada'; no art. 210 do *Código Penal de la Nación Argentina*, sobre 'associação ilícita'; e, mormente, no art. 2.º, *a*, da Convenção de Palermo" (FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA,Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade organizada*: comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 40).

87 Sobre o mito segundo o qual o crime organizado operaria tal como uma "empresa criminosa", ben disserta Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo em *Organização criminosa:* nova perspectiva do tipo legal. São Paulo: RT, 2009. p. 129-134. Com **entendimento diverso**, Guilherme de Souza Nucci (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro:

Forense, 2014. v. 2, p. 713) anota: "exige-se um conjunto de pessoas estabelecido de maneira ordenada, significando alguma forma de hierarquia (superiores e subordinados), com objetivos comuns, no cenário da ilicitude. Não se concebe uma organização criminosa sem existir um escalonamento, permitindo ascensão no âmbito interno, com chefia e chefiados. O crime organizado é uma autêntica empresa criminal".

88 Portanto, discordamos veementemente do seguinte entendimento: "[...] *não se pode afirmar que ta grupo possuía a complexidade e sofisticação de uma organização criminosa*. Apesar da existência de uma certa hierarquia, *não se faz presente uma estrutura empresarial*, bem estruturada [...]. Ademais, a atuação criminosa do grupo se dava sem uma penetração social e econômica relevante, utilizando-se de métodos pouco refinados e de alcance limitado para angariar seus clientes, *bem como que a sua conexão com Estado contava com apenas um servidor*, razão pela qual não se enquadra dentro das características específicas de uma organização criminosa [...]" (Conflito de Jurisdição 2011.02.01.006748-0, 1.ª Turma Especializada do TRF da 2.ª Região, unânime, *e-DJF2R* 28.07.2011).

89 GOMES, Luiz Flávio. *Comentários aos artigos 1.º e 2.º da Lei 12.850/13 – criminalidade organizada e crime organizado* (item 30). Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932382/comentarios-aos-artigos-1-e-2-da-lei-12850-13-criminalida-de-organizada>. Acesso em: 21 maio 2015.

90 *Crime organizado*: aspectos gerais e mecanismos legais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 42.

91 Apelação 0000676-61.2012.4.01.4300/TO, 4.ª Turma do TRF da 1.ª Região, Rel. Hilton Queiroz, unânime, *DJ* 01.02.2013.

92 ASSIS, Augusto et al. *Autoria como domínio do fato* – estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 30-31.

93 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro Forense, 2014. v. 2, p. 713.

94 Há na doutrina quem questione a constitucionalidade da expressão *vantagem de qualquer naturez* porquanto esta seria por demais vaga: "No plano teórico, o objetivo de lucro sempre foi apontado como traço indicativo da criminalidade organizada, entretanto o legislador brasileiro optou por uma formulação ampla, contida na expressão *com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza*, o que permite profundo debate sob o ponto de vista do não atendimento ao princípio da taxatividade penal, o que já inquinaria de absoluta inconstitucionalidade o modelo conceitual de organização criminosa hoje existente, em consequência impediria a aplicação do tipo delitivo do artigo 2.º [...]" (EL TASSE, Adel. *Nova Lei do Crime Organizado*. Disponível em: <http://adeleltasse.jusbrasil.com.br/artigos/121933118/nova-lei-de-crime-organizado>. Acesso em: 16 set. 2015). Esse não é o nosso ponto de vista.

95 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 55.

96 Íntegra do estatuto escrito pelas lideranças do PCC: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u22521.shtml>. Acesso em: 10 jan. 2015.

97 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte especial (direito penal econômico). v. 8. São Paulo: RT, 2014. p. 467.

98 *Curso de direito penal:* legislação penal especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4, p. 177.

99 *Vide* os arts. 53 ("Colocar, distribuir ou lançar em circulação bilhetes de loterias relativos a extrações já feitas. Penas: as do art. 171 do Código Penal") e 54 ("Falsificar, emendar ou adulterar bilhetes de loteria. Penas: as do art. 298 do Código Penal"). Apesar de o referido decreto-lei inserir tais artigos no capítulo que intitulou "Das Contravenções", calha perceber que, **ao menos para a Lei de Introdução ao Código Penal** (Decreto-lei 3.914/1941 – LICP), **as citadas infrações penais não possuem a *natureza* de *contravenções penais*** em razão de serem punidas com **reclusão**, *e não com prisão simples ou multa*. No ponto, impende rememorar o disposto no art. 1.º da LICP: "Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente".

100 Essa modalidade ocorre quando o preceito primário da norma penal é completo, mas o secundário reclama complementação. Nesse caso, o complemento deve ser obrigatoriamente uma lei, sob pena de violação ao princípio da reserva legal. Outros exemplos dessa espécie de lei penal em branco são encontrados nos arts. 1.° a 3.° da Lei 2.889/1956, relativos ao crime de genocídio.

101 Cf. ANDRADE, Fernando Rocha de. *Aspectos da nova Lei de Crime Organizado*. Disponível em <http://blog.ebeji.com.br/aspectos-da-nova-lei-de-crime-organizado/>. Acesso em: 23 set. 2015.

102 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 65.

103 "É importante ressaltar que este termo não transforma todos os crimes praticados por organização criminosa em competência da justiça federal. Aqueles de 'caráter transnacional' que se amoldem aos dispositivos constitucionais –, especialmente o art. 109, V, da CF, desde que em interpretação lógica e sistemática com demais dispositivos do ordenamento jurídico nacional e internacional, serão da justiça federal. Haverá, entretanto, casos, como o de lavagem de dinheiro, que, ainda mediante remessas de valores para o exterior, deverão ser correlatos à Justiça Estadual" (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 26).

104 Cf. CONSERINO, Cassio Roberto. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 14.

105 Crimes à distância: também conhecidos como "crimes de espaço máximo", são aqueles cuja conduta e resultado ocorrem em países diversos. A respeito, insta lembrar que o art. 6.º do Código Penal acolheu a teoria mista ou da ubiquidade.

106 NUCCI, Gilherme de Souza. *Organização criminosa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 20.

107 Defendiam esse ponto de vista: MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 65; CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: legislação penal especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4. p. 143.

108 Eram partidários dessa corrente: FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*: anotações sistemáticas à Lei n.º 8.072/90. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 109; LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 55-56.

109 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 73.

# DOS CRIMES EM ESPÉCIE

Muito embora não tenha o legislador nomeado os crimes – todos processados mediante **ação penal pública incondicionada** e **incompatíveis com a forma culposa**[1] – previstos na Lei do Crime Organizado, podemos estudá-los sob as rubricas a seguir:

## 1. CRIME ORGANIZADO POR NATUREZA

### 1.1 Dispositivo legal

Art. 2.º, *caput*, da Lei 12.850/2013: "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".

Esse dispositivo legal encerra uma **lei penal em branco em sentido lato ou homogênea** de qualidade **homovitelina**. Isso porque o significado da expressão "organização criminosa" é desvendado pelo art. 1.º, § 1.º, da mesma lei. A norma penal em branco é homogênea em razão de o complemento possuir a mesma natureza jurídica (lei) e provir do mesmo órgão que elaborou a lei penal incriminadora (Poder Legislativo Federal – art. 22, I, da CR/88). É, ainda, homovitelina, porquanto a lei incriminadora e seu complemento (outra lei) encontram-se no mesmo diploma normativo (a Lei do Crime Organizado).

### 1.2 Conceito[2]

Segundo a disciplina da Lei 12.850/2013, "considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional" (art. 1.º, § 1.º).

### 1.3 Objetividade jurídica

O bem jurídico tutelado é a **paz pública** (o sentimento coletivo de segurança e de confiança na ordem e proteção jurídica), assim como ocorre com o delito de associação criminosa (art. 288 do

CP).

## 1.4 Objeto material

É a organização criminosa em si, tal como estruturalmente ordenada.

## 1.5 Núcleo do tipo

Pela primeira vez aportou no ordenamento jurídico brasileiro o crime de *promover* (fomentar, desenvolver, estimular, impulsionar, anunciar, propagandear), *constituir* (compor, formar, dar existência), *financiar* (apoiar financeiramente, custear despesas, prover o capital necessário para) ou *integrar* (participar, tornar-se parte de um grupo, associar-se, estabelecer conexão), pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.[3]

O legislador, portanto, criminalizou não só a conduta daquele que *integra* a organização criminosa e/ou a *financia*, mas, também, de quem a *constitui* e/ou a *promove*. Assim, tanto quanto os *integrantes* e os *financiadores* do grupo criminoso, incorre no delito do art. 2.º, *caput*, da Lei 12.850/2013 o "*promotor* ou *fundador*", ou seja, "aquela pessoa que tem a ideia criadora da organização criminosa e procede ao ato de criação da associação, mesmo que não tenha qualquer atividade subsequente nela".[4]

Por sua vez, o *integrante* ou *membro* da organização criminosa é aquela pessoa que integra as suas fileiras, engrossando o seu número de pessoas "*disponíveis*". Aliás, é justamente na "*disponibilidade* do membro que reside a razão de ser da censura penal", porquanto esse elemento "implica subordinação à vontade coletiva (a todo o tempo e em qualquer lugar) e esta subordinação reflete a especial perigosidade do membro. Por isso, o membro não tem que conhecer todas as atividades da associação, nem sequer nelas participar".[5]

Diante desse ligeiro bosquejo, já é possível notar, claramente, que estamos diante de uma *novatio legis* **incriminadora**, razão pela qual esse tipo penal não pode retroagir para alcançar "os *fatos esgotados* antes da vigência da nova ordem legal".[6] Contudo, impende ressaltar que "a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência" (Súmula 711 do STF). Ou seja, como bem ressaltado pelo Min. Edson Fachin, no voto condutor do acórdão proferido no Inq. 4.112, deve-se

"assentar a **aplicabilidade** da Lei 12.850/2013 ao caso, nada obstante se tratar de *fatos, em tese, perpetrados antes da entrada em vigor do diploma legal*. Essa compreensão deflui do singelo fundamento da natureza permanente do crime adjacente à inovação legislativa. Recentemente, a Segunda Turma desta Corte firmou a orientação de que o crime do art. 2.º da Lei 12.850/2013 é permanente, de modo que sua consumação se protrai no tempo, autorizando, inclusive, a prisão em flagrante dos agentes enquanto não cessada a permanência [...]".

Ademais, o crime *de* organização encerra um **tipo penal misto alternativo** (**de ação múltipla**, **de condutas variáveis** ou **fungíveis**). Destarte, ainda que determinado sujeito venha a flexionar mais de um núcleo do tipo, apenas um delito restará configurado se tudo ocorrer dentro de um mesmo contexto, sem prejuízo de que a reprimenda seja elevada quando da fixação da pena-base (art. 59 do CP).

## 1.6 Sujeito ativo

Quanto ao sujeito ativo, não há de se exigir nenhuma qualidade ou condição especial do agente (crime comum). Trata-se de crime **plurissubjetivo** ou **de concurso necessário**, por somente se afeiçoar com o número mínimo de quatro pessoas associadas. Diz-se, ainda, ser um **crime de conduta paralela**, haja vista que os integrantes da organização auxiliam-se mutuamente com o mesmo escopo.

Doutrina e jurisprudência majoritárias, tendo como foco o antigo crime de quadrilha ou bando, sempre se inclinaram no sentido de admitir a contagem dos **inimputáveis** e daqueles **membros não identificados** no número mínimo de pessoas exigidas pelo tipo para a consumação do delito, bastando apenas a comprovação de que estes participaram da divisão das tarefas traçadas pelo grupo criminoso.[7] A Lei do Crime Organizado, a nosso aviso, sedimentou ainda mais esse entendimento ao preceituar que a pena é aumentada de 1/6 a 2/3 "se há participação de criança ou adolescente" (art. 2.º, § 4.º, I).[8]

É de se analisar com cautela, todavia, o envolvimento na organização criminosa de pessoa menor de 18 anos de idade.[9] Com efeito, o inimputável deve apresentar um mínimo de discernimento mental para ser computado como integrante do grupo criminoso organizado. Assim sendo, não se está falando de adolescentes "simplesmente utilizados como instrumentos para a prática de delitos diversos, mas de jovens com perfeita integração aos maiores de 18, tomando parte da divisão de tarefas e no escalonamento interno. Há casos concretos de menores de 18 anos que são os líderes da quadrilha, enquanto os maiores não passam de subordinados".[10]

Ainda nesse caminho, calha indagar: **no número mínimo de quatro integrantes pode ser computado o agente infiltrado?** Entendemos que não. "O policial infiltrado não pode ser computado, pois não age com o necessário *animus* associativo. A sua finalidade, aliás, é diametralmente oposta, qual seja desmantelar a sociedade criminosa".[11] Demais disso, a infiltração policial está condicionada à presença de indícios da prévia existência da organização criminosa (art. 10, § 2.º, da LCO).

O crime, ademais, pode ser cometido "pessoalmente ou por interposta pessoa" (elemento normativo do tipo). A participação direta e pessoal na organização criminosa não reclama maiores digressões. A participação indireta ou por interposta pessoa nos remete à figura do "**testa de ferro**" ou "**laranja**". Essa interposta pessoa, sublinhe-se, "pode ser tanto física quanto jurídica e até alguém

ou algo (empresa de fachada, por exemplo) sem existência real, fruto de um artifício ou qualquer espécie de fraude, sem que tal impeça a responsabilização penal do membro da associação que procurou se manter oculto".[12]

Há quem diga, em sede doutrinária, que os empresários somente podem ser considerados membros de uma organização criminosa quando o principal método de obtenção de vantagens por eles perseguido seja o cometimento de infrações penais. Assim, apenas se poderia cogitar de uma organização criminosa formatada por empresários quando estes fizessem do crime seu "modo de vida", e não quando suas atividades principais fossem praticadas licitamente.

Desse entendimento dissentimos radicalmente, porquanto maculado com a nódoa de um **direito penal do autor às avessas**, "ou seja, 'muy amigo', precisamente o oposto do direito penal do inimigo",[13] como anotam Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva. E prosseguem os professores:

"Tanto não podemos punir ninguém pelo que 'é', como não devemos criar *ab initio* uma indenidade (imunidade) penal em favor de alguém (também) pelo que ele 'é' (senhor honorável ou respeitável da sociedade). O direito penal do fato (que é o contrário do direito penal de autor) nos conduz a afirmar que o que importa é o fato concreto praticado pelo agente (seja ele honrado ou desonrado). Mesmo que se trate de empresários 'do andar de cima' (os donos do poder), caso pratiquem atividades ilícitas paralelas às lícitas, pelo ilícito devem responder normalmente (princípio da generalidade da lei penal, que vale para todos e contra todos).
Daí a conclusão de que os empresários (destacando-se dentre eles as empreiteiras) podem sim responder pelo tipo penal do crime organizado, desde que preenchidos seus requisitos legais [...]".[14]

Bem a propósito, a complexa Operação Lava Jato tem mostrado quão nocivos são os reflexos decorrentes da **infiltração de criminosos de colarinho-branco no Estado** (Petrobras), o que tem viabilizado "o desvio de quantias nunca antes percebidas". Exatamente nesse cenário, revela-se necessária a "releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos", de modo que "a prisão cautelar deve ser reservada [também] aos investigados que, [...] como os representantes das empresas envolvidas no esquema de cartelização, [...] exercem papel importante na engrenagem criminosa". Assim, havendo fortes indícios da participação de empresários "em 'organização criminosa', em crimes de 'lavagem de capitais', todos relacionados com fraudes em contratos públicos dos quais resultaram vultosos prejuízos a sociedade de economia mista e, na mesma proporção, em seu enriquecimento ilícito e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública".[15]

Aliás, sobre a mencionada infiltração criminosa de redes ilícitas junto a entes governamentais (instituições públicas), como forma de domínio sobre o poder conferido exclusivamente ao Estado, gestor da máquina pública, convém lançarmos luzes sobre o fenômeno tecnicamente denominado

**reconfiguração cooptada do Estado**, sobre o qual tão bem disserta Flávio Cardoso Pereira.

Essa **infiltração às avessas**[16] (do crime no Estado) tem como escopo central "possibilitar que os tentáculos de uma determinada organização criminosa estejam transfixados nos poderes públicos estatais, de modo a facilitar em determinado momento a prática de atos de corrupção ou a própria impunidade de eventuais delitos cometidos. Estando próximas e inseridas no centro do poder, as redes ilícitas conseguem manter-se informadas e 'blindadas' acerca de eventuais ações preventivas ou até mesmo repressivas a serem articuladas pelos órgãos de persecução estatal".[17]

Com essa reconfiguração cooptada do Estado, almeja-se, pois, a "conquista de benefícios de quaisquer espécies e lucros que determinarão o incremento de novas atividades delitivas por parte da delinquência organizada". Além do mais, a referida penetração ilícita pode "consistir na forma pela qual os criminosos conseguem através de financiamento de campanhas políticas, inserirem pessoas pertencentes ao grupamento delitivo, em posições estratégicas dentro do cenário político, através de eleições manipuladas pela compra de votos e pelo uso de fraudes".[18]

Todo esse fenômeno está intimamente relacionado às transformações sofridas pelas primitivas formas de delinquência organizada. Atualmente, na feliz expressão de Luiz Regis Prado, houve um "salto de qualidade", haja vista que as organizações criminosas passaram a se infiltrar sistematicamente no âmbito econômico, "sobretudo porque a 'nova criminalidade organizada' não adota a violência como principal instrumento de 'trabalho', mas sim a *corrupção*, que é por si só mais silenciosa, de modo a favorecer o êxito dos objetivos da organização com riscos menores de persecução".[19]

## 1.7 Sujeito passivo

Sendo desnecessário que se demonstre concreto abalo à paz pública (bem jurídico tutelado), cuida-se de crime de perigo abstrato ou presumido cujo sujeito passivo é a **coletividade** (crime vago).

## 1.8 Elemento subjetivo

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente no *animus* **associativo de caráter estável e permanente**, aliado ao "objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza" (art. 1.º, § 1.º, da LCO), não sendo admitida a forma culposa.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes leciona ser necessária para a configuração da organização criminosa uma

"associação de forma estável, duradoura, permanente, pois do contrário configura uma mera coautoria (autoria coletiva) para a realização de um determinado delito. Se quatro ou mais pessoas, num evento cultural (um baile, por exemplo), se reúnem naquele momento para bater ou matar uma

pessoa, estamos diante de uma autoria coletiva (coautoria), não de uma organização criminosa (que exige estabilidade prévia). A associação de várias pessoas numa passeata, desde que seja ato isolado, não permanente, não configura a organização criminosa. A permanência e estabilidade do grupo deve ser firmada antes do cometimento dos delitos planejados (se isso ocorrer depois, trata-se de mera coautoria – nesse sentido Rogério Sanches/Ronaldo Pinto)".[20]

## 1.9 Consumação

O "crime organizado por natureza", na modalidade *integrar*, é **delito permanente,** pois a consumação se prolonga no tempo, enquanto perdurar a união pela vontade dos seus integrantes. Daí decorrem quatro importantes consequências: a) é possível a prisão em flagrante a qualquer tempo, enquanto subsistir a organização criminosa;[21] b) é dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, sendo possível a realização dessas medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas, desde que haja uma justificativa prévia para o ingresso forçado em domicílio;[22] c) a prescrição da pretensão punitiva tem como termo inicial a data da cessação da permanência, a teor da regra inscrita no art. 111, III, do CP; e d) se qualquer dos delitos for cometido no território de duas ou mais comarcas, a competência será firmada pelo critério da prevenção, nos moldes do art. 83 do CPP.

Demais disso, se após o oferecimento de denúncia pela prática do crime tipificado no art. 2.º, *caput*, da Lei 12.850/2013, os integrantes da associação criminosa vierem a praticar novos atos indicativos deste delito, deverá ser intentada outra ação penal. Com efeito, a conduta de *integrar organização criminosa*, de natureza permanente, embora envolva uma série de atos, forma uma só unidade jurídica, ensejando a propositura de uma única ação penal. Se depois de oferecida a denúncia em razão da prática do delito, a *societas sceleris* tem continuidade pela prática de novos atos configuradores do crime, é cabível a promoção de nova ação penal, pois o raciocínio contrário implicaria patente teratologia jurídica, ao admitir-se que atos futuros cometidos pela organização criminosa sejam compreendidos em denúncia anterior. Não há falar, nesse caso, em dupla punição pelo mesmo fato (*bis in idem*), pois existe mais de um delito no plano fático.

Ou seja, **para fins de nova acusação pelo crime de *integrar organização criminosa***, deve-se considerar **cessada a permanência com o recebimento da denúncia**, tal como já entenderam o STJ e o STF[23] tendo como foco o crime inscrito no art. 288 do Código Penal. Portanto, caso os membros da organização permaneçam na mesma atividade criminosa após o recebimento da exordial acusatória, "é possível que o agente seja novamente denunciado ou até mesmo preso em flagrante sem que isso configure dupla imputação pelo mesmo fato". Em casos que tais, o que se vê "é a existência de outro fato e, consequentemente, de novo crime que não poderá, por óbvio, ser compreendido na acusação anterior".[24]

Noutro giro, não se pode dizer que o crime organizado por natureza tenha sempre a essência de delito permanente. O núcleo *financiar*, por exemplo, não reclama um estado de permanência para a

sua consumação, haja vista que pode ser flexionado de forma instantânea. Em verdade, como regra, a ação de financiar uma organização criminosa é de *consumação instantânea*, mas, no caso concreto, a situação de ilicitude pode ser prorrogada no tempo pela vontade do agente (*crime eventualmente permanente*). Assim, "se houver continuidade no financiamento, poder-se-á falar em permanência. Mas se houver um único aporte de capital, o crime será instantâneo sobre uma organização com estabilidade e permanência".[25] O mesmo raciocínio nos parece possível no que se refere ao núcleo *promover*, que pode ocorrer de modo instantâneo ou continuamente.

Por sua vez, a consumação do núcleo *constituir* organização criminosa parece ocorrer de forma instantânea, vale dizer, uma vez praticados os atos constitutivos para a composição do grupo, o delito já estará consumado. Assim, em hipótese, "é plenamente possível que alguém crie a organização criminosa e posteriormente dela venha a sair, nem chegando a integrá-la".[26]

O crime em exame é, ainda, de **natureza formal** (de **consumação antecipada** ou **de resultado cortado**), consumando-se com a associação estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas de quatro ou mais pessoas, atuando com certa **estabilidade**[27] para a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional, ainda que no futuro nenhum delito seja efetivamente realizado.

Assim, para a consumação, pouco importa se as infrações penais para as quais foi constituída a organização criminosa venham ou não a ser praticadas.[28] Ou seja, pelo delito de organização criminosa é "o agente punido independentemente dos crimes cometidos pelos associados e em concurso real com estes".[29]

## 1.10 Tentativa

Sobre o cabimento da tentativa, há divergência doutrinária:

**1.ª corrente:** A tentativa é inadmissível, porquanto o delito é condicionado à existência de estabilidade e durabilidade para se configurar. Assim, enquanto não se vislumbrar tais elementos, cuida-se de irrelevante penal. De outra sorte, detectadas a estabilidade e a durabilidade, por meio da estrutura ordenada e divisão de tarefas, o crime está consumado.[30] Serão, portanto, meramente preparatórios os atos praticados com a finalidade de formar a associação (anteriores à execução de qualquer dos núcleos do art. 2.º, *caput*, da LCO).[31]

**2.ª corrente (nossa posição):** Admite-se a tentativa em relação às condutas de promover e financiar a organização criminosa se, cometido qualquer ato nesse sentido, a finalidade buscada não se consumar por circunstâncias alheias à vontade do autor (ex.: interceptação de panfleto tendente à promoção da organização ou de dinheiro remetido para fins de financiamento). Porém, na hipótese de constituição e/ou integração no grupo criminoso, a consumação ocorre com a simples adesão de vontades, não se admitindo, pois, a forma tentada.[32]

## 1.11 Ação penal

O crime é processado mediante a propositura de ação penal pública incondicionada.

## 1.12 Lei 9.099/1995

A pena do crime tipificado pelo art. 2.º, *caput*, da Lei 12.850/2013 é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. Assim, não sendo infração penal de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/1995, art. 61), não há falar em cabimento de transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76). Por também não ser infração penal de médio potencial ofensivo, ou seja, com pena mínima igual ou inferior a um ano, descabe a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89).

O crime em estudo configura, portanto, **infração penal de elevado potencial ofensivo** (pena mínima superior a um ano e pena máxima superior a dois anos), que afasta a incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

## 1.13 Classificação doutrinária

O "crime organizado por natureza" é delito **simples** (ofende um único bem jurídico); **comum** (pode ser cometido por qualquer pessoa); **formal**, **de consumação antecipada** ou **de resultado cortado** (consuma-se com a prática da conduta criminosa, independentemente da superveniência do resultado naturalístico); **de perigo comum** (coloca em risco uma pluralidade de pessoas) e **abstrato** (presumido pela lei); **vago** (tem como sujeito passivo um ente destituído de personalidade jurídica); **de forma livre** (é indiferente o meio empregado pelos agentes para a sua prática); **comissivo** (os núcleos do tipo representam ações, não se adequando à omissão); **obstáculo** (o legislador incriminou, autonomamente, atos que representariam a fase de preparação de outros delitos); **permanente** (a consumação se prolonga no tempo, por vontade dos agentes) ou **instantâneo** (a consumação se verifica em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **plurissubjetivo**, **plurilateral** ou **de concurso necessário** (o tipo penal reclama a presença de pelo menos quatro pessoas) e **de condutas paralelas** (os agentes buscam o mesmo fim); **plurissubsistente** (praticado em vários atos); e **de elevado potencial ofensivo** (pena mínima superior a um ano e pena máxima superior a dois anos).

## 1.14 Circunstância agravante

De maneira semelhante ao previsto no art. 62, I, do CP, o § 3.º do art. 2.º da LCO assevera que "a pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução".[33]

De início, impende observar que o limite máximo abstratamente cominado pelo legislador no

preceito secundário do tipo penal deverá ser observado, sendo o patamar de aumento – incidente na segunda fase de aplicação da pena – definido pelo juiz no caso concreto, uma vez que a lei não indica essa quantidade.

O preceptivo em exame cuida de estabelecer o agravamento da pena para o(s) sujeito(s) que, *integrando* a organização criminosa, exerce o seu comando – individual ou coletivamente –, atua como seu maestro. Assim, por reger as atividades do grupo criminoso, por comandá-lo, por arquitetar suas ações, a sanção imposta ao(s) líder(es) do grupo pelo cometimento do crime de organização criminosa por natureza (art. 2.º, LCO) será agravada na forma do § 3.º.

O chefe ou dirigente da organização criminosa, no escol da melhor doutrina lusitana, é o membro que "dirige a estrutura de comando e controla o processo de formação da vontade coletiva da associação criminosa. A vontade coletiva pode identificar-se com a própria vontade pessoal do chefe ou com a vontade de um grupo de membros ou de todos os membros, mas em qualquer caso o chefe é a pessoa que estabelece e interpreta essa vontade como vontade da associação". Além disso, o chefe é a pessoa "que tem a última palavra sobre a disponibilidade dos membros da associação, tendo o poder para criar, suspender, alterar ou extinguir posições funcionais dos membros".[34]

O *agravamento* da sanção por integrar a organização criminosa com *status* de "comandante" acontecerá **independentemente** de sua contribuição para a prática de atos executórios de infrações penais praticadas pela *affectio criminis societatis*. Entretanto, a *responsabilização penal* do "comandante" (do crime organizado por natureza) pelo crime organizado por extensão não se opera de forma automática, apenas com esteio em sua posição, senão por sua atuação como **autor intelectual**, como **autor de escritório** ou como **autor pelo domínio social**.

Em nosso sistema penal, o **autor intelectual** (mentor do crime) não é propriamente autor, mas sim partícipe.[35] Com efeito, não realiza o núcleo do tipo incriminador, mas de qualquer modo concorre para o crime (art. 29, CP). Contudo, é bem possível punir mais severamente o autor intelectual – partícipe – do que os autores propriamente ditos (executores). Sua culpabilidade, certamente, é mais acentuada, já que sem a sua contribuição moral o crime não se concretizaria de forma orquestrada.

A responsabilidade penal de quem exerce a posição de comando, independentemente de sua contribuição para a prática de atos executórios das ações criminosas levadas a cabo pelo grupo criminoso, também pode advir de sua atuação como **autor de escritório**[36] – forma especial ou particular de autoria mediata –, em conformidade com a **teoria do domínio do fato** (gênero) na *espécie*[37] do **domínio da organização (aparatos organizados de poder)**.

Nessa linha de raciocínio, é autor de escritório o agente que transmite a ordem a ser executada por outro autor direto, dotado de culpabilidade e passível de ser substituído a qualquer momento por outra pessoa (executor fungível), no âmbito de uma organização ilícita de poder. Exemplo: o líder do PCC (Primeiro Comando da Capital), em São Paulo, ou do CV (Comando Vermelho), no Rio de

Janeiro, dá as ordens a serem seguidas por seus comandados. É ele o autor de escritório, com poder hierárquico sobre seus "soldados" (essa modalidade de autoria também é muito comum nos grupos terroristas).

Nas organizações criminosas, não raras vezes é difícil punir os detentores do comando – situados no ápice da pirâmide hierárquica – pelos crimes praticados por seu grupo, pois tais pessoas não executam as condutas típicas. Nesse contexto, partindo da teoria do domínio do fato, Claus Roxin amplia o alcance da autoria mediata, para legitimar a responsabilização do autor direto do crime, bem como do seu mandante, quando presente uma relação de subordinação entre eles, no âmbito de uma estrutura organizada de poder ilícito, situada às margens do Estado.[38]

De se notar que Claus Roxin "nega com veemência a aplicação dessa teoria a empresas e outras organizações estruturadas conforme o direito [*v. g.* partidos políticos]. O BGH [Tribunal de Justiça Federal da Alemanha] e alguns autores, no entanto, aceitam essa extensão".[39] Bernd Schünemann comunga da opinião de seu mestre, tendo recentemente afirmado que "caso Roxin tivesse usado outra expressão no lugar de 'aparatos organizados de poder', como por exemplo 'regimes terroristas que agem por meio de coação', teria ao menos dificultado a desnaturação de sua ideia pela jurisprudência".[40]

Em razão disso, há forte compreensão na doutrina segundo a qual a teoria do domínio do fato – na modalidade do domínio da organização – no julgamento da Ação Penal 470 ("mensalão") pelo STF, tal como concebida, não passou de uma "paráfrase".[41] A teoria não teria sido aplicada com o escopo de distinguir autores e partícipes, mas sim com o fim de fundamentar a imputação de responsabilidade penal a ocupantes de destacada posição hierárquica.

Alguns Ministros, portanto, usurparam o nome de uma teoria famosa (teoria do domínio do fato) para criar, como bem percebeu Alaor Leite, uma "teoria do domínio da posição".[42] Aliás, convém ressaltar que "uma responsabilidade fundada na mera posição de comando, que dispensa dolo, existe apenas no direito penal internacional, na chamada ***command responsibility*** (art. 28, Estatuto do Tribunal Penal Internacional), uma figura de duvidosa legitimidade"[43], e que nada tem a ver com o domínio da organização de Roxin.

De mais a mais, o *comandante* da organização criminosa, quando não pratica atos executórios, pode ser responsabilizado pelos delitos praticados pelo grupo sob sua regência não apenas por sua participação na qualidade de "autor intelectual" (partícipe) ou por sua autoria quando evidenciada a existência de um aparato organizado de poder, mas também quando atuar como autor mediato à luz da **teoria do domínio do fato pelo domínio social**.[44]

De acordo com esta construção teórica – engendrada pelo prof. Pablo Alflen –, para que o *autor detrás do autor* possa ser caracterizado como autor mediato especial, que se vale de "instrumento punível" (seus *comandados* que integram a organização) para a prática de crime, "deve possuir o domínio – em razão do seu poder de condução – da produção do resultado, enquanto ofensa ao bem

jurídico. Tal domínio compreende a possibilidade de controlar o instrumento punível em suas relações fático-sociais orientadas ao resultado, face à sua *disposição condicionada ao fato*",[45] circunstância que assegura ao *comandante* a ocorrência do resultado.

Essa *disposição condicionada* em causar ofensa ao bem jurídico é, pois, o critério determinante para a caracterização da autoria mediata com instrumento punível, de acordo com a **teoria do domínio do fato pelo domínio social**. O aludido critério "implica a absoluta disposição do executor em se submeter ou se sujeitar ao homem de trás, de forma condicionada à manutenção de um cargo, a ascensão na carreira, o medo da perda de uma posição, ou, ainda, no exemplo de Schroeder, o 'pagamento de uma quantia em dinheiro'".[46]

Portanto, em razão dessa *disposição condicionada* do executor, que pode agir movido por diversos interesses (perda do posto de destaque dentro da organização criminosa, p. ex.) que o submetem ao autor mediato, elimina-se a insegurança em relação à ocorrência do resultado, tornando certa para o *comandante* do grupo a sua ocorrência, "de modo que o controle sobre a realização do resultado ofensivo ao bem jurídico permanece nas mãos do autor mediato",[47] e se opera de acordo com as suas ordens.

Em suma, para a caracterização da autoria mediata com a utilização de instrumento punível, tem-se por decisivo o "domínio social por parte do homem de trás, o qual somente é possível em face da *disposição condicionada* do executor, enquanto sujeito capaz, que dolosamente pratica atos materiais direcionados à produção do resultado condicionalmente à manutenção ou alteração de sua posição ou situação".[48]

## 1.15 Causas de aumento de pena

As causas de aumento da pena são previstas em quantidade fixa (exemplo: aumenta-se a pena até a metade) ou variável (exemplo: aumenta-se a pena de 1/6 a 2/3), podendo elevar a pena concreta acima do limite máximo legalmente estipulado pelo legislador. Aplicam-se na terceira fase da dosimetria da pena, e são também chamadas de qualificadoras em sentido amplo.

O art. 2.º da LCO estipula as causas de aumento de pena adiante comentadas.

**"§ 2.º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo".**

Diferentemente do preceituado nos arts. 157, § 2.º, I, e 288, parágrafo único, ambos do Código Penal, em que o legislador previu, respectivamente, uma causa de aumento de pena para o crime de roubo cometido com emprego de *arma* e outra para o delito de associação criminosa, incidente quando esta "é *armada*", o § 2.º do art. 2.º da LCO é taxativo ao prever que só incidirá a causa de aumento de pena em questão se na atuação da organização criminosa houver o emprego de **arma de fogo**, excluindo-se qualquer outro tipo de instrumento, ainda que confeccionado com finalidade

bélica. Lamentável, por todos os ângulos, essa restrição criada pelo legislador.

Ao se reportar a emprego de arma de fogo, no singular, torna-se desnecessário que o grupo todo (ou a maioria de seus membros) esteja armado, sendo suficiente que apenas um de seus membros *empregue*, em determinada ação delitiva, arma de fogo.[49] Veja-se que é imprescindível o *emprego* da arma, que pode se exteriorizar pelo **efetivo uso** do instrumento ou pelo seu **porte ostensivo**, capaz por si só de influir, ainda que implicitamente, no ânimo do ofendido. A redação legal é clara: exige-se o efetivo *emprego de arma de fogo* para a incidência da causa de aumento de pena.[50]

No tocante à **arma com defeito**, é necessário diferenciar duas situações que podem surgir no caso concreto. Se o defeito acarretar a absoluta ineficácia da arma (ex.: impossibilidade duradoura de um revólver para efetuar disparos), e tal circunstância restar comprovada pericialmente, não se aplica a causa de aumento de pena. Entretanto, se o vício importar apenas na ineficácia relativa da arma (ex.: arma de fogo que falha em alguns disparos, "picotando" cartuchos íntegros), prevalece o entendimento a favor da incidência da causa de aumento da pena.

Noutro giro, quanto à **arma desmuniciada**, existem dois entendimentos, a saber:

**1.ª corrente:** A arma desmuniciada configura meio relativamente ineficaz. O agente pode nela inserir projéteis a qualquer tempo e efetuar disparos, sendo cabível a causa de aumento de pena. Assim: "A utilização de arma desmuniciada não impede o reconhecimento da causa de aumento de pena [...]. Não há que se confundir a ausência de potencialidade lesiva com o fato de a arma de fogo estar desmuniciada, por se cuidar de institutos totalmente diversos; pois, enquanto o primeiro diz respeito à impossibilidade absoluta de uso do objeto, o segundo refere-se à inadequação momentânea da arma para seu devido fim, o qual poderia ser facilmente afastado com o seu municiamento".[51]

**2.ª corrente:** A arma desmuniciada e desacompanha de munição não rende ensejo à majorante porquanto "o artefato desprovido de potencialidade lesiva não é capaz de ensejar maior perigo de dano à integridade física da vítima ou de terceiros".[52] Nesse sentido vem se consolidando a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça.

De mais a mais, de acordo com a jurisprudência reinante no Supremo Tribunal Federal, são **desnecessárias a *apreensão* e *a prova pericial*** a fim de constatar a potencialidade lesiva da arma de fogo. Veja-se:

"Para o reconhecimento da causa de aumento de pena do art. 157, § 2.º, I, do Código Penal [*o mesmo entendimento deve ser aplicado ao crime de organização criminosa*[53]], é desnecessária a apreensão da arma de fogo e sua submissão à perícia, sendo suficiente a demonstração do seu emprego por outro meio de prova. Precedentes".[54]

A toda evidência, a **arma de brinquedo** não servirá como majorante, porquanto *simulacro de arma de fogo* não é *arma de fogo*. A *ratio* do cancelamento da Súmula 174 do Superior Tribunal de

Justiça autoriza essa conclusão.

**"§ 4.º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços): I – se há participação de criança ou adolescente;"**

A majorante se contenta com o envolvimento do menor de 18 anos na organização criminosa, prescindindo da sua participação nos delitos eventualmente praticados pelo grupo.

Como ressaltado anteriormente, o art. 2.º da LCO contempla um crime plurissubjetivo, plurilateral ou de concurso necessário. Destarte, basta que um dos integrantes da organização seja maior de idade e penalmente imputável. Se os demais forem crianças ou adolescentes,[55] estará caracterizado o delito, inclusive com a incidência da causa de aumento da pena para o agente dotado de culpabilidade, sendo certo que a opção pelo grau de elevação da sanção deve vincular-se ao número de crianças ou adolescentes encontrados na organização.

A propósito, a participação de criança ou adolescente na associação criminosa também acarreta a caracterização da corrupção de menores, disciplinada pelo art. 244-B da Lei 8.069/90 (ECA), para o(s) agente(s) culpáveis. Esse crime, de natureza formal, independe de prova da efetiva deturpação moral do menor de 18 anos, pois se constitui em crime de perigo. É o que se extrai da Súmula 500 do STJ: "A configuração do crime previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal".

No mesmo sentido, mas tendo em mira o crime de associação criminosa, confira-se:

"Como se trata, o delito de associação criminosa, de crime autônomo, a condenação simultânea pelo crime do art. 288 (*caput* ou parágrafo único) em concurso material com crimes qualificados (ou majorados) pelo concurso de agentes (ou pelo emprego de arma) **não caracteriza *bis in idem***, seja porque não há uma relação de dependência ou subordinação entre as condutas delituosas, ou porque visam à proteção de bens jurídicos diversos, seja porque a pluralidade de pessoas (ou o emprego de arma) é aferida em momentos distintos. [...]
**Raciocínio semelhante haverá de ser aplicado quanto à possibilidade de o agente responder pelo crime de associação criminosa envolvendo a participação de criança ou adolescente** (CP, art. 288, parágrafo único) **em concurso material com o delito de corrupção de menores, previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente** [...]".[56]

**"§ 4.º [...] II – se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;"**

O art. 327, *caput* e § 1.º, do Código Penal apresenta o conceito de funcionário público para fins penais.[57] Em verdade, a noção conceitual de funcionário público, "para efeitos jurídico-penais, reveste-se, em nosso sistema normativo, de conteúdo abrangente",[58] alcançando até mesmo os agentes políticos[59] (membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo, em qualquer dos entes federativos, e do Poder Judiciário e do Ministério Público, no âmbito federal ou estadual).

Para a incidência da majorante, não basta o concurso de funcionário público, na forma de coautoria ou participação do delito de *organização criminosa por natureza* (LCO, art. 2.º, *caput*). Além disso, é necessário que a organização criminosa se valha de sua condição funcional para a prática de infração penal (*crime organizado por extensão*). Deve existir, assim, um nexo entre a atividade funcional desenvolvida pelo agente e a prática do crime.[60] Não se trata, pois, "de praticar apenas crimes funcionais, ou seja, os delitos do funcionário público contra a administração, mas qualquer infração penal em que a atuação do servidor seja útil".[61]

Ademais, o grau de elevação da pena deve ser aferido de acordo com o nível de engajamento do servidor público para com a organização criminosa. Assim, se o servidor agir como mero partícipe, a pena pode ser elevada em um sexto; se atuar diretamente na prática do delito, beneficiando a organização, o aumento deve ser maior, podendo atingir dois terços.[62] Ou seja, quando mais profunda a reconfiguração cooptada do Estado (infiltração às avessas), tanto maior deverá ser o aumento da sanção.

**"§ 4.º [...] III – se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;"**[63]

A presente causa de aumento de pena encontra a sua razão de ser na maior dificuldade de se rastrear, localizar, sequestrar e confiscar o produto direto (produto) ou indireto (proveito) da infração penal praticada pela organização criminosa quando estes são remetidos, no todo ou em parte, ao exterior.

Bem a propósito, os §§ 1.º e 2.º do art. 91 do Código Penal foram introduzidos pela Lei 12.694/2012, com o objetivo de proporcionar maior eficácia nas condenações proferidas em delitos cometidos no contexto de organizações criminosas. Nesses casos, poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior, notas comuns aos delitos praticados pelas estruturas ilícitas de poder. Além disso, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual (sequestro, arresto, especialização de hipoteca legal etc.) poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda, não se limitando ao produto e ao proveito do crime.

**"§ 4.º [...] IV – se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;"**

Os efeitos nocivos de uma organização criminosa bem estruturada e atuante são incalculáveis. A nocividade dessa organização em conexão com outras organizações criminosas independentes é ainda mais evidente. Basta imaginar os efeitos deletérios para a sociedade que adviriam da união do PCC ("Primeiro Comando da Capital") com o CV ("Comando Vermelho") e a ADA ("Amigos dos Amigos"). Daí a *ratio* (maior risco à paz pública) da causa de aumento de pena em questão.

Pela literalidade do dispositivo, a causa de aumento somente poderá ser aplicada se uma organização criminosa mantiver conexão "com outras" (no plural) associações congêneres, o que, por certo, dificultará sua incidência. Para nós, melhor seria se o legislador tivesse se valido da expressão no singular ("com outra").

Outrossim, o patamar de elevação da pena deve voltar-se ao número de organizações conectadas, bem como à profundidade dos laços existentes. Ilustrando, "se há conexão com uma outra organização de pequeno porte, o aumento cinge-se a um sexto; caso a ligação se dê com organização de grande porte ou com mais de uma, a elevação pode chegar até dois terços".[64]

**"§ 4.º [...] V – se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização."**

A incidência desta causa de aumento de pena é muito controversa na doutrina, havendo dois entendimentos a respeito.

**1.ª corrente**: Sendo a transnacionalidade uma elementar do conceito de organização criminosa (art. 1.°, § 1.°, *in fine*, da LCO), é de se ter por inadmissível a aplicação desta causa de aumento de pena, haja vista que não se tolera, em hipótese alguma, a dupla punição pelo mesmo fato (princípio do *ne bis in idem*).[65]

**2.ª corrente**: Entende que o caráter transnacional não é elemento inerente a toda e qualquer organização criminosa, não fazendo parte de sua essência. Em verdade, o caráter transnacional é um "elemento meramente incidental", o que se comprova pela conjunção alternativa "ou" (art. 1.°, § 1.°, *in fine*, da LCO). Desse modo, "havendo o preenchimento dos elementos conceituais para caracterização de organização criminosa (artigo 1.º, § 1.º da Lei 12.850/13) e dos núcleos do tipo do artigo 2.º da Lei 12.850/13, e apurando-se que ela praticou infrações penais com penas máximas superiores a 4 (quatro) anos, a 'transnacionalidade' acaba por assumir caráter de elemento acidental (não é elemento necessário para reconhecimento da conduta típica), podendo, portanto, ser considerada como causa de aumento de pena, não havendo que se falar em *bis in idem*. Contudo, havendo o preenchimento dos elementos conceituais para caracterização de organização criminosa (artigo 1.º, § 1.º da Lei 12.850/13) e dos núcleos do tipo do artigo 2.º da Lei 12.850/13, e apurando-se que ela somente praticou delitos de caráter transnacional e com penas inferiores ou iguais a 4 anos, a causa de aumento de pena do caráter transnacional não terá incidência, pois se estaria neste caso valorando duas vezes o mesmo fato [...]".[66]

## 1.16 Medida cautelar diversa da prisão (afastamento cautelar)

De forma semelhante ao que se encontra disciplinado no art. 319, VI, do CPP e no art. 56, § 1.º, da Lei de Drogas, o § 5.º do art. 2.º da Lei do Crime Organizado preconiza que, "se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu

afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual".

O farol que deve nortear o magistrado para a aplicação do afastamento cautelar do servidor público (suspensão do exercício das funções públicas) deve ser o art. 282 do Código de Processo Penal, que incorpora o **princípio da proporcionalidade** em sentido amplo e reconhece a natureza **cautelar** dessa medida, resultando disso a impreterível observância aos tradicionais requisitos do *fumus commissi delicti* (*fumus boni juris*) e do *periculum libertatis* (*periculum in mora*).

No âmbito da suspensão do exercício das funções, o *periculum libertatis* deve se sedimentar em fatos que revelem que a manutenção do agente no exercício do múnus público poderá prejudicar a investigação ou instrução probatória. Mas não é essa a única hipótese que autoriza sua decretação. Com efeito,

"esta medida também pode ser decretada para neutralizar outros riscos, desde que restritos àqueles indicados no art. 282, I, do CPP: necessidade para aplicação da lei penal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Assim, da mesma forma que a suspensão do exercício da função pode ser determinada para que o acusado não se utilize de suas funções para destruir provas, pressionar testemunhas, intimidar vítimas, ou seja, para obstruir a investigação de qualquer forma ou prejudicar a busca da verdade, também poderá ser imposta com o objetivo de evitar novas práticas delituosas".[67]

Dessarte, não há falar em afastamento automático[68] do exercício das funções, sendo curial que a medida se faça "necessária à investigação ou instrução processual" e, ainda, que recaia sobre o servidor público que de fato tenha se utilizado de suas funções públicas para viabilizar as atividades delitivas levadas a cabo pela organização criminosa. Ou seja, deve existir um nexo entre a atividade funcional desenvolvida pelo agente e a prática do crime, assim como no caso da causa de aumento de pena prevista no inc. II do § 4.º do art. 2.º da LCO.

Apesar da falta de clareza do legislador, pensamos que as locuções "cargo, emprego ou função" abrangem todas as atividades desempenhadas junto à Administração Pública e aos Poderes Constituídos, englobando até mesmo os **mandatos eletivos**.[69]

Esse era, inclusive, o clássico posicionamento de Nélson Hungria, conforme o qual "tanto é funcionário público o presidente da República quanto o estafeta de Vila de Confins, tanto o senador ou deputado federal quanto o vereador do mais humilde Município, tanto o presidente da Suprema Corte quanto o mais bisonho juiz de paz da Hinterlândia".[70]

A jurisprudência, a propósito, tem caminhado nessa direção. Veja-se:

"**Prefeito** Municipal. Afastamento cautelar do cargo. [...] Possibilidade. [...] 1. Aplica-se aos detentores de mandato eletivo a possibilidade de fixação das medidas alternativas à prisão preventiva previstas no art. 319 do CPP, por tratar-se de norma posterior que afasta, tacitamente, a

incidência da lei anterior. [...]".[71]
"[...] os **vereadores** ora impetrantes, *incluem-se no conceito geral de funcionário público, ao qual fazem alusão o art. 319, do Código de Processo Penal e o art. 2.º, § 5.º, da Lei 12.850/2013* (crime de organização criminosa), que embasaram a decisão que ensejou o afastamento cautelar dos referidos agentes políticos do exercício do cargo eletivo de vereadores, acusados de praticar crimes comuns. [...] *O afastamento cautelar em questão não configura cassação do mandato de vereador*, porquanto decorre do sistema de freios e contrapesos que vigora entre os Poderes, com vista a controlar eventual ilegalidade praticada por membros de quaisquer deles, perfazendo-se em medida expressamente prevista em lei. [...]".[72]

Esse entendimento também foi perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal na ocasião em que o Plenário da Corte referendou a decisão do Min. Teori Zavascki, proferida na Ação Cautelar 4.070 (proposta pelo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot), que **suspendeu Eduardo Cunha do exercício do mandato de deputado federal e, por consequência, da função de presidente da Câmara dos Deputados**. Entendeu-se, na hipótese, que o afastamento seria uma medida necessária para impedir a interferência do deputado em investigações criminais, e não implicaria interferência indevida do Judiciário no Poder Legislativo, uma vez que a autonomia dos parlamentares não é ilimitada, e ambos os Poderes se submetem à Constituição.

Para adotar a medida excepcional,[73] considerou-se haver indícios de que o requerido, na sua condição de parlamentar e, mais ainda, de presidente da Câmara dos Deputados, tinha meios e seria capaz de efetivamente obstruir a investigação, a colheita de provas, intimidar testemunhas e impedir, ainda que indiretamente, o regular trâmite da ação penal em curso no STF (Operação Lava Jato), assim como das diversas investigações existentes nos inquéritos regularmente instaurados.

As circunstâncias do caso levaram o Min. Ricardo Lewandowski a ponderar que o afastamento cautelar do presidente da Câmara seria uma medida com respaldo legal (CPP, arts. 282 c.c. art. 319, VI) e extremamente comedida e adequada. A seu juízo, "o relator a escolheu em lugar da prisão preventiva ou outras alternativas que tinha à disposição, e baseado num robustíssimo contexto fático-probatório". E concluiu considerando que "a proposta do relator limitou-se a suspender o exercício do cargo de presidente da Câmara e das funções de deputado federal. Uma eventual cassação do mandato continua sob a competência da Câmara, e haverá de ser tomada, se for o caso, a critério dos parlamentares".

Outro raciocínio não poderia mesmo prevalecer. A Carta Republicana é taxativa ao prever que Deputados Federais e Senadores podem até ser presos em flagrante de crime inafiançável, caso em que os autos serão remetidos dentro de 24 horas à Casa respectiva para deliberação sobre a prisão (art. 53, § 2.º). A nosso aviso, se a Casa mantiver a prisão em flagrante, os autos deverão ser encaminhados, também no prazo de 24 horas (CPP, art. 306, § 1.º), ao Poder Judiciário[74] a fim de que seja tomada uma das medidas previstas no art. 310 do CPP, destacando-se dentre elas a **conversão da prisão em flagrante em preventiva** (inc. II).[75]

Assim, como os parlamentares podem até ser presos cautelarmente, por óbvio, poderão sofrer medida processual menos drástica (afastamento cautelar), especialmente quando seus mandatos forem colocados à disposição do crime organizado.

Nesse passo, é de ver que a 2.ª Turma do STF entendeu possível a decretação da prisão cautelar d o **Senador Delcídio do Amaral**, em pleno exercício de seu mandato, por embaraçar o desenvolvimento das investigações encartadas na denominada Operação Lava Jato. No ponto, curial é a transcrição de excertos do *Informativo 809*, de novembro de 2015:

"Senador e prisão preventiva – 1. A Segunda Turma, em julgamento conjunto, **por entender presentes situação de flagrância, bem como os requisitos do art. 312 do CPP, referendou decisão do Ministro Teori Zavascki (relator), que decretara prisão cautelar de senador**. [...] O Colegiado determinou, ainda, que os autos fossem imediatamente remetidos ao Senado para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolvesse sobre a prisão de seu integrante, nos termos do art. 53, § 2.º, da Constituição [...]. Na espécie, o Procurador-Geral da República requerera medidas restritivas de liberdade em relação às pessoas mencionadas pelo fato de empreenderem esforços para dissuadir outrem de firmar acordo de colaboração premiada submetido à homologação do STF. As tratativas dos ora investigados com o pretenso beneficiário do referido pacto compreendiam desde auxílio financeiro destinado à sua família, assim como promessa de intercessão política junto ao Poder Judiciário em favor de sua liberdade. Nas conversas gravadas, os interlocutores discutiram a possibilidade de o senador interceder politicamente junto a Ministros do STF para a concessão de 'habeas corpus' que beneficiasse o pretenso colaborador na delação premiada. A Turma anuiu haver estado de flagrância na prática do crime do art. 2.º, 'caput' e § 1.º, da Lei 12.850/2013 [...], porquanto os participantes atuariam com repartição de tarefas e unidade de desígnios. Senador e prisão preventiva – 2. Para o Colegiado, a menção a interferências, a promessas políticas no sentido de obter decisões favoráveis por parte de Ministros do STF constituiria conduta obstrutiva de altíssima gravidade. O ostensivo desembaraço do congressista teria mostrado que a conduta em que incorrera não causara a ele desconforto nem exigira a superação de obstáculos morais. Isso sinalizaria, por sua vez, que o mencionado parlamentar não mediria esforços para embaraçar o desenvolvimento das investigações encartadas na denominada 'Operação Lava Jato'. Inclusive, ele teria deixado transparecer que exploraria o prestígio do cargo que ocupa para exercer influência sobre altas autoridades da República. Conforme conversas gravadas, as partes envolvidas e demais interlocutores teriam discutido, abertamente, meios e rotas de fuga do Brasil, por parte do candidato à delação premiada, caso o STF viesse a conceder-lhe 'habeas corpus'. Os Ministros aduziram que a participação de senador em planejamento de fuga de preso à disposição do STF constituiria situação, além de verdadeiramente vexaminosa, incrivelmente perigosa para a aplicação da lei penal, inclusive para outros investigados e réus na 'Operação Lava Jato'. Essa participação traduziria claro componente de incentivo ao curso de ação consistente na fuga: o respaldo de ninguém menos que o líder do governo no Senado para estratagema dessa estirpe funcionaria, potencialmente, como catalisador da tomada de decisão nesse sentido. A Turma enfatizou, ainda, que o fato de um dos ora investigados possuir cópia de minuta de anexo de acordo de colaboração premiada, a ser submetido à homologação, revelaria a existência de perigoso canal de vazamento, com fortes indícios de terem sido obtidos de forma ilícita, cuja amplitude ainda seria desconhecida, o que afrontaria a Lei

12.850/2013 (‘Art. 7.º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto’). Nesse contexto, **o requerimento de prisão preventiva teria demonstrado de maneira robusta, com base no material indiciário colhido até o momento, a existência do ilícito – materialidade – e dos indícios suficientes de autoria. Indicaria, ainda, a possível existência de graves crimes contra a Administração da Justiça, contra a Administração Pública, de organização criminosa e mesmo de lavagem de dinheiro, para a consecução dos quais teria havido supostamente importante participação dos requeridos**. [...] A representação apresentada teria a participação de senador que estaria atentando, em tese, com suas supostas condutas criminosas, diretamente contra a própria jurisdição do Supremo Tribunal Federal. No âmbito das prisões cautelares para os representantes do Senado, somente se admitiria a modalidade de prisão em flagrante decorrente de crime inafiançável em tese. Dos delitos apontados como praticados pelo senador consta, dentre eles, o de organização criminosa – crime permanente –, a contemplar não só a possibilidade de flagrante a qualquer tempo como até mesmo a chamada ‘ação controlada’, nos termos da Lei 12.850/2013 [...]. A hipótese presente é de inafiançabilidade, nos termos do CPP [‘Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: ... IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)’]. Segundo a Turma, a decisão ora referendada teria como um de seus principais fundamentos a garantia da instrução criminal, das investigações, aliado à higidez de eventuais ações penais vindouras, tendo em vista a concreta ocorrência e a possibilidade de interferência no depoimento de testemunhas e na produção de provas, circunstâncias que autorizariam a decretação da custódia cautelar, nos termos da jurisprudência da Corte. Assim, **a necessidade de resguardar a ordem pública, seja pelos constantes atos praticados pelo grupo (cooptação de colaborador, tentativa de obtenção de decisões judiciais favoráveis, obtenção de documentos judiciais sigilosos), pela fundada suspeita de reiteração delitiva, pela atualidade dos delitos (reuniões ocorridas no corrente mês), ou ainda pela gravidade em concreto dos crimes, que atentariam diretamente contra os poderes constitucionalmente estabelecidos da República, não haveria outra medida cautelar suficiente para inibir a continuidade das práticas criminosas, que não a prisão preventiva** (AC 4.036, Referendo-MC/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, 25.11.2015)”.

A possibilidade de *suspensão do exercício do mandato parlamentar* foi recentemente (26.09.2017) reafirmada pela 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, no julgamento de Agravo na Ação Cautelar 4.327, foi determinada a *suspensão das funções parlamentares* (além do *recolhimento domiciliar noturno*, da *proibição de contatar outros investigados* e de *ausentar-se do país*) do **senador Aécio Neves**, denunciado pela PGR pela suposta prática dos crimes de corrupção passiva e obstrução de investigação de infração penal que envolva organização criminosa.[76]

**Contudo, um novo capítulo sobre o tema foi escrito pelo Supremo a partir do ajuizamento da ADI 5.526**, proposta pelos partidos Progressista, Social Cristão e Solidariedade. Na ação, os partidos pediram ao STF que as medidas cautelares previstas nos arts. 312 e 319 do CPP, quando aplicadas a membros do Poder Legislativo, fossem submetidas no prazo de 24 horas ao Congresso Nacional, dado que as Casas parlamentares detêm competência para (a) resolver sobre a prisão de

seus membros, em caso de flagrante de crime inafiançável,[77] e (b) suspender o andamento de ação penal, que tenha sido recebida contra parlamentar por crime ocorrido após a diplomação.[78]

Esse plexo normativo, na visão dos autores da ADI, reforçaria a máxima de que toda e qualquer medida judicial que tenha potencial para interferir no exercício do mandato parlamentar deve ser objeto de deliberação do Legislativo.

A Procuradoria-Geral da República se manifestou contrária à pretensão dos autores da ação, sob o argumento de que o *poder geral de cautela* deflui do próprio texto constitucional (CR/88, art. 5.º, XXXV), "que assegura a tutela jurisdicional adequada e concede a magistrados judiciais poderes para evitar que o provimento jurisdicional final perca utilidade". Assim, "não faria sentido que a Constituição reputasse direito fundamental o acesso à via judicial, impondo que pedidos sejam apreciados em prazo razoável, para que a solução oferecida pelo provimento jurisdicional fosse inócua, inútil, dada a impossibilidade de assegurá-la com medidas cautelares".

De mais a mais, destacou a PGR que a Constituição, ao vedar a prisão de congressistas (incoercibilidade pessoal relativa baseada na *freedom from arrest* inglesa), não obstou o deferimento de medidas judiciais acautelatórias de natureza diversa da prisão. Ademais, os preceitos constitucionais que asseguram prerrogativas parlamentares devem ser interpretados de forma restritiva, "por significarem tratamento distinto do aplicável aos demais cidadãos".[79]

Com essas considerações, e embasada em robusto acervo doutrinário e jurisprudencial, a PGR pugnou pela improcedência do pedido formulado na ADI 5.526, porquanto a submissão de medidas cautelares do sistema processual penal a crivo da casa legislativa, quando deferidas contra membros do Congresso Nacional, malferiria o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ofenderia o princípio da isonomia, fragilizaria indevidamente a persecução criminal e importaria, ao fim e ao cabo, ampliação indevida do alcance das imunidades parlamentares.

Por seu turno, o **Plenário do Supremo Tribunal Federal**, no dia 11.10.2017, por apertada maioria de votos (*vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello*), **decidiu** que o Poder Judiciário **tem competência** para impor a parlamentares as medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal; todavia, **exclusivamente** na hipótese da imposição de medida que dificulte ou impeça, direta ou indiretamente, o exercício regular do mandato, a decisão judicial **deve ser remetida**, em 24 horas, à respectiva Casa Legislativa para deliberação, nos termos do art. 53, § 2.º, da Constituição da República.

Além de outros argumentos, os Ministros *vencidos* no Plenário da Corte consideraram, em síntese, que: **a)** o STF tem repelido a ampliação de prerrogativas e imunidades que não estejam expressamente previstas na Constituição da República; **b)** a tese dos autores da ADI 5.526 contrasta com a necessária interpretação restritiva que se deve dar, em razão do princípio republicano, aos óbices constitucionais impostos à sujeição igualitária de todos às regras penais e processuais penais; **c)** a imposição pelo Judiciário de medidas cautelares diversas da prisão a parlamentares não

necessita do aval do Legislativo, porquanto a situação não se encontra prevista no rol das exceções constitucionais que conferem aos parlamentares o poder de: decidir sobre prisão em flagrante de crime inafiançável (art. 53, § 2.º); sustar o andamento de ações penais (art. 53, § 3.º) e deliberar sobre perda de mandato (art. 55, § 2.º); **d)** a deliberação do Parlamento sobre a aplicação pelo Judiciário das medidas cautelares diversas da prisão submete a decisão final a outro Poder, sem que haja comando constitucional nesse sentido, o que compromete o equilíbrio da separação de Poderes; **e)** as prerrogativas constitucionais não são direitos que buscam proteger o parlamentar, mas, sim, preservar a representação popular por eles exercida. Ou seja, as imunidades dos parlamentares têm o objetivo de evitar perseguições políticas, e não de isentá-los da prática de crimes; **f)** o princípio republicano traz em si o princípio da responsabilidade, inclusive criminal, porque ninguém está acima da Constituição, nem os parlamentares. Desse modo, numa sociedade livre e fundada em bases democráticas, o cidadão tem o direito de ser governado por administradores probos, legisladores íntegros, e julgado por juízes incorruptíveis.

A maioria dos Ministros do STF, todavia, não foi sensível a essas ponderações. **Majoritariamente**, formou-se a *tese vencedora* em torno da seguinte fundamentação: se a regra é a submissão da prisão em flagrante ao escrutínio do Parlamento, deve ela também ser aplicada no caso de imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Decidiu-se, pois, que a finalidade do *controle político* da prisão em flagrante de parlamentar é proteger, ao juízo discricionário da Casa Legislativa, o livre exercício do mandato eletivo contra interferências externas, o que deve ser estendido às medidas cautelares que dificultem ou impeçam, direta ou indiretamente, o exercício regular do mandato.

Essa polêmica decisão tomada pela maioria dos Ministros do Supremo no julgamento da ADI 5.526, como era de se esperar, imediatamente, gerou reflexos no âmbito parlamentar estadual. Com efeito, no dia 17.11.2017, estribados no precedente Pretoriano e nos arts. 53, § 2.º, da CR/88 e 102, §§ 2.º e 3.º, da Constituição Estadual-RJ, os deputados da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (Alerj) aprovaram a Resolução 577/2017, pela qual foi: *a*) determinada *revogação da prisão cautelar* – que havia sido decretada pelo Tribunal Regional Federal da 2.ª Região – do presidente da Casa, deputado Jorge Picciani, e de outros dois deputados, Paulo Melo e Edson Albertassi; *b*) ordenado o retorno dos deputados ao exercício regular de seus mandatos. Assim, por meio de um ofício, o diretor do cárcere foi comunicado da *decisão do Legislativo* sobre a soltura dos parlamentares, o que terminou por valer, na prática, como um "alvará de soltura".

Diante desse insólito quadro, a procuradora-geral da República, Raquel Dodge, ajuizou (em 21.11.2017) no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 497, com pedido de liminar, na qual questiona a Resolução 577/2017-Alerj que revogou a prisão cautelar imposta pelo TRF da 2.ª Região aos deputados estaduais fluminenses.

De acordo com a PGR, a resolução da Alerj, afrontou o princípio da separação dos Poderes e o

sistema federativo, além de contrariar precedente do Plenário do próprio STF, que já havia admitido, noutra ocasião, a suspensão do exercício do mantado do deputado federal Eduardo Cunha (AC 4.070), sem manifestação da Câmara. Ressaltou-se, outrossim, que a decisão do STF na ADI 5.526 não se aplica ao caso dos deputados da Alerj, pois o Pretório Excelso não autorizou a extensão dos seus efeitos às casas legislativas estaduais e municipais, tampouco enfrentou a situação peculiar de um tribunal federal decretar a prisão de um parlamentar estadual. Ou seja, o precedente do Supremo foi formado sob outras balizas.

Por fim, a PGR ponderou que o controle político da medida cautelar judicial pela Alerj também não poderia ocorrer, naquela específica situação, dado o quadro de *anomalia institucional e ética* instalado no parlamento fluminense, recordando-se, no ponto, do HC 89.417, relativo à prisão do então presidente da Assembleia Legislativa de Rondônia.[80] Na ocasião, a 1.ª Turma do STF julgou possível a prisão preventiva sem controle pela casa legislativa justamente em razão da situação de *absoluta anomalia institucional e ética*, porquanto praticamente todos os deputados estaduais de Rondônia estavam sendo investigados ou processados criminalmente, o que esvaziaria a independência da Assembleia para deliberar com isenção.

A par disso, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) também questionou (ADIs 5.823, 5.824 e 5.825) a extensão das imunidades de parlamentares federais a deputados estaduais no Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro e Mato Grosso, o que foi feito em dispositivos inscritos nas constituições destes estados. Para a AMB, essas garantias não podem ser reproduzidas nas cartas estaduais, uma vez que a estes bastam as imunidades materiais contidas no *caput* do art. 53 da CR/88. Compreendeu a AMB que (*a*) "autorizar as assembleias legislativas a suspender a eficácia de decisões judiciais e o trâmite de ações penais coíbe a atuação do Poder Judiciário, violando o princípio republicano e da separação de poderes"; (*b*) "a interpretação dada pelo STF no julgamento da ADI 5.526 quanto a deputados federais e senadores [...] teve por pressuposto a preservação da representação popular por eles exercida, como regra de exceção, para manter íntegro o regime democrático da nação, considerada a República, e não os estados e municípios".[81]

Resta saber, agora, como o STF se posicionará a respeito de todo esse imbróglio. As cenas dos próximos capítulos dirão se o Supremo estenderá, ou não, os efeitos da decisão tomada na ADI 5.526 para os parlamentos estaduais, especialmente diante do disposto no art. 27, § 1.º, da Constituição da República. Aguardemos, pois, o *julgamento definitivo* da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 497 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.823, 5.824 e 5.825. Mas vale destacar que, *até o momento*, iniciado o julgamento conjunto destas ADIs, está *preponderando no Plenário da Corte* o entendimento de que não se estende a deputados estaduais as imunidades formais previstas no art. 53 da CR/88 para deputados federais e senadores, que somente podem ser presos em flagrante por crime inafiançável e com aprovação da Casa Legislativa a que pertencem.[82]

Ainda, porém, no que importa aos detentores de mandato eletivo, há uma **exceção** atinente às

autoridades que possuem imunidade *absoluta* à prisão preventiva. Assim, conforme pondera Andrey Borges de Mendonça, "se o Presidente da República não pode ser preso em nenhuma hipótese, também não pode ser suspenso de suas atividades. O mesmo se diga para o diplomata".[83]

Acerca da **remuneração do servidor afastado**, havia divergência jurisprudencial sobre a possibilidade de diminuição do pagamento dos vencimentos quando essas medidas fossem previstas na legislação respectiva. O STJ entendia pela possibilidade quando o sujeito estivesse preso (REsp 413.398). Contrariamente, o STF ponderava que a diminuição da remuneração em caso de prisão do servidor violaria os princípios da presunção da inocência e da irredutibilidade dos vencimentos (RE 482.006). A Lei do Crime Organizado, afinando-se nessa parte com o art. 17-D da Lei de Lavagem de Dinheiro,[84] cuidou de sepultar a divergência ao prever que o afastamento cautelar se dará "**sem prejuízo da remuneração**".

Sobre o **prazo de duração da medida**, nem a LCO tampouco o CPP (art. 319, VI) previram o seu termo final. O postulado da proporcionalidade, aplicado em cada caso, é que deve nortear a decisão, valendo lembrar que "o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem" (CPP, art. 282, § 5.º). De toda sorte, com esteio na aplicação analógica da Resolução Conjunta 1/2009, editada pelo CNJ e pelo CNMP, acreditamos que *os requisitos que ensejaram o afastamento cautelar devem ser revistos com periodicidade mínima anua*l.[85]

## 1.17 Efeitos da condenação

Vimos anteriormente que, durante a investigação criminal ou a instrução processual, havendo necessidade e indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração (art. 2.º, § 5.º, da LCO).

Agora, findo o processo, a LCO prevê um **efeito automático extrapenal** da condenação pelo crime de "organização criminosa por natureza", nos seguintes termos: "A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a **perda** do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a **interdição** para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena" (art. 2.º, § 6.º).

O efeito condenatório da perda do cargo (em sentido amplo) tem por fim extirpar da Administração Pública aquele que revelou inidoneidade moral e grave desvio ético para o exercício da função pública, colocando-a a serviço do crime organizado.

Na doutrina, paira divergência sobre a *abrangência da perda do cargo* (*lato sensu*). Sempre entendemos que esse efeito deveria abarcar qualquer atividade que o agente estivesse exercendo ao tempo da condenação irrecorrível pelo crime epigrafado no art. 2.º, *caput*, da Lei 12.850/2013.[86] Havia, entretanto, quem se posicionasse em direção oposta, por considerar que "a perda não pode

abranger qualquer cargo, função ou atividade eventualmente exercidos pelo condenado. Ao contrário, deve restringir-se somente àquele(a) no exercício do(a) qual praticou o abuso".[87]

Essa polêmica recentemente foi levada ao Superior Tribunal de Justiça. No caso, determinada pessoa havia praticado um delito enquanto era empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Contudo, quando da sentença, o condenado já ocupava outro cargo, na Universidade Federal de Pernambuco. Diante disso, o STJ fixou, **como regra**, o entendimento consoante o qual: "a pena de perdimento **deve ser restrita ao cargo público ocupado ou função pública exercida no momento do delito**. Assim, a perda do cargo público, por violação de dever inerente a ela, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo, valendo-se o envolvido da função para a prática do delito". Entretanto, abriu-se **uma exceção**: desde que o magistrado *a quo* considere, motivadamente,

"que o **novo cargo guarda correlação com as atribuições do anterior**, ou seja, naquele em que foram praticados os crimes, mostra-se devida a perda da nova função, uma vez que tal ato visa a *anular a possibilidade de reiteração de ilícitos da mesma natureza*, o que não ocorreu no caso. Dessa forma, como o crime em questão fora praticado quando o acusado era empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, não poderia, sem qualquer fundamentação e por extensão, ser determinada a perda do cargo na UFPE".[88]

Por seu turno, o efeito consistente na interdição significa a impossibilidade de ocupação de qualquer cargo público (em sentido amplo), com *efeitos futuros*, pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.[89]

Por serem efeitos automáticos impostos pela lei, independentemente da quantidade de pena cominada ou aplicada, a perda do cargo e a interdição não precisam ser declaradas na sentença condenatória e nem sequer dependem de expresso requerimento. Ou seja, esse dispositivo da Lei do Crime Organizado: **a)** segue a mesma linha normativa do § 5.º do art. 1.º da Lei 9.455/1997, segundo o qual "a condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada";[90] **b)** distancia-se do art. 92, I, do Código Penal, pois, conforme o seu parágrafo único, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo não é efeito automático, devendo ser motivadamente declarado na sentença.

Ainda que a perda do cargo e a interdição independam de expresso pedido e reconhecimento judicial, *ad cautelam*, é de todo conveniente o requerimento pelo Ministério Público por ocasião do oferecimento da denúncia. Eventual omissão judicial poderá ser colmatada com a interposição de embargos de declaração (CPP, art. 382) ou com o manejo do recurso de apelação (CPP, art. 593, I).[91]

Noutro giro, importa saber se esse efeito da condenação criminal (perda do cargo) pode abranger a **cassação da aposentadoria**, se o crime tiver sido praticado quando o funcionário público estava na ativa. Há dois entendimentos a respeito:

**1.ª corrente (jurisprudência mais antiga do STJ):** Entende possível a cassação da aposentadoria porque ela decorre do exercício do cargo. Nesse sentido: "[...] I. Hipótese em que o réu encontrava-se, na data do crime, em pleno exercício do cargo de policial militar, vindo a se aposentar dias depois. II. Legítima a cassação de aposentadoria do réu que teve declarada a perda do cargo, como efeito extrapenal da condenação, por crime cometido na atividade. III. Recurso provido, para restabelecer a sentença de primeiro grau".[92]

**2.ª corrente (jurisprudência mais recente de ambas as Turmas do STJ):** Entende não ser possível a cassação da aposentadoria por ausência de previsão legal e por ser vedada a analogia *in malam partem*. Assim: "1. O efeito da condenação relativo à perda de cargo público, previsto no art. 92, inciso I, alínea *b*, do Código Penal, não se aplica ao servidor público inativo, uma vez que ele não ocupa cargo e nem exerce função pública. 2. O rol do art. 92 do Código Penal é taxativo, não sendo possível a ampliação ou flexibilização da norma, em evidente prejuízo do réu, restando vedada qualquer interpretação extensiva ou analógica dos efeitos da condenação nele previstos. [...]".[93]

Dessarte, na esteira do entendimento mais atual do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, a cassação da aposentadoria não pode ser aplicada como consectário lógico de condenação penal, por ausência de previsão legal. Contudo, desde que prevista a penalidade no regime jurídico do servidor, nada impede que a prática de fato criminoso em serviço acarrete a cassação da aposentadoria em procedimento administrativo.[94]

Em conclusão, calha perquirir: pode o Poder Judiciário decretar a **perda do mandato eletivo de deputados federais e senadores**? Existem três posições sobre o assunto:[95]

**1.ª corrente:** Não, pois se trata de matéria de competência reservada à casa legislativa respectiva, na forma prevista pelo art. 55, § 2.º, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal já decidiu nesse sentido:

"O Plenário condenou senador (prefeito à época dos fatos delituosos), bem assim o presidente e o vice-presidente de comissão de licitação municipal pela prática do crime descrito no art. 90 da Lei 8.666/93 ['Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa'] à pena de 4 anos, 8 meses e 26 dias de detenção em regime inicial semiaberto. Fixou-se, por maioria, multa de R$ 201.817,05 ao detentor de cargo político, e de R$ 134.544,07 aos demais apenados, valores a serem revertidos aos cofres do município. Determinou-se – caso estejam em exercício – a perda de cargo, emprego ou função pública dos dois últimos réus. Entendeu-se, em votação majoritária, competir ao Senado Federal deliberar sobre a eventual perda do mandato parlamentar do ex-prefeito (CF, art. 55, VI e § 2.º)".[96]

**2.ª corrente:** Sim, pois a perda do mandato constitui-se em efeito da condenação, resultando da decisão oriunda do Poder Judiciário, cuja decisão não fica condicionada à aprovação pelo Poder Legislativo. Esse foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no histórico julgamento do "mensalão":

"A previsão contida no art. 92, I e II, do Código Penal, é reflexo direto do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal. Assim, uma vez condenado criminalmente um réu detentor de mandato eletivo, caberá ao Poder Judiciário decidir, em definitivo, sobre a perda do mandato. Não cabe ao Poder Legislativo deliberar sobre aspectos de decisão condenatória criminal, emanada do Poder Judiciário, proferida em detrimento de membro do Congresso Nacional. A Constituição não submete a decisão do Poder Judiciário à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República. Não há sentença jurisdicional cuja legitimidade ou eficácia esteja condicionada à aprovação pelos órgãos do Poder Político. [...] Afastada a incidência do § 2.º do art. 55 da Lei Maior, quando a perda do mandato parlamentar for decretada pelo Poder Judiciário, como um dos efeitos da condenação criminal transitada em julgado. Ao Poder Legislativo cabe, apenas, dar fiel execução à decisão da Justiça e declarar a perda do mandato, na forma preconizada na decisão jurisdicional. Repugna à nossa Constituição o exercício do mandato parlamentar quando recaia, sobre o seu titular, a reprovação penal definitiva do Estado, suspendendo-lhe o exercício de direitos políticos e decretando-lhe a perda do mandato eletivo. A perda dos direitos políticos é consequência da existência da coisa julgada. Consequentemente, não cabe ao Poder Legislativo outra conduta senão a declaração da extinção do mandato".[97]

Preferimos o segundo entendimento, porquanto não se afigura razoável admitir que um parlamentar tenha seus direitos políticos suspensos em decorrência de condenação criminal e, ao mesmo tempo, mantenha seu mandato legislativo até que o Parlamento resolva (ou não!) se pronunciar sobre a perda.[98]

E a situação não é razoável "porque se instaura o sério risco de que tenhamos a **escatológica figura do parlamentar-presidiário** diante da possibilidade de que a Câmara ou o Senado votem contrariamente à cassação, como, aliás, ocorreu em passado recente, em que o Supremo Tribunal Federal condenou um deputado federal (AP 396), mas não se pronunciou sobre a perda do mandato. Coube, pois, à Câmara dos Deputados votar a respeito, e, diante da falta de votos suficientes, a cassação do mandato não prosperou e o condenado iniciou o cumprimento da pena em regime fechado mantendo seu *status* de parlamentar".[99]

Em reforço argumentativo, vale indagar: como conceber que um congressista exerça seu mister sem estar no pleno gozo dos seus direitos políticos se, nessa condição, ele nem sequer poderia se lançar candidato?!

**3.ª corrente:** Em regra: não; excepcionalmente: sim. Na vala da ideia capitaneada pelo Min. Luís Roberto Barroso, em decisão monocrática proferida no bojo de Medida Cautelar em Mandado de Segurança (MS 32.326-MC, *DJe*-173 de 04.09.2013), (a) "a Constituição prevê, como regra

geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado"; (b) "esta regra geral, no entanto, não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, que deva perdurar por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Em tal situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e fática de seu exercício"; (c) por consequência, "quando se tratar de Deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória".

Essa terceira corrente, recentemente, ganhou força ao ser acolhida e complementada em fundamentos pela 1.ª Turma do STF, por ocasião do julgamento da AP 694/MT. Tal como noticiado no *Informativo 863*, o Colegiado, nos termos do voto do Min. Roberto Barroso,

"decidiu pela perda do mandato com base no inciso III do art. 55 da Constituição Federal, que prevê essa punição ao parlamentar que, em cada sessão legislativa, faltar a 1/3 das sessões ordinárias. Nesse caso, não há necessidade de deliberação do Plenário e a perda do mandato deve ser automaticamente declarada pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Salientou que, como regra geral, quando a condenação ultrapassar 120 dias em regime fechado, a perda do mandato é consequência lógica. Nos casos de condenação em regime inicial aberto ou semiaberto, há a possibilidade de autorização de trabalho externo, que inexiste em condenação em regime fechado. Ressaltou que a CF é clara ao estabelecer que o parlamentar que não comparecer a mais de 120 dias ou a 1/3 das sessões legislativas perde o mandato por declaração da Mesa, e não por deliberação do Plenário. Assim, para quem está condenado à prisão em regime fechado, no qual deva permanecer por mais de 120 dias, a perda é automática. [...] Por último, a Turma assentou a perda do mandato e sinalizou a necessidade de declaração pela Mesa da Câmara, nos termos do § 3.º do art. 55 da CF".

Em suma, para essa vertente, *como regra*, "é da competência das Casas Legislativas decidir sobre a perda do mandato do Congressista condenado criminalmente (artigo 55, VI e § 2.º, da CF)". Essa regra, todavia, é *excepcionada* "quando a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado, e não viável o trabalho externo diante da impossibilidade de cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena para a obtenção do benefício durante o mandato e antes de consumada a ausência do Congressista a 1/3 das sessões ordinárias da Casa Legislativa da qual faça parte". Em casos tais, opera-se a "hipótese de perda automática do mandato, cumprindo à Mesa da Câmara dos Deputados declará-la, em conformidade com o artigo 55, III, § 3.º, da CF".[100]

## 1.18 Investigação em caso de participação policial

Emana do § 7.º do art. 2.º da Lei do Crime Organizado que: "Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua

conclusão".

A norma em análise tem por objetivo garantir maior eficiência na investigação policial sempre que houver "participação policial" – em sentido amplo[101] – nos crimes previstos na Lei 12.850/2013, dificultando a nefasta prática do corporativismo, na medida em que o órgão correicional da polícia será o incumbido da instauração do inquérito para apurar o envolvimento de policiais com a criminalidade organizada, e não uma delegacia de polícia ordinária.

A *corregedoria* mencionada no dispositivo em exame, ordinariamente, será a da polícia judiciária (civil ou federal). Entretanto, com as novas competências da Justiça Militar instituídas pela Lei 13.491/2017,[102] ampliou-se sobremaneira o conceito de crime militar, em tempo de paz, e passou-se a considerar como tal não apenas os delitos inscritos no Código Penal Militar, mas, também, *os previstos na legislação penal* – inclusive, pois, os catalogados na Lei 12.850/2013 –, se acaso cometidos por militares da ativa em uma das condições do inciso II do art. 9.º do CPM. Assim, *v.g.*, se policiais militares constituírem uma organização criminosa, nas circunstâncias do art. 9.º, II, do CPM, a investigação do crime militar, no âmbito policial, deverá ser levada a efeito pelo órgão correicional militar, e não pela corregedoria da polícia civil.

A impositiva comunicação ao Ministério Público acerca da instauração da investigação policial pela corregedoria, para fins de acompanhamento do feito, é consectário lógico do controle externo da atividade policial, missão institucional entregue pelo legislador constituinte ao *Parquet* (CR/88, art. 129, VII).

Uma leitura afoita e parcial do preceptivo em tela pode redundar na equivocada compreensão de que o único órgão com atribuição para levar a cabo uma investigação, quando surgirem indícios de participação de policial em qualquer dos crimes previstos na Lei 12.850/2013 – e não apenas no delito previsto no art. 2.º, *caput* –, seria a "corregedoria de polícia", excluindo-se a atividade investigatória direta do Ministério Público. Nada mais míope!

Em verdade, o § 7.º do art. 2.º da LCO apenas modela a forma como se deve dar a investigação *no âmbito policial*. Em nenhuma hipótese exclui a investigação direta pelo Ministério Público, o que seria mesmo uma inconstitucionalidade chapada. Tanto é que o citado preceptivo se utiliza da expressão "inquérito policial", e não de "investigação criminal" (termo mais amplo que contempla as investigações ministeriais).

Além do mais, "seria deveras esdrúxula e contraditória uma lei dispondo sobre a investigação criminal em matéria de organização criminosa [...] que impedisse o *parquet* de investigar por conta própria, ainda mais nas situações de envolvimento de um integrante de uma corporação dedicada ao controle da criminalidade em geral".[103] Essa equivocada leitura do dispositivo

"trairia o próprio sentido teleológico da norma, inserida que se encontra em sistema que implementa medidas de combate ao crime organizado. Portanto, não faz o menor sentido falar-se em exclusividade da investigação através do inquérito policial. Embaraçar a investigação do Ministério

Público em crimes desta natureza, campo seguramente mais fértil para a sua intervenção direta, a par de sua inconstitucionalidade, representaria não só um retrocesso inigualável, como um rasteiro golpe à força cidadã que, em nome da democracia, recentemente, **sepultou a PEC 37**".[104]

Estamos, portanto, de acordo com Thiago André Pierobom de Ávila ao concluir que as novas regras para a investigação policial, quando houver indícios de participação policial em qualquer dos crimes previstos na LCO, são as seguintes:

"**(i)** não é possível que uma delegacia ordinária investigue o envolvimento de policiais no crime organizado, tal investigação policial deverá ser necessariamente conduzida pela Corregedoria de Polícia, de forma a se minimizar o risco de corporativismo, através de uma diferenciação interna; **(ii)** não cabe a mera instauração pela Corregedoria de procedimentos administrativos para esclarecer as notícias de envolvimento de policiais no crime organizado, sendo obrigatória a instauração de IP, ou seja, há um mandado legal de instauração imediata de inquérito policial; **(iii)** nesses casos o Ministério Público deverá ser imediatamente comunicado da instauração do IP envolvendo policiais no crime organizado e poderá acompanhar de forma mais próxima a condução da investigação, numa verdadeira 'força tarefa' *ope legis* desde o início das investigações decorrente de um **mandado legal de otimização dessas investigações**".[105]

Não fossem bastantes essas ponderações, no dia 14 de maio de 2015, em conclusão do julgamento do Recurso Extraordinário 593.727 (com repercussão geral reconhecida), o **Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu por amplíssima maioria (10 votos contra 1)**[106] **que o Ministério Público pode promover investigações de natureza penal por autoridade própria**, pacificando de vez a questão, nos termos da decisão a seguir:

"o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, art. 7.º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa Instituição".[107]

# 2. CRIME DE IMPEDIMENTO OU EMBARAÇAMENTO DA PERSECUÇÃ PENAL ("OBSTRUÇÃO À JUSTIÇA")

## 2.1 Dispositivo legal

Art. 2.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013: "Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer

forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa".

## 2.2 Introdução

Desde logo, calha sublinhar que o crime em exame não se perfaz apenas quando o sujeito ativo impede ou, de qualquer forma, embaraça o andamento de *inquérito policial* de infração penal que envolva organização criminosa, tampouco se circunscreve à primeira fase da persecução penal (em nossa opinião).

Tendo o legislador feito uso do termo **investigação**, inclui-se aí não apenas o inquérito policial, mas também qualquer outro procedimento investigatório criminal – como os PICs instaurados diretamente pelo Ministério Público com esteio na Constituição da República e na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público) –, desde que instaurados com o escopo de apurar "infração penal que envolva organização criminosa".[108]

Demais disso, impende indagar: e se o sujeito impede ou embaraça o andamento do **processo penal** de infração penal que envolva organização criminosa? Haverá na hipótese a incidência do tipo?

Não há consenso na doutrina a respeito do tema, conforme se verifica a seguir:

**1.ª corrente:** Impedir ou embaraçar processo judicial também se enquadra no § 1.º do art. 2.º da Lei 12.850/2013, conclusão a que se chega mediante interpretação extensiva. Ora, se é punido *o menos* (investigação), há de ser punido *o mais* (processo penal). Não se pode olvidar que o bem jurídico tutelado é a própria Administração da Justiça. Assim, o dispositivo em questão peca por inadequação de linguagem, e não por ser lacunoso.[109] Portanto, não há falar em analogia *in malam partem*, esta sim vedada em matéria penal. Com esse entendimento, busca-se apenas a *mens legis*, e não uma solução além da vontade do legislador. Além de nós, seguem esse entendimento Guilherme de Souza Nucci,[110] Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto,[111] Ana Luiza Almeida Ferro, Flávio Cardoso Pereira & Gustavo dos Reis Gazzola,[112] Eduardo Luiz Santos Cabette e Marcius Tadeu Maciel Nahur.[113]

**2.ª corrente:** Diante da lastimável omissão do legislador, torna-se inadmissível qualquer tipo de construção hermenêutica para que o embaraço do processo judicial também tipifique essa figura delituosa, sob pena de evidente analogia *in malam partem* e consequente violação ao princípio da legalidade (é como pensa Renato Brasileiro[114]). Além do mais, quando a lei pretendeu se referir a "investigação" e a "instrução processual", o fez expressamente, na esteira do § 5.º do art. 2.º da LCO, como anotam Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato.[115]

Em franca adoção da primeira corrente, optamos por intitular o delito do § 1.º do art. 2.º da Lei 12.850/2013 – conhecido na práxis como "crime de obstrução à justiça"[116] – de "crime de

impedimento ou embaraçamento da *persecução penal*", englobando a investigação e o processo.

## 2.3 Objetividade jurídica

Por meio desse tipo penal tutela-se a **Administração da Justiça**, não mais a paz pública (como no art. 2.º, *caput*, da LCO).

## 2.4 Objeto material

O objeto material é a investigação ou o processo penal (conforme nosso entendimento) de infração penal que envolva organização criminosa.

## 2.5 Núcleo do tipo

Os núcleos do tipo são *impedir* (obstar, proibir, obstruir) e *embaraçar* (atrapalhar, perturbar). Os verbos se assemelham, no entanto, é possível notar uma sutil diferença entre ambos, haja vista que *impedir* parece mais grave, por acarretar a cessação do objeto almejado; *embaraçar*, por sua vez, sugere uma ação menos drástica, denotando o esforço de atrapalhar ou causar dificuldade para o curso do objeto, sem inviabilizá-lo totalmente.

Tratando-se de **tipo penal misto alternativo** (**de ação múltipla**, **de condutas variáveis** ou **fungíveis**), ainda que determinado sujeito venha a *embaraçar* e, evoluindo em sua conduta, chegue até mesmo a *impedir* o transcurso de investigação de infração penal que envolva organização criminosa, apenas um delito restará configurado.

O tipo penal em exame, a nosso aviso, conta com um **elemento normativo implícito**, qual seja: *sem justa causa* ou *indevidamente*. Ora, por razões lógicas, não se pode pretender criminalizar, por exemplo, a conduta do advogado que, exercendo *legitimamente* seu múnus,[117] venha a "embaraçar" (com requerimentos diversos em favor de seu cliente) ou mesmo a "impedir" (*v.g.* : por via do "trancamento do inquérito")[118] determinada persecução penal com o manejo das providências judiciais pertinentes. Em casos que tais, a atipicidade decorreria da excludente de ilicitude do *exercício regular do direito* ou mesmo da análise *conglobante*[119] do tipo, haja vista que não pode ser considerada antinormativa uma atuação (advocacia) fomentada pelo Estado (CR/88, art. 133) e executada dentro dos estritos lindes da legalidade.

Na hipótese ora aventada, para Bitencourt e Busato, o elemento normativo implícito – *sem justa causa* ou *indevidamente* – integra-se ao tipo penal, porque a utilização de medida judicial ou extrajudicial, impeditiva ou perturbadora de uma investigação criminal, representa nada mais que exercício *regular* de direito, qual seja o de defender-se legitimamente. Com efeito,

"quem promove alguma medida judicial o faz no *exercício de um direito* (direito de ação e direito de defesa), não se podendo, por isso, atribuir-lhe a conotação de *impedir* ou *embaraçar*, indevidamente,

investigação criminal, que é o sentido do texto penal. Na verdade, *impedir* ou *embaraçar* tem efetivamente o significado de fazê-lo *sem justa causa*, isto é, *indevidamente*, não apenas quanto ao mérito, mas também e, principalmente, quanto ao *modus operandi*, que reflete em si mesmo um significado perturbador, desarrazoado, desrespeitoso, injusto e abusivo. [...] quem exerce *regularmente um direito* não comete crime, não viola a ordem jurídica, nem no âmbito civil, e muito menos no âmbito penal. É de notar que o *exercício de qualquer direito*, para que não seja ilegal, deve ser *regular*. O *exercício de um direito*, desde que *regular*, não pode ser, ao mesmo tempo, proibido pela ordem jurídica. *Regular* será o *exercício* que se contiver nos *limites* objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do Direito. Fora desses limites, haverá o *abuso de direito* e estará, portanto, excluída essa *justificação*. O *exercício regular de um direito* jamais poderá ser *antijurídico*. Qualquer direito, público ou privado, penal ou extrapenal, *regularmente exercido*, afasta a antijuridicidade. Mas o exercício deve ser *regular*, isto é, deve obedecer a todos os requisitos objetivos exigidos pela ordem jurídica".[120]

## 2.6 Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo desse delito, não sendo exigida nenhuma qualidade ou condição especial do agente (crime comum).

Não é uníssona na doutrina a possibilidade de um integrante da organização criminosa também figurar como sujeito ativo do crime de *impedimento ou embarcamento da persecução penal*. Há, acerca da questão, dois entendimentos:

**1.ª corrente:** Para alguns, o crime em exame somente alcança terceiros que não tenham, de qualquer forma, incorrido em algum dos núcleos do tipo da organização criminosa por natureza (LCO, art. 2.º, *caput*), porquanto as ações de *impedir* ou *embaraçar* uma persecução penal seriam meros desdobramentos do princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Ademais, por consistir em mera decorrência da prática de crime anterior, a "obstrução à justiça" seria um *post factum* impunível e violaria o princípio do *ne bis in idem*.[121]

De acordo com esse entendimento, a "destruição de provas que podem incriminar a si próprio, se não constituir outro crime, como dano ou furto, eventualmente até pode ensejar um decreto cautelar de prisão, mas não encontra correspondência ao tipo penal em análise".[122]

**2.ª corrente:** Em nossa compreensão, não há óbice algum a que eventual membro de organização criminosa também possa incorrer no delito autônomo de "obstrução à justiça" (LCO, art. 2.º, § 1.º), até porque o legislador não fez nenhuma restrição nesse sentido. Aliás, como é intuitivo, são as pessoas envolvidas em organização criminosa as mais interessadas em embaraçar ou mesmo impedir a persecução penal das infrações penais por elas cometidas.

Ademais, os bens jurídicos tutelados pelos referidos tipos são diversos: *paz pública*, no art. 2.º, *caput*; *administração da justiça*, no art. 2.º, § 1.º. O momento consumativo também é diferente: o *crime organizado por natureza* é formal e pode se consumar de forma instantânea (*constituir*) ou permanente (*integrar*),[123] sempre dependendo de uma certa estabilidade da *affectio criminis*

*societatis*. Já o crime de *obstrução à justiça* pode ser material (*impedir*) ou formal (*embaraçar*), não reclama estabilidade alguma e, para a sua realização, faz-se necessária a prévia consumação do crime de organização criminosa (LCO, art. 2.º, *caput*), razão pela qual é doutrinariamente classificado como *crime acessório*. Ainda, enquanto o crime do art. 2.º, *caput*, é plurissubjetivo (de concurso necessário), o delito do art. 2.º, § 1.º, é monossubjetivo (de concurso eventual).

O direito de não produzir prova contra si mesmo, corolário da ampla defesa e previsto expressamente no art. 8, item 2, *g*, do Pacto de San José da Costa Rica, incorporado ao direito pátrio pelo Decreto 678/1992, não autoriza a prática da *obstrução à justiça*, isto é, não permite ao investigado ou acusado as ações de impedir ou embaraçar a persecução penal de infração penal que envolva organização criminosa. E não poderia ser de outro modo, haja vista que art. 2.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013 apenas obedeceu ao **mandado convencional de criminalização da obstrução à justiça** previsto no art. 23 da Convenção de Palermo, nos seguintes termos:

"Cada Estado-Parte adotará medidas legislativas e outras consideradas necessárias para conferir o caráter de infração penal aos seguintes atos, quando cometidos intencionalmente: *a*) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação, ou a promessa, oferta ou concessão de um benefício indevido para obtenção de um falso testemunho ou para impedir um testemunho ou a apresentação de elementos de prova num processo relacionado com a prática de infrações previstas na presente Convenção; *b*) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação para impedir um agente judicial ou policial de exercer os deveres inerentes à sua função relativamente à prática de infrações previstas na presente Convenção. O disposto na presente alínea não prejudica o direito dos Estados Partes de disporem de legislação destinada a proteger outras categorias de agentes públicos".

De mais a mais, como dissertamos em outra sede,[124] há entre nós um inegável superdimensionamento do alcance do princípio constitucional que consagra o direito ao silêncio (não autoincriminação). Da cláusula consoante a qual "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado" (CR/88, art. 5.º, inc. LXIII) não se pode extrair a existência dos equivocadamente proclamados "direitos" (tupiniquins) à mentira;[125] à fuga;[126] à apresentação de documentação falsa para eximir-se do processo;[127] à omissão de socorro;[128] à imunidade contra a revista de bagagens em aeroportos;[129] a impedir ou embaraçar investigações encetadas contra a criminalidade organizada etc.

Em virtude dessa noção amplíssima do direito ao silêncio, que vez ou outra encontra espaço nos tribunais, está-se criando no Brasil – e somente aqui –, anota Pacelli, "um conceito absolutamente novo da não autoincriminação, ausente nos demais povos civilizados". E, com a ironia que lhe é peculiar, dispara o autor: "esperamos que, no futuro, não se vá reconhecer eventual direito subjetivo ao homicídio, para fins de evitação da prisão pela prática de outro crime qualquer...".[130]

Bem a propósito, calha rememorar que o casal Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá, condenados pelo homicídio qualificado da menina Isabella Nardoni, buscou afastar perante os

tribunais a acusação da prática do crime de fraude processual (CP, art. 347), que guarda semelhanças naturais com o delito de *obstrução à justiça*. Segundo os postulantes, não pode incorrer no crime de fraude processual aquele a quem é imputado o delito que se tenta encobrir, porquanto ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Esse argumento, todavia, não encontrou respaldo no Superior Tribunal de Justiça. Em valoroso acórdão, a 5.ª Turma compreendeu que o *nemo tenetur se detegere* não abrange a possibilidade de os acusados alterarem a cena do crime. *In ipsis litteris*:

"O delito de fraude processual não se confunde com o outro crime que esteja em apuração (neste caso, o de homicídio qualificado); é diverso o bem jurídico cogitado nesse tipo penal (a administração da Justiça), resguardando-se a atuação dos agentes judiciários contra fatores estranhos, capazes de comprometer a lisura da prova ou a correção do pronunciamento judicial futuro, estorvando ou iludindo o seu trâmite. [...] O direito à não autoincriminação não abrange a possibilidade de os acusados alterarem a cena do crime, inovando o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, para, criando artificiosamente outra realidade, levar peritos ou o próprio Juiz a erro de avaliação relevante".[131]

Consoante as judiciosas ponderações do Ministro Relator do HC 137.206, Napoleão Nunes Maia Filho, "uma coisa é o direito a não autoincriminação. O agente de um crime não é obrigado a permanecer no local do delito, a dizer onde está a arma utilizada ou a confessar. Outra, bem diferente, todavia, é alterar a cena do crime". A esse ponto não podemos chegar.

Não se autoincriminar é um direito do ser humano que não pode ser confundido, em hipótese alguma, com comportamentos atentatórios ao normal exercício da prestação jurisdicional. Desse modo, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de impedimento ou embaraçamento da persecução penal, seja ou não membro da organização criminosa.[132]

Pode figurar como sujeito ativo do crime até mesmo o advogado que exercita de forma *irregular, abusiva*, o seu múnus. Com efeito, em determinadas hipóteses, poderá incorrer no delito de "obstrução à justiça" o defensor que se vende para o crime organizado e passa a atuar como emissário de práticas delitivas voltadas para a destruição dos vestígios deixados pela organização, bem como aquele que se presta a esfacelar as provas – fora dos legítimos meandros do Poder Judiciário, por óbvio – que incriminam o seu cliente, embaraçando ou impedindo ardilosamente a persecução penal que envolva a criminalidade organizada.[133]

Nessa diretriz, Bitencourt e Busato ressaltam que "o advogado não é o destinatário da norma penal incriminadora. Contudo, aqueles que eventualmente desbordarem de sua profissão e transformarem-se em 'pombo-correio', levando e trazendo mensagens aos membros da organização, se tais condutas *embaraçarem* ou *atrapalharem* a investigação criminal, poderão, certamente, figurar como sujeito ativo desse crime".[134]

## 2.7 Sujeito passivo

Sendo o bem jurídico tutelado a Administração da Justiça, o sujeito passivo é o Estado.

## 2.8 Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade livre e consciente de impedir ou embaraçar a atividade persecutória criminal do Estado. Não se admite, pois, a forma culposa.

## 2.9 Consumação

A consumação do núcleo do tipo *impedir* se perfaz com a efetiva cessação da persecução penal, sendo, portanto, **crime material**; por seu turno, na modalidade de *embaraçar*, o **delito é formal** (de consumação antecipada ou de resultado cortado), porquanto restará consumado se, de qualquer modo, o sujeito atrapalhar ou perturbar o andamento normal da investigação ou do processo, ainda que não alcance a sua interrupção propriamente dita. Mas não basta, obviamente, "a simples manifestação de vontade ou a intenção do agente de embaraçar ou dificultar a realização da investigação, sob pena de punir simples 'intenções', aliás, de difícil comprovação".[135]

## 2.10 Tentativa

Para alguns (**1.ª corrente**), a tentativa é admissível em qualquer dos seus núcleos, embora seja ela mais difícil de se concretizar no que tange ao verbo *embaraçar*, porquanto o elemento normativo "de qualquer forma" amplia sobremaneira a possibilidade de consumação.[136] Para outros (**2.ª corrente**), contudo, a tentativa é admissível apenas quanto ao núcleo *impedir* – cuja fase executória pode ser fracionada –, sendo impossível na conduta de unissubsistente *embaraçar*.[137] Ainda, há quem entenda (**3.ª corrente**) que o tipo penal em estudo caracteriza um crime de atentado ou de empreendimento, sendo, pois, incompatível com a forma tentada. Estes crimes são aqueles em que a lei pune de forma idêntica a consumação e a tentativa, isto é, não há diminuição da pena em face do *conatus*. Para esta corrente, o núcleo embaraçar constituiria, por si só, uma tentativa do verbo impedir. Portanto, se o agente tenta impedir uma investigação de infração penal que envolva organização criminosa, mas não logra êxito por circunstâncias alheias à sua vontade, já se poderia vislumbrar uma consumada ação de embaraçamento.[138]

## 2.11 Ação penal

O crime é processado mediante a propositura de ação penal pública incondicionada.

## 2.12 Preceito secundário, causas de aumento de pena e Lei 9.099/1995

A pena para esse delito é a mesma prevista para o crime de "organização criminosa por natureza" (LCO, art. 2.º, *caput*), ou seja, reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas (sistema da cumulação das sanções). Essa equiparação sofreu críticas por parte da doutrina, que enxergou nela "ausência de razoabilidade, porque a gravidade objetiva da conduta não equivale àquela prevista no artigo 2.º".[139]

Em razão da aventada desproporcionalidade (**1.ª corrente**) da sanção, Eduardo Araujo Silva argumenta que o mais adequado é que o delito do art. 2.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013 seja punido de acordo com as "penas previstas para os crimes de favorecimento real ou pessoal previstos no Código Penal (arts. 348 e 349), conforme as circunstâncias do caso concreto".[140]

Também enxergando inconstitucionalidade no preceito secundário do art. 2.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013, o Partido Social Liberal ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.567,[141] porquanto seria desproporcional punir igualmente quem participa da organização criminosa e aquele que apenas embaraça a sua investigação.

Ouvida na reportada Adin, a Procuradoria-Geral da República, ressaltando o posicionamento externado pela Presidência da República, discordou (**2.ª corrente**) da cogitada inconstitucionalidade, pois o maior grau de reprovabilidade da *obstrução à justiça* está ligado ao fato de que um dos escopos da Lei 12.850/2013 foi alterar mecanismos de persecução penal e, dessa forma, garantir maior eficácia à produção de provas. Nessa medida, as condutas de indevidamente impedir ou embaraçar investigação de infração penal envolvendo organização criminosa podem ter o efeito de esvaziar um dos principais propósitos da lei, motivo pelo qual merecem mesmo maior repressão pelo legislador.

Ademais, a PGR defendeu a constitucionalidade do preceito secundário do crime do art. 2.º, § 1.º, sob a fundamentação de que a pena em abstrato "revela opção político-legislativa que, de acordo com o grau de reprovabilidade da conduta descrita no preceito incriminador, define a sanção correspondente", sendo certo que "a jurisprudência prevalecente do Supremo Tribunal Federal não admite intervenção do Judiciário em opção político-legislativa de cominação em abstrato de penas, sobretudo para substituí-la por sanções mais brandas".[142]

Em nossa ótica, não há nenhuma inconstitucionalidade a ser declarada pelo Supremo, porquanto "o delineamento da norma proibitiva implícita no tipo penal e a cominação da respectiva sanção estão sujeitas à liberdade de conformação do legislador, que realiza os juízos valorativos que lhe são próprios".[143]

Não é tarefa do Judiciário substituir o preceito secundário de um tipo pelo de outro, circunstância que "implicaria a formação de uma terceira lei, o que, via de regra, é vedado ao Judiciário".[144] Como há muito se tem reconhecido, ao Judiciário não é dado atuar como legislador positivo,[145] motivo pelo qual não lhe é permitido interferir nas escolhas feitas pelo Legislativo na edição da norma penal incriminadora.[146]

Noutro prisma, também é alvo de intensa discussão doutrinária a incidência das causas de aumento de pena inscritas nos §§ 2.º e 4.º do art. 2.º ao crime tipificado no art. 2.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013. A esse respeito, formaram-se duas correntes:

**1.ª corrente:** defendida por Renato Brasileiro de Lima, fundamenta-se no fato de o crime de "obstrução à justiça" fazer remissão às *penas* no plural ["*nas mesmas penas* incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa"], motivo pelo qual o ideal é concluir que as causas de aumento de pena deverão incidir não apenas em relação ao crime do art. 2.º, *caput*, mas também em relação à figura delituosa do § 1.º do art. 2.º.[147] É, também, como pensamos.

**2.ª corrente:** advogada por Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva, apregoa que "as aludidas causas de aumento de pena não têm qualquer relação com o crime de 'obstrução de justiça', mas sim guardam relação temática unicamente com o crime de 'participação em organização criminosa'. Estas causas de aumento de pena em nada agravariam afinal as condutas 'embaraçar' ou 'impedir' investigação de infrações penais envolvendo organização criminosa, afinal o bem jurídico protegido pelo crime de 'obstrução da justiça' é a Administração da Justiça, e não a paz pública".[148]

Noutro giro, em razão da pena cominada, o delito em estudo não se configura como infração penal de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/1995, art. 61), sendo incabível a transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76). Por também não ser infração penal de médio potencial ofensivo, ou seja, com pena mínima igual ou inferior a um ano, descabe a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89).

Estamos, portanto, diante de uma **infração penal de elevado potencial ofensivo** (pena mínima superior a um ano e pena máxima superior a dois anos), que afasta a incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

## 2.13 Classificação doutrinária

O crime é **simples** (ofende um único bem jurídico); **comum** (pode ser cometido por qualquer pessoa); **formal**, **de consumação antecipada** ou **de resultado cortado** (com relação ao núcleo *embaraçar*) e **material** (no que tange ao núcleo *impedir*); **acessório**, **de fusão** ou **parasitário** (em razão de pressupor a prévia existência do crime de organização criminosa); **de dano** (pois a consumação se produz com a efetiva lesão do bem jurídico); **de forma livre** (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); **comissivo** (os núcleos do tipo representam ações positivas); **instantâneo** ou **de estado** (pois a consumação se verifica em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **unissubjetivo**, **monossubjetivo** ou **de concurso eventual** (pode ser cometido por uma única pessoa); **plurissubsistente** (praticado em vários atos); e **de elevado potencial ofensivo** (pena mínima superior a um ano e pena máxima superior a dois anos).

## 2.14 Confronto com outros tipos penais

Por ser considerada **norma especial** em relação ao art. 344 do Código Penal, que institui o crime de coação no curso do processo, tratando-se de investigação (ou processo penal) de infração penal que envolva organização criminosa, se o agente empregar violência ou grave ameaça com o escopo de impedir ou embaraçar a persecução penal, será responsabilizado pelo delito previsto no § 1.º do art. 2.º da Lei 12.850/2013, sem prejuízo das penas correspondentes à violência praticada.

Por outro lado, é importante perceber que "a própria lei [LCO] prevê como crime outras condutas que podem comprometer a atividade de investigação – a revelação da identidade do colaborador (art. 18), a falsa imputação para fins de colaboração (art. 19), a quebra do sigilo das investigações (art. 20) e a omissão de dados cadastrais (art. 21) –, as quais, pois, **devem prevalecer** em relação ao tipo penal do § 1.º do art. 2.º da lei, pois a intenção do legislador foi de apená-las menos severamente".[149]

# 3. DOS CRIMES OCORRIDOS NA INVESTIGAÇÃO E NA OBTENÇÃO D PROVA

Em sua Seção V, a Lei do Crime Organizado introduziu em nosso ordenamento jurídico cinco novos tipos penais estampados nos arts. 18 a 21, todos ocorridos na investigação criminal e na obtenção da prova dentro do contexto da criminalidade organizada. O art. 3.º da Lei 12.850/2013, por sua vez, contempla vários meios especiais de obtenção da prova, a serem realizados em qualquer fase da persecução penal (durante a investigação ou o processo penal).

Insta desde logo registrar que a **competência** para o processo e julgamento desses crimes

"está diretamente relacionada à Justiça competente para o julgamento das infrações penais que figurem como objeto da investigação (ou da prova). Explica-se: se uma infiltração policial for determinada por um juiz federal para a investigação de organização criminosa especializada no tráfico internacional de drogas, eventual descumprimento de determinação do sigilo das investigações poderá tipificar o crime do art. 20 da Lei n.º 12.850/13. Como a infiltração policial foi determinada pela Justiça Federal, integrante do Poder Judiciário da União, não há como negar que a violação desse sigilo atenta contra os interesses da União. Por consequência, o crime do art. 20 também deverá ser processado e julgado pela Justiça Federal, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal".[150]

Esses ilícitos penais têm como característica comum a ofensa à atividade do Estado, razão pela qual visam tutelar a **Administração da Justiça**. Nas lições de Vicenzo Manzini, o bem jurídico genericamente protegido nos crimes contra a Administração Pública "é o interesse público concernente ao normal funcionamento e ao prestígio da administração pública em sentido lato,

naquilo que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade, ao decoro funcional e ao respeito devido à vontade do Estado em relação a determinados atos ou relações da própria administração".[151]

Importante observar, contudo, que, além desse bem jurídico, comum em todos os tipos penais grafados nos arts. 18 a 21 da Lei 12.850/2013, esses crimes também podem proteger outros bens jurídicos, conforme oportunamente veremos.

Para além do bem jurídico, existem outras **notas comuns** aos delitos inscritos na Seção V da Lei 12.850/2013, a saber: a) objetivo: proteger a eficácia das técnicas especiais de investigação vertidas no art. 3.º da LCO, no contexto da criminalidade organizada; b) ação penal: pública incondicionada; c) elemento subjetivo: dolo (todas infrações penais são incompatíveis com a modalidade culposa, por força do *princípio da excepcionalidade do crime culposo*); d) procedimento: rito ordinário (LCO, art. 22, *caput*), inclusive para os crimes de menor potencial ofensivo previstos no art. 21, *caput*, e seu parágrafo único (não se aplica nessa seara o disposto no art. 394, § 1.º, III, do CPP); e) prazo para encerramento da instrução: não poderá exceder a 120 dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu (LCO, art. 22, parágrafo único).

## 3.1 Identificação clandestina de colaborador

### *3.1.1 Dispositivo legal*

Art. 18 da Lei 12.850/2013: "Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa".

### *3.1.2 Introdução*

O tipo penal prevê três formas de se praticar o crime, todas voltadas para a identificação desautorizada do **colaborador** (elemento normativo do tipo), que é o sujeito que assina um **termo de colaboração premiada**, nos moldes do previsto no art. 4.º, §§ 6.º e 7.º, da Lei 12.850/2013, devidamente **homologado** pelo Poder Judiciário.

Como será visto adiante, esse sujeito goza de um verdadeiro **estatuto de proteção da intimidade e da incolumidade,**[152] a teor do que preconiza o art. 5.º da Lei do Crime Organizado:

"Art. 5.º São direitos do colaborador: I – usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II – ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III – ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV – participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V – não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI – cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados".

Para além de se tutelar a intimidade e até mesmo incolumidade física do colaborador, com o dito *estatuto protetivo* almeja-se garantir a plena eficácia da colaboração premiada, prevista no art. 3.º, I, da Lei do Crime Organizado como meio de obtenção da prova, mesmo porque, não raro, o colaborador poderá ser considerado "uma peça-chave no desmantelamento da criminalidade organizada".[153]

### *3.1.3 Objetividade jurídica*

O dispositivo legal em estudo tutela a Administração da Justiça e, indiretamente, a intimidade e a incolumidade física do colaborador, em razão de que, com a revelação desautorizada de sua identidade ou imagem, poderá suportar represálias por parte da organização criminosa.

### *3.1.4 Objeto material*

O objeto material do delito é a exposição desautorizada da identidade do colaborador ou o registro clandestino de sua imagem.

### *3.1.5 Núcleo do tipo*

O tipo penal pode se perfazer de três maneiras, a saber: a) *revelar a identidade*: significa "tirar o véu", dar conhecimento a terceiros acerca das características pessoais que se prestem a individualizar o colaborador, tais como nome, naturalidade, profissão, local de lotação, endereço etc. Obviamente, não se faz necessário que o agente do delito tome posse e exponha de qualquer forma os documentos de identificação civil (RG, CPF, CNH etc.) do colaborador; b) *fotografar o colaborador*: consiste na captação fotográfica da imagem do sujeito; c) *filmar o colaborador*: consiste no registro de sua movimentação em película cinematográfica.

As condutas só ganham relevância jurídica se infringem o que chamamos de "estatuto de proteção da intimidade e da incolumidade" do colaborador (LCO, art. 5.º). Ou seja, em qualquer dos núcleos do tipo a ação delitiva deve ser cometida **sem prévia autorização escrita do colaborador**, caso contrário, havendo a mencionada autorização, o fato será atípico.

Trata-se de **tipo penal misto alternativo** (**de ação múltipla**, **de condutas variáveis** ou **fungíveis**), haja vista que a lei penal descreve três condutas como hipóteses de realização de um mesmo crime, de maneira que a prática sucessiva dos diversos núcleos caracteriza um único delito. Assim, ainda que o sujeito ativo *fotografe, filme* e, evoluindo em sua conduta, *revele* a terceiros a identidade do colaborador, cometerá crime único.

### *3.1.6 Sujeito ativo*

Conforme o entendimento amplamente majoritário, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo desse

delito, não sendo exigida nenhuma qualidade ou condição especial do agente (crime comum), porquanto é perfeitamente possível que qualquer pessoa estranha ao acordo de colaboração premiada tome conhecimento acerca da identidade do colaborador e venha a devastar a sua intimidade, revelando seus dados a terceiros ou capturando sua imagem por fotografia ou filme. O fato de o acordo de colaboração ser sigiloso não constitui uma barreira intransponível contra o vazamento de informações sobre a qualificação do colaborador.

Entretanto, há quem entenda tratar-se de **crime próprio**, a exigir determinada qualidade ou condição do sujeito ativo. Nesse sentido:

"[...] somente podem ser sujeitos ativos desse crime as autoridades que participam desse *acordo de delação premiada*, bem como o respectivo defensor. São essas pessoas que têm ciência oficial dos termos do *acordo premial*, e, por conseguinte, o dever de sigilo. E, por expressa disposição do inciso V do art. 5.º, também os *meios de comunicação* podem ser sujeitos ativos desse crime. [...] Os demais cidadãos não são destinatários dessas obrigações ou deveres, não podendo ser, portanto, sujeitos ativos desse crime, por não reunirem nenhuma das condições suprarreferidas. [...] Assim, por exemplo, qualquer cidadão, profissional ou não, que venha a ter conhecimento, por qualquer razão, sobre a identidade do 'colaborador' não incorre na proibição penal contida neste art. 18. Sua conduta, se a praticar, será atípica, por faltar-lhe o dever de sigilo decorrente do ofício ou função".[154]

### *3.1.7 Sujeito passivo*

Tendo em vista que o novel tipo penal almeja tutelar a Administração da Justiça e a intimidade e integridade física do colaborador, os sujeitos passivos são o Estado e o colaborador. A manutenção do sigilo acerca da identificação do colaborador interessa tanto a ele quanto ao Estado.

### *3.1.8 Elemento subjetivo*

O dolo é o elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade de revelar a identidade, fotografar e/ou filmar a pessoa que o sujeito ativo sabe ser o colaborador, não se exigindo qualquer finalidade especial. Contudo, "havendo dúvida se a pessoa a ser identificada ou registrada por fotografias ou filmagens é ou não colaborador da Justiça pode configurar o dolo eventual".[155] O delito não se compraz com a forma culposa.

### *3.1.9 Consumação*

Com relação ao núcleo *revelar*, o crime se consuma quando a identidade do colaborador chega ao conhecimento de terceira(s) pessoa(s). Nessa hipótese, tem-se crime de perigo concreto, porquanto a consumação ocorre com a efetiva comprovação da ocorrência da situação de perigo.

No que importa às condutas de *fotografar* e/ou *filmar* o colaborador, a consumação se opera

com o próprio ato de filmar ou fotografar, ainda que não haja exposição da imagem do colaborador para quem quer que seja. Assim sendo, nesses casos, tem-se crime de perigo abstrato (presumido ou de simples desobediência), pois a potencialidade lesiva é presumida pela lei.

Em suma, o legislador em nenhum momento fez referência à necessidade de que a identidade do colaborador se torne *pública*, de conhecimento geral. Em verdade, na conduta de *revelar*, a exposição "não precisa ser feita a uma coletividade, bastando, por exemplo, que se exponha a identidade a uma única pessoa. Por seu turno, também os atos de *fotografar* ou *filmar* o colaborador não exigem que a imagem armazenada seja exposta ou publicada de alguma forma, bastando que esse registro seja feito *sem autorização* daquele".[156] Aliás, em qualquer dos verbos do tipo, o crime somente será consumado se a ação criminosa for cometida sem prévia autorização escrita do colaborador. Existindo essa autorização (escrita), o fato será atípico.

Na modalidade de *revelar a identidade*, o delito poderá se consumar, também, com a elaboração desautorizada de um **desenho ("retrato falado") ou caricatura** do colaborador. Nesse caso, é curial que a pintura guarde semelhanças com a imagem do colaborador (elevado grau de potencialidade de identificação) e, ainda, que o trabalho gráfico chegue ao conhecimento de terceiras pessoas. É que, por mais real e fidedigno que seja, não se pode dizer que um desenho caricato seja propriamente uma fotografia.

O crime é **formal** (de consumação antecipada ou de resultado cortado) em todos os núcleos, motivo pelo qual não se reclama o efetivo dano à Administração da Justiça, tampouco ao colaborador, sendo suficiente a probabilidade de lesão. Entretanto, o resultado naturalístico pode ocorrer quando, por exemplo, acarretar a ineficácia da colaboração ou, ainda, na hipótese em que a probabilidade de lesão ao colaborador convolar-se em dano concreto à sua vida ou integridade física.

Mas é de se perquirir: até que **momento** o crime do art. 18 pode ser cometido? A nosso aviso, enquanto houver sigilo. Não se pode olvidar que esse delito visa justamente preservar a eficácia da colaboração premiada, enquanto meio especial de obtenção de prova. Assim, se a avença já cumpriu o seu papel e deixou de ser sigilosa, o que invariavelmente ocorrerá com o recebimento da denúncia (LCO, art. 7.º, § 3.º), não nos parece que, após esse "termo final máximo" (Inq. 4435 Agr/DF, 1.ª Turma do STF), o descortinamento da identidade do colaborador possa agredir o bem jurídico principal tutelado pela norma (Administração da Justiça).

Assim, não tendo a lei criado a figura do *testemunho anônimo*,[157] é razoável compreender que, uma vez encerrado o sigilo do acordo de colaboração, eventual levantamento desautorizado da identidade do colaborador encerrará conduta atípica, até porque em nosso ordenamento jurídico "não há direito subjetivo do colaborador a que se mantenha, indefinidamente, a restrição de acesso ao conteúdo do acordo",[158] nem mesmo sob o argumento de que isso teria sido elemento constitutivo da avença. Destarte, não havendo quebra da sigilosidade apta a garantir a eficácia da técnica especial

de investigação, não há falar em crime.

### *3.1.10 Tentativa*

Em qualquer caso admite-se a tentativa, porquanto o *iter criminis* é cindível. Exemplo: "A" realiza todos os atos tendentes a revelar a identidade de colaborador e efetua a remessa de seus dados de qualificação, por correio, ao jornalista "B". Antes de chegar ao destinatário, a carta é interceptada e destruída por terceira pessoa, sem ser aberta. Ou seja, o crime somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Com relação aos núcleos *filmar* e *fotografar*, apesar de difícil configuração, a tentativa é possível.

### *3.1.11 Ação penal*

O crime é processado mediante a propositura de ação penal pública incondicionada.

### *3.1.12 Lei 9.099/1995*

Em razão da pena cominada, o delito em estudo não se configura como infração penal de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/1995, art. 61), sendo incabível a transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76). Entretanto, por possuir pena mínima igual ou inferior a um ano, é considerada **infração penal de médio potencial ofensivo**, sendo possível, em tese, a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89).

Dissemos ser cabível *em tese* porque, além de a pena mínima cominada ser igual ou inferior a um ano, hão de ser observados outros requisitos para a concessão do *sursis* processual, a saber: a) que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime; b) que estejam presentes os demais requisitos catalogados no art. 77 do Código Penal, em especial os disciplinados no inciso II ("a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício").

Em síntese, apesar de abstratamente ser cabível a suspensão condicional do processo, na análise do caso concreto, ausentes os demais requisitos, o Ministério Público poderá deixar de formular a proposta. Nesse sentido:

"A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do réu. Precedentes. Foram apresentados elementos concretos idôneos para motivar a negativa de suspensão condicional do processo".[159]

### *3.1.13 Classificação doutrinária*

O crime é **comum** (pode ser cometido por qualquer pessoa) – *há entendimento de que seria crime próprio*; **formal**, **de consumação antecipada** ou **de resultado cortado** (consuma-se com a prática da conduta criminosa, independentemente da superveniência do resultado naturalístico); **de perigo abstrato**, **presumido** ou **de simples desobediência** (a potencialidade lesiva é presumida pela lei, no que tange aos verbos *fotografar* e *filmar*); **de perigo concreto** (consuma-se com a efetiva comprovação, no caso concreto, da ocorrência da situação de perigo, no que importa ao núcleo *revelar*); **de forma livre** (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); **comissivo** (os núcleos do tipo representam ações positivas); **instantâneo** ou **de estado** (pois a consumação se verifica em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **unissubjetivo**, **monossubjetivo** ou **de concurso eventual** (pode ser cometido por uma única pessoa); **unissubsistente** ou **plurissubsistente** (conduta pode ser composta de um ou mais atos); e **de médio potencial ofensivo** (por possuir pena mínima igual ou inferior a um ano).

### *3.1.14 Consentimento do colaborador*

Em razão de o dissenso do colaborador vir expresso na literalidade do art. 18 da Lei 12.850/2013, o seu **consentimento escrito** redundará na **exclusão da própria tipicidade** da conduta. Contudo, o consentimento tácito ou verbal não gerará o mesmo efeito.

### *3.1.15 Identificação clandestina de agente infiltrado*

O art. 18 da Lei do Crime Organizado não fez referência ao *agente infiltrado*,[160] que também tem o seu próprio *estatuto de proteção da intimidade e da incolumidade*, por possuir os direitos de "ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário" (art. 14, III) e, especialmente, de "não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito" (art. 14, IV).

Nada mais coerente seria se o art. 18 tutelasse a intimidade e a incolumidade física não só do *colaborador*, mas também do *agente infiltrado*. Entretanto, essa não foi a opção do legislador.

Entrementes, isso não significa que a devassa desautorizada à identidade do agente infiltrado seja fato atípico. Muito pelo contrário. Em tal hipótese entra em cena o **art. 20 da Lei 12.850/2013**, que tipifica a conduta de "descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes", sancionando-a com pena até mais grave (reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa).

## 3.2 Colaboração caluniosa ou inverídica

### *3.2.1 Dispositivo legal*

Art. 19 da Lei 12.850/2013: "Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa".

### *3.2.2 Introdução*

De forma semelhante ao previsto no crime de calúnia (CP, art. 138), o artigo em questão tipifica a conduta do colaborador (**crime de mão própria**) consistente em imputar falsamente a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas.

A expressão "sob pretexto de colaboração com a Justiça", utilizada na formulação do tipo, há de ser compreendida em sentido técnico, ou seja, pressupondo a **necessária existência de acordo de colaboração premiada** (Lei 12.850/2013, art. 4.º, §§ 6.º e 7.º) devidamente homologado pelo Poder Judiciário.[161]

Chegamos a essa conclusão em razão de que na Seção V da Lei do Crime Organizado, dos arts. 18 a 21, o legislador criou os "crimes ocorridos na investigação e na obtenção da prova", sendo certo que a colaboração premiada é o primeiro "meio de obtenção da prova" arrolado no art. 3.º da Lei 12.850/2013. Ou seja, com os crimes da Seção V, na qual se insere o art. 19, o legislador buscou tipificar condutas que colocassem em risco os meios especiais de obtenção de prova, dentre os quais se encontra a colaboração premiada.

Portanto, a expressão "sob pretexto de colaboração com a Justiça" está intimamente relacionada à figura do colaborador (sujeito que assina um acordo de colaboração premiada devidamente homologado), apesar de reconhecermos que o termo utilizado pelo legislador é equívoco, porquanto pode levar à errônea conclusão de que qualquer pessoa que agisse com o *pretexto de colaborar com a justiça* poderia perpetrar o crime.[162] Demais disso, a norma incriminadora vertida no art. 19 da LCO **não alcança** os acordos de colaboração premiada celebrados fora do contexto da criminalidade organizada, em homenagem ao princípio constitucional da legalidade penal (CR/88, art. 5.º, XXXIX). Ante as elementares típicas que ostenta, o crime de colaboração caluniosa ou inverídica "circunscreve-se ao âmbito da colaboração concernente às organizações criminosas, e, mesmo assim, se tiver sido celebrado pacto entre o imputado e o Ministério Público, com expressa assunção de compromisso com a verdade, nos estritos moldes dos arts. 4.º a 7.º do citado diploma legal".[163]

De se notar que, com a regra da corroboração (LCO, art. 4.º, § 16) e a criminalização da colaboração caluniosa ou inverídica (LCO, art. 19), "o legislador brasileiro procurou neutralizar, em favor de quem sofre a imputação emanada de agente colaborador, os mesmos efeitos perversos da denunciação caluniosa revelados, na experiência italiana, pelo 'Caso Enzo Tortoza' (na década de 80), de que resultou clamoroso erro judiciário, porque se tratava de pessoa inocente, injustamente delatada por membros de uma organização criminosa napolitana ('Nuova Camorra Organizzata') que,

a pretexto de cooperarem com a Justiça (e de, assim, obterem os benefícios legais correspondentes), falsamente incriminaram Enzo Tortoza, então conhecido apresentador de programa de sucesso na RAI ('Portobello')".[164]

### *3.2.3 Objetividade jurídica*

O dispositivo legal em estudo tutela a Administração da Justiça e, em segundo plano, a honra da pessoa inocente contra a qual se imputou falsamente a prática de infração.

### *3.2.4 Objeto material*

O objeto material do delito pode ser tanto a imputação falsa (em si) da prática de infração penal a pessoa que sabe inocente, como também a própria revelação de informações inverídicas sobre a estrutura de organização.

### *3.2.5 Núcleo do tipo*

O "crime de colaboração caluniosa ou inverídica" pode ser cometido pelo colaborador de duas formas distintas, a saber: a) a primeira, doutrinariamente intitulada **colaboração caluniosa**, consiste em imputar (atribuir) falsamente (de maneira mendaz) a pessoa (certa e determinada) que sabe ser inocente (elemento normativo) a prática (autoria ou participação) de infração penal (crime ou contravenção penal) relacionada à organização criminosa; b) a segunda, chamada de **colaboração inverídica ou fraudulenta**, materializa-se com a ação de revelar (expor, dar conhecimento a terceiros) informações que sabe inverídicas (elemento normativo) acerca da estrutura de organização criminosa (Lei 12.850/2013, art. 1.º, § 1.º).

Apesar de reconhecer que a primeira parte do art. 19 da LCO seria mesmo "repugnante",[165] de modo a justificar a incriminação do delator, Dutra Santos sustenta que, "como as garantias ao silêncio e à não autoincriminação continuam a acompanhar o acusado, incriminá-lo por 'revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas', conforme prega a segunda parte do art. 19 da Lei n.º 12.850/13, mostra-se inconstitucional, encerrando manifestação de autodefesa".[166]

Discordamos desse ponto de vista por três razões: a) a *repugnância* é um critério subjetivo que não pode servir como parâmetro para aferição de (in)constitucionalidade. Ademais, para nós, a segunda parte do art. 19 é tão *repugnante* quanto a primeira; b) a conduta consistente em revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas pode mostrar-se mais grave que a ação de imputar falsamente a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, tal como ocorreria na hipótese em que, *revelando fraudulentamente a estrutura da organização criminosa*, o colaborador mendaz atribuísse a determinada pessoa que sabe inocente o posto de líder

máximo da *affectio criminis societatis*; c) como expusemos exaustivamente no Capítulo II, item 4.1.13 – para onde remetemos o leitor –, "**nos depoimentos que prestar, o colaborador** renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio[167] e **estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade**" (LCO, art. 4.º, § 14), não havendo nisso inconstitucionalidade alguma. Assim, enquanto viger o acordo de colaboração premiada, não há falar em direito ao silêncio, o qual somente poderá ser retomado com a retratação pelo colaborador (LCO, art. 4.º, § 10). Dessarte, a **quebra dolosa do compromisso com a verdade** poderá render azo à incidência do art. 19 da Lei 12.850/2013.

Ademais, com tais condutas típicas, o legislador procurou coibir a ação de "colaboradores pilotados", ou seja, que a prestação de falsas informações em razão do acordo de colaboração premiada pudesse turbar o trabalho das autoridades incumbidas da persecução penal, as quais poderiam desviar suas atenções para situações inverídicas que nada trariam de proveito para a descoberta da verdade. Entretanto, cabe observar que

"a falsidade estará presente quando o fato imputado jamais tiver ocorrido ou quando, a despeito de real o acontecimento, não fora o imputado seu verdadeiro autor. Por isso, se as informações reveladas pelo colaborador resultarem na efetiva identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa (art. 4.º, I), a veracidade da imputação terá o condão de afastar a tipicidade da conduta".[168]

O citado art. 19 consubstancia um **tipo penal misto alternativo** (**de ação múltipla**, **de condutas variáveis** ou **fungíveis**), haja vista que a lei penal descreve duas condutas como hipóteses de realização do mesmo crime, de maneira que a prática sucessiva de ambos os núcleos (*imputar* e *revelar*) caracteriza um único delito. Assim, ainda que o colaborador impute falsamente a prática de infração penal a terceira pessoa e, ainda, *revele* informações que sabe inverídicas acerca da estruturação da organização criminosa, cometerá crime único.

Em verdade, pois, o crime em estudo pode "referir-se a **dupla falsidade**, tanto sobre a participação do imputado como sobre a estrutura da dita organização que, aliás, pode nem se caracterizar como uma *organização criminosa*, não passando de simples invenção do dito 'delator premiado'".[169]

### *3.2.6 Sujeito ativo*

O sujeito ativo do crime é o colaborador. Trata-se, pois, de **crime de mão própria** (de atuação pessoal ou de conduta infungível), na medida em que somente pode ser praticado pela pessoa expressamente indicada no tipo penal (LCO, art. 19).

Tais crimes não admitem coautoria,[170] mas somente participação, pois a lei não permite delegar a execução do crime a terceira pessoa. Como a lei prevê que em todos os atos de negociação,

confirmação e execução do acordo de colaboração premiada, o colaborador deverá estar assistido por defensor (LCO, art. 4.º, § 15), é possível que o advogado, atuando como partícipe, induza, instigue ou auxilie o sujeito ativo a praticar qualquer (ou ambas) das condutas típicas vertidas no art. 19, mas não poderá ser o autor desse crime.

### *3.2.7 Sujeito passivo*

Como o tipo penal almeja tutelar a Administração da Justiça e, mediatamente, a honra da pessoa inocente (na primeira parte no art. 19 da LCO), os sujeitos passivos são o Estado e a pessoa a quem o colaborador imputou falsamente a prática de infração penal.

### *3.2.8 Elemento subjetivo*

O elemento subjetivo do tipo é o **dolo direto**, não sendo exigida nenhuma finalidade especial.[171] Não há espaço para o dolo eventual, pois, como consta do art. 19 da Lei do Crime Organizado, o sujeito ativo imputa falsamente a prática de infração penal a pessoa que *sabe* ser inocente ou, ainda, revela informações sobre a estrutura da organização criminosa que *sabe* inverídicas.[172]

Assim sendo, havendo séria *dúvida* acerca da responsabilidade penal da pessoa contra a qual é imputada a prática de infração penal ou quanto à veracidade das informações prestadas sobre a estrutura da organização criminosa, ficará afastada a incidência do tipo penal em estudo, que não se satisfaz com o dolo eventual.[173] Também não há a forma culposa.

### *3.2.9 Consumação*

O crime é **formal** (de consumação antecipada ou de resultado cortado), não reclamando para a sua consumação o efetivo prejuízo para a Administração da Justiça ou mesmo lesão à honra da pessoa contra a qual se imputou falsamente a prática de infração penal, sendo suficiente a probabilidade de lesão.

Como dito linhas atrás, o art. 19 pressupõe a existência de acordo de colaboração premiada (LCO, arts. 4.º, §§ 6.º e 7.º) homologado pelo Poder Judiciário e **consuma-se** na ocasião em que o colaborador, perante a autoridade, faz imputação falsa de infração penal a pessoa que sabe ser inocente e/ou presta informações inverídicas sobre a estrutura de organização criminosa.

De maneira oposta ao que ocorre com o delito de denunciação caluniosa (CP, art. 339), que é um delito material e se consuma com a efetiva instauração da investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, o crime de "colaboração caluniosa ou inverídica" (LCO, art. 19) se consuma **independentemente** de qualquer providência oficial das autoridades constituídas.

Em síntese, para que o tipo penal do art. 19 seja consumado, basta que o sujeito ativo impute

falsamente a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente ou que revele informações sobre a estrutura da organização criminosa que sabe inverídicas, dispensando-se a instauração de procedimento (em sentido amplo) próprio com o objetivo de apurar a falsa imputação, até porque as declarações do colaborador são prestadas "no bojo de investigação criminal relativa a uma organização criminosa, logo, seus membros já são objetos de investigação".[174]

Entretanto, se as declarações do colaborador mendaz ensejarem a instauração de investigação contra quem, até o momento, não era investigado, e tendo em vista que o crime previsto no art. 19 da LCO é a semente do delito grafado no art. 339 do CP – punido com pena bem maior: dois a oito anos de reclusão e multa –, ter-se-á a migração da primeira parte do art. 19 da Lei 12.850/2013 para a denunciação caluniosa.[175]

### *3.2.10 Tentativa*

Apesar de difícil configuração, é possível que o crime não se consume por circunstâncias alheias à vontade do agente. Eduardo Araujo da Silva[176] cogita a hipótese em que, tendo sido prestada a informação falsa, o depoimento por alguma razão não se encerra. Por seu turno, Luiz Regis Prado exemplifica a possibilidade do *conatus* na hipótese de a ação ser realizada por escrito e o documento vir a ser interceptado pelo próprio sujeito passivo.[177]

### *3.2.11 Ação penal*

O crime é processado mediante a propositura de ação penal pública incondicionada.

### *3.2.12 Lei 9.099/1995*

Em razão de o delito em estudo não ser considerado de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/1995, art. 61), a transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76) é incabível.

Por possuir pena mínima igual ou inferior a um ano, o art. 19 da LCO configura **infração penal de médio potencial ofensivo**, sendo possível, em tese, a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89), desde que: a) o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime; b) estejam presentes os demais requisitos catalogados no art. 77 do Código Penal, em especial os disciplinados no inc. II ("a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício").

Dessarte, apesar de abstratamente ser cabível o *sursis* processual, na análise do caso concreto, ausentes os demais requisitos para a concessão do benefício, o Ministério Público poderá deixar de formular a proposta.[178]

### *3.2.13 Classificação doutrinária*

O crime é **de mão própria**, **de atuação pessoal** ou **de conduta infungível** (somente pode ser autor do crime o sujeito expressamente indicado no tipo penal); **formal**, **de consumação antecipada** ou **de resultado cortado** (consuma-se com a prática da conduta criminosa, independentemente da superveniência do resultado naturalístico); **de perigo abstrato**, **presumido** ou **de simples desobediência** (a potencialidade lesiva é presumida pela lei); **de forma livre** (podendo ser cometido por qualquer meio – escrito, palavras e gestos – eleito pelo agente); **comissivo** (os núcleos do tipo representam ações positivas); **instantâneo** ou **de estado** (pois a consumação se verifica em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **unissubjetivo**, **monossubjetivo** ou **de concurso eventual** (pode ser cometido por uma única pessoa, mas admite participação por ser crime de mão própria); **unissubsistente** ou **plurissubsistente** (conduta pode ser composta de um ou mais atos); e **de médio potencial ofensivo** (por possuir pena mínima igual ou inferior a um ano).

### *3.2.14 Término da investigação ou do processo penal*

Uma questão que tem causado divergência doutrinária é a seguinte: É possível a instauração de investigação criminal ou a propositura de ação penal pelo crime de "colaboração caluniosa ou inverídica" (LCO, art. 19) enquanto não finalizado o processo penal em que a versão do colaborador reputada falsa foi prestada? Dito de outro modo, a conclusão do processo penal em que foi lançada a versão caluniosa ou inverídica pelo colaborador funciona como questão prejudicial? Dois entendimentos formaram-se a respeito:

**1.ª corrente:** Propugna que a deflagração da investigação ou a propositura da ação penal pelo delito do art. 19 da Lei do Crime Organizado não depende do encerramento do processo em que ocorreu a falsa colaboração, em razão de que "não existe essa condição na Lei".[179] Ademais, "em seus arts. 92 e 93, o Código de Processo Penal autoriza o reconhecimento da prejudicialidade e consequente suspensão do processo apenas quando se tratar de questões prejudiciais heterogêneas, ou seja, questões referentes a outros ramos do direito (*v.g* ., direito civil, empresarial, tributário etc.). Como o reconhecimento da falsidade da imputação do colaborador diz respeito ao Direito Penal, cuida-se de questão prejudicial homogênea, logo, passível de apreciação pelo próprio juiz criminal, independentemente da decisão definitiva do processo instaurado contra o pretenso colaborador".[180]

**2.ª corrente:** Defende ser "fundamental o término da investigação criminal ou do processo para que se possa julgar corretamente o delito do art. 19. Na realidade, é uma medida de ordem prática, que envolve uma questão prejudicial facultativa, vale dizer, o juiz pode suspender o feito até que se conheça a conclusão do processo relativo à denunciação caluniosa".[181]

A razão está com a primeira corrente. Além do que já foi explanado, não se pode olvidar que o art. 19, como todos os demais crimes criados pela Lei 12.850/2013, é perseguido mediante ação penal pública incondicionada, a qual é regida pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade.

### *3.2.15 Retratação*

Retratar-se é desdizer-se, confessar que errou, revelando o arrependimento do responsável pela infração penal.

Tem cabimento como causa de extinção da punibilidade **apenas** nos casos em que a lei a admite (art. 107, VI, do CP). É o que ocorre, exemplificativamente, quando o querelado, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação (art. 143 do CP). Por esse motivo, não extingue a punibilidade no crime de injúria, pois nessa situação não foi expressamente prevista.

Pois bem. Tendo em vista que o crime do art. 19 da Lei do Crime Organizado guarda estreitas semelhanças com o delito de calúnia (art. 138 do CP), seria possível que a retratação quanto à imputação falsa de crime à pessoa que sabe inocente redundasse na extinção da punibilidade do colaborador arrependido?

Entendemos que não, pelas seguintes razões: **a)** até mesmo em relação ao crime de calúnia a retratação somente é possível quando a infração por perseguida por ação penal privada, conforme a dicção do art. 143 do Código Penal. Portanto, a retratação no crime de calúnia processado mediante ação penal pública (ex.: contra funcionário público) não extingue a punibilidade. Dessarte, sendo o art. 19 da Lei 12.850/2013 processado por ação penal pública, não seria mesmo o caso de a retratação gerar esse efeito extintivo; **b)** não há de se confundir a possibilidade de *retratação do acordo de colaboração premiada*, prevista no art. 4.º, § 10, da Lei do Crime Organizado, com a *retratação quanto à imputação falsa de infração penal a pessoa que sabe inocente*, cuja previsão legal é inexistente.

Assim, em razão de o delito ser processado mediante ação penal pública incondicionada, por se consumar com a simples imputação falsa de prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, e, sobretudo, por faltar previsão legal, a retratação da imputação não tem o condão de extinguir a punibilidade do colaborador.

## 3.3 Violação de sigilo nas investigações

### *3.3.1 Dispositivo legal*

Art. 20 da Lei 12.850/2013: "Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos,

e multa".

### *3.3.2 Introdução*

Ao se investigar uma organização criminosa, seus membros, sua estrutura, seu foco de atuação e, sobretudo, os crimes dela decorrentes, o sigilo haverá de ser a palavra de ordem entre todas as autoridades e servidores envolvidos nessa primeira etapa da persecução penal.

Esse sigilo pode ser decretado pelo magistrado a fim de garantir a celeridade e a eficácia das diligências investigatórias, conforme a previsão do art. 23 da Lei 12.850/2013, ou decorrer da própria lei (*ope legis*), tal como ocorre na **ação controlada** (LCO, art. 8.º, §§ 1.º a 3.º) – que consiste em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações – e com o pedido de **infiltração de agentes de polícia** em tarefas de investigação (LCO, arts. 10 e 12).

Não há nada pior para o bom andamento de uma investigação criminal, especialmente as mais sensíveis, como as que buscam desmantelar uma organização criminosa, que o vazamento de informações sigilosas. Além de macular a eficácia das atividades investigatórias, a quebra do sigilo pode irradiar efeitos nefastos para a ação penal a ser proposta e, ainda, expor a intenso risco o agente policial que se infiltrou na organização exatamente para buscar conhecer o seu "DNA".

O art. 20 da Lei 12.850/2013, valendo-se de variados elementos normativos ("determinação de sigilo", "ação controlada" e "infiltração de agentes"), tipifica como crime a conduta daquele que descumpre determinação de sigilo das investigações (e do processo, conforme nosso entendimento) que envolvam a *ação controlada* e a *infiltração de agentes*, ambos meios especiais de obtenção de prova (LCO, art. 3.º, II e VII). A violação de outros *sigilos* que envolvam a função pública pode encontrar adequação típica no art. 325 do Código Penal.

### *3.3.3 Objetividade jurídica*

O objeto jurídico é a Administração da Justiça e, ainda, a incolumidade física do agente infiltrado e/ou do executor da ação controlada, haja vista que a revelação de informações sigilosas sobre investigações em curso pode comprometer-lhes a segurança.

### *3.3.4 Objeto material*

O objeto material do delito é a determinação de sigilo descumprida.

### *3.3.5 Núcleo do tipo*

O núcleo do tipo penal vem expresso no verbo *descumprir*, que significa deixar de acatar, não se submeter. Pode ser levado a cabo pela **ação** de expor dado sigiloso acerca de investigação que envolva a ação controlada e a infiltração de agentes ou, ainda, pela **omissão**, havida quando o sujeito ativo consente intencionalmente, com o seu não agir, que terceira pessoa desautorizada acesse os dados que deveriam ser protegidos pelo sigilo.

Assim, o art. 20 da Lei 12.850/2013 criminaliza a conduta do servidor público (sujeito ativo) que descumpre (deixa de observar) determinação (legal ou judicial)[182] de sigilo (segredo) das investigações (em sentido lato, a englobar qualquer procedimento de investigação criminal e o processo penal) que envolvam a ação controlada (LCO, art. 8.º, §§ 1.º a 3.º) e a infiltração de agentes (LCO, arts. 10 e 12).

Muito embora a observância do sigilo possa perdurar durante toda a persecução penal, abrangendo tanto a fase investigatória como a processual, é de se observar que o art. 20 tipifica literalmente apenas a conduta de descumprir determinação de **sigilo das investigações**.

Dessa forma, para uma **1.ª corrente**,[183] não se inclui na previsão do art. 20 da Lei 12.850/2013 a quebra do sigilo do *processo penal* que envolva a ação controlada e a infiltração de agentes, circunstância que pode se subsumir na prescrição normativa do art. 325 do Código Penal. Para nós (**2.ª corrente**), todavia, o termo *investigações* assume uma definição para além (interpretação extensiva) do procedimento investigatório (IP ou PIC), razão pela qual alcança o **processo penal**. Deve-se ampliar o significado da expressão até fazê-la coincidir com o espírito da lei.[184] Com efeito, "as diligências investigativas, incluídas a ação controlada e a infiltração de agentes, além dos demais meios de obtenção de prova, são permitidos em qualquer fase da persecução penal, conforme dispõe expressamente o artigo 3.º da Lei 12.850/2013".[185]

Conclui-se, portanto, que o art. 20 da Lei do Crime Organizado encerra norma especial em relação ao crime ao art. 325 do Código Penal. Dessa maneira, se o sujeito ativo a quem compete resguardar o sigilo de determinada investigação (*lato sensu*) que envolva a prática da ação controlada e a medida de infiltração de agentes descumprir determinação de sigilo revelando fatos secretos a terceira(s) pessoa(s) ou facilitando essa revelação, prevalecerá o art. 20 da Lei 12.850/2013 sobre o art. 325 do Código Penal, em razão do **princípio da especialidade**.

### *3.3.6 Sujeito ativo*

O sujeito ativo do delito é o servidor público a quem compete resguardar o sigilo – imposto por lei ou judicialmente – da investigação que envolva os meios de obtenção de prova chamados *ação controlada* e *infiltração de agentes*. Portanto, trata-se de **crime próprio**,[186] que admite a participação[187] de *extraneus* (particular fora dos quadros funcionais) e o cometimento em coautoria, como na hipótese em que duas ou mais pessoas dotadas das condições especiais reclamadas pela lei executam conjuntamente o núcleo do tipo.[188]

Importa lembrar aqui a lição de Rogério Greco, que, apesar de escrita tendo como foco o art. 325 do Código Penal, também se ajusta ao tipo penal em exame:

"Existe uma especial relação de confiança entre a Administração Pública e o seu funcionário, ocupante de um cargo público, que não pode ser quebrada, traída. O *intraneus*, ou seja, aquele que está 'dentro' da Administração Pública, passa a ter conhecimento sobre fatos que, não fosse pela sua especial condição, lhe seriam completamente desconhecidos.
Seu dever de lealdade para com a Administração Pública impõe que, em muitas situações, guarde segredo sobre determinados fatos. Sua indevida revelação a terceiros não autorizados poderá importar na prática do delito [...]".[189]

### *3.3.7 Sujeito passivo*

Os sujeitos passivos do crime são o Estado e, indiretamente, o agente infiltrado e/ou do executor da ação controlada.

### *3.3.8 Elemento subjetivo*

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, não se exigindo nenhum elemento subjetivo específico nem mesmo a finalidade de obtenção de qualquer vantagem com a devassa do sigilo. Também não é admitida a modalidade culposa.

### *3.3.9 Consumação*

A consumação do crime se opera com o descumprimento – dar por um *agir* ou por uma *inação* – do dever de sigilo, circunstância verificável quando terceira pessoa toma conhecimento da ação controlada e/ou da infiltração de agentes.

É indiferente que a quebra do sigilo se dê mediante o repasse de informações a outro servidor que não tinha acesso aos dados secretos ou a um *extraneus*, pois, em qualquer caso, a infração penal restará consumada.

Trata-se, pois, de crime **formal** (de consumação antecipada ou de resultado cortado), não reclamando para a sua consumação o efetivo prejuízo para a Administração da Justiça ou mesmo lesão à incolumidade física do agente infiltrado e/ou do executor da ação controlada, sendo suficiente a probabilidade de lesão.

Note-se, entrementes, que, por sua própria natureza, ao menos teoricamente o delito do art. 20 é mais suscetível aos erros de tipo e de proibição que outras infrações penais. Assim, por exemplo, "se o exercente da função policial revelar ato ou diligência que teve ciência em razão de sua função, mas desconhecendo que havia determinação de sigilo, incorre em *erro de tipo*, por ignorar a existência dessa elementar típica, cuja *evitabilidade* ou *inevitabilidade* deve ser apurada. Se, no

entanto, acreditar, por exemplo, que, por exercer transitória ou temporariamente o cargo, não está obrigado a guardar sigilo, incorre em *erro de proibição*; nessa hipótese, não *erra* sobre uma elementar do tipo, mas sobre a ilicitude da conduta. Logicamente, dever-se-á examinar a *evitabilidade* ou *inevitabilidade do erro*".[190]

### *3.3.10 Tentativa*

Embora de difícil aferição na práxis, o crime em tela admite o *conatus*. Exemplo: O funcionário público encaminha a terceiro uma fotocópia dos autos de uma investigação criminal sigilosa que envolva as medidas probatórias de ação controlada e infiltração de agente, mas o documento é extraviado e não chega ao seu destinatário.

No descumprimento verbal da determinação de sigilo não há falar em tentativa, pois nesse caso o crime é unissubsistente: ou o funcionário público quebra o sigilo, consumando-se o delito, ou não o faz, e o fato é atípico.

### *3.3.11 Ação penal*

O crime é processado mediante a propositura de ação penal pública incondicionada.

### *3.3.12 Lei 9.099/1995*

Por possuir pena mínima igual ou inferior a um ano, o art. 20 da LCO configura **infração penal de médio potencial ofensivo**, sendo possível, em tese, a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89), desde que: a) o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime; b) estejam presentes os demais requisitos catalogados no art. 77 do Código Penal, em especial os disciplinados no inc. II ("a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício").

Apesar de abstratamente ser cabível a suspensão condicional do processo, na análise do caso concreto, ausentes os demais requisitos para a concessão do benefício, o Ministério Público poderá deixar de formular a proposta.

### *3.3.13 Classificação doutrinária*

O crime é **próprio** (apenas quem reúne as condições especiais previstas na lei pode praticar o delito); **formal**, **de consumação antecipada** ou **de resultado cortado** (consuma-se com a prática da conduta criminosa, independentemente da superveniência do resultado naturalístico); **de perigo abstrato**, **presumido** ou **de simples desobediência** (a potencialidade lesiva é presumida pela lei); **de forma livre** (podendo ser cometido por qualquer meio escolhido pelo agente); **comissivo** ou

**omissivo** (o descumprimento pode se dar por um *agir* ou por uma *inação*); **instantâneo** ou **de estado** (pois a consumação se verifica em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **unissubjetivo**, **monossubjetivo** ou **de concurso eventual** (pode ser cometido por uma única pessoa); **unissubsistente** ou **plurissubsistente** (conduta pode ser composta de um ou mais atos); e **de médio potencial ofensivo** (por possuir pena mínima igual ou inferior a um ano).

### *3.3.14 Descumprimento do sigilo na colaboração premiada*

O art. 20 da Lei do Crime Organizado se limitou a tipificar a conduta de descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a *ação controlada* e a *infiltração de agentes*, sem fazer referência à *colaboração premiada*.

Essa circunstância levou Renato Brasileiro de Lima a ponderar que:

"Estranhamente, o tipo penal do art. 20 incrimina a conduta de descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam exclusivamente a ação controlada e a infiltração de agentes. Por conseguinte, **se houver o descumprimento de determinação de sigilo das investigações que envolvam a colaboração premiada –** o art. 7.º, *caput*, da Lei n.º 12.850/13, dispõe que o pedido de homologação do acordo de colaboração premiada será sigilosamente distribuído –, não haverá perfeita subsunção ao tipo penal do art. 20 da Lei n.º 12.850/13. Nesse caso, **restará como soldado de reserva o crime de violação de sigilo funcional previsto no art. 325 do CP** ('Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação')".[191]

Advirta-se, por necessário, que a situação anteriormente descrita – que trata do descumprimento da determinação do sigilo legal referente ao pedido de homologação do acordo de colaboração premiada e sua distribuição (LCO, art. 7.º) – é bem diversa daquela prevista no art. 18 da Lei 12.850/2013, que criminaliza a conduta de revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito.

Em síntese, **(a)** o art. 20 da LCO não alcança a conduta de descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam *colaboração premiada*; **(b)** devassado o sigilo a que alude o art. 7.º da LCO, poderá incidir na hipótese o crime de violação de sigilo funcional (CP, art. 325); **(c)** a revelação da identidade e os atos de fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito, configuram o tipo penal do art. 18 da LCO.

## 3.4 Sonegação de informações requisitadas

### *3.4.1 Dispositivo legal*

Art. 21 da Lei 12.850/2013: "Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e

informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa".

### *3.4.2 Introdução*

A Seção IV da Lei 12.850/2013 disciplinou o acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações, preconizando taxativamente (art. 15) que o delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, **independentemente de autorização judicial**, (apenas) aos **dados cadastrais do investigado**.

Compreende-se na expressão **dados cadastrais do investigado** "a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de *internet* e administradoras de cartão de crédito" (art. 15).

Além dessas informações, é possível o **acesso direto (sem autorização judicial)** e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia, junto às empresas de transporte, "aos bancos de dados de reservas e registro de viagens" (art. 16).

Ainda, preconiza a Lei do Crime Organizado que as concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição dos membros do Ministério Público e dos delegados de polícia, "registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais" (art. 17).

De se notar que o art. 17 não repetiu as expressões "acesso independentemente de autorização judicial" e "acesso direto", como o fizeram os arts. 15 e 16, respectivamente. Em razão disso, paira divergência na doutrina acerca da possibilidade de acesso direto (sem autorização judicial) pelos membros do Ministério Público e delegados de polícia aos registros das ligações realizadas e recebidas (quebra de sigilo telefônico) pelo investigado/réu, conforme oportunamente será visto.

### *3.4.3 Objetividade jurídica*

A objetividade jurídica é a Administração da Justiça. O Estado tem legítimo interesse no fiel cumprimento das requisições emanadas do Poder Judiciário, do Ministério Público e da polícia judiciária, a fim de que seja possibilitada uma eficiente persecução penal, especialmente em se tratando de criminalidade organizada.

### *3.4.4 Objeto material*

O objeto material do delito são os dados cadastrais, registros, documentos e informações legitimamente requisitados e ilegalmente sonegados.

### *3.4.5 Núcleo do tipo*

Como visto anteriormente, o tipo penal prevê como crime as condutas de *recusar* (não conceder; rejeitar) ou *omitir* (preterir; olvidar; deixar de fazer) "dados cadastrais, registros, documentos e informações" requisitadas pelo juiz, pelo membro do Ministério Público ou por delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo.

Podem, portanto, ser objeto de requisição:

"**a) dados cadastrais** – são as informações ou os dados relativos ao nome, filiação, idade, formação, antecedentes, atividades desenvolvidas, trabalhos realizados, enfim, todas as informações pregressas relativas a pessoas, instituições, entidades públicas ou privadas em geral; **b) registros** – são anotações, apontamentos, feitos ou realizações, atividades desenvolvidas ou acontecimentos promovidos ou dos quais participou, enfim, tudo a respeito do objeto da investigação; **c) documentos** – que podem ser públicos (confeccionados por servidor público no exercício de sua função) ou particulares (por exclusão, que não sejam confeccionados por servidor público) e que tenham idoneidade para servir de prova legítima; enfim, documento é todo instrumento que sirva de base material para registrar manifestação de vontade, incluindo-se o que passamos a denominar 'documentos eletrônicos', tais como discos, CDs e DVDs; **d) informações** – são todos e quaisquer outros dados, elementos, motivos, circunstâncias, peculiaridades relativos aos objetos da investigação que possam interessar à autoridade requisitante".[192]

Trata-se de **tipo penal misto alternativo** (**de ação múltipla**, **de condutas variáveis** ou **fungíveis**), pois a lei penal descreve duas condutas como hipóteses de realização de um mesmo crime. Assim, se o autor omite (conduta omissiva) as informações requisitadas e, quando novamente instado a fazê-lo, dentro no mesmo contexto fático, recusa (ação negativa-positiva de repulsa ao conteúdo da requisição) o fornecimento, apenas um delito será caracterizado.

O crime somente se perfaz se os dados cadastrais, registros, documentos e informações omitidos ou recusados forem materializados em "requisições" expedidas "pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia", no curso de investigação ou do processo que envolva criminalidade organizada.

Por ter força de ordem, a requisição legal – verdadeira determinação – não pode ser descumprida pelo destinatário. Contudo, se a autoridade requisitante pretender alcançar medida impossível de ser concedida mediante requisição, por demandar, por exemplo, decisão judicial (*v.g*., interceptação das comunicações telefônicas), obviamente o destinatário da ordem *manifestamente ilegal* não será obrigado a cumpri-la. Pelo contrário, se o fizer, poderá incorrer em algum tipo penal, sendo exemplo disso o disposto no art. 10 da Lei 9.296/1996.

### *3.4.6 Sujeito ativo*

Na doutrina, há forte entendimento no sentido de que o crime é comum (**1.ª corrente**),[193] podendo ser cometido por qualquer pessoa.

Divergimos desse ponto de vista. Para nós, o crime é **próprio (2.ª corrente),**[194] porquanto o tipo penal exige uma situação fático-jurídica diferenciada por parte do sujeito ativo. Assim sendo, o sujeito ativo do delito de *sonegação de informações requisitadas* é a pessoa a quem foi dirigida a requisição e que tenha o poder-dever de cumpri-la. Portanto, a infração penal não pode ser praticada por qualquer pessoa, mas apenas por quem tenha o dever de atender às requisições formuladas pelo Juiz, Promotor de Justiça ou delegado de polícia.

O crime admite coautoria e participação.

### *3.4.7 Sujeito passivo*

O sujeito passivo do crime é o Estado, atingido pelo descumprimento das requisições legitimamente exaradas por seus agentes (delegado de polícia, juiz ou membro do Ministério Público).

A autoridade cuja requisição foi descumprida não é *vítima* desse delito, haja vista que atua de forma impessoal, em nome do Estado.

### *3.4.8 Elemento subjetivo*

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, traduzido na vontade consciente de recusar ou omitir os dados cadastrais, registros, documentos e/ou informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo.

Não há exigência de nenhum elemento subjetivo especial do injusto, tampouco a finalidade de obtenção de qualquer vantagem com o descumprimento da requisição. Também não é admitida a modalidade culposa.

### *3.4.9 Consumação*

A consumação do crime se opera com a recusa ou a omissão dos dados cadastrais, registros, documentos e/ou informações requisitadas pelo juiz, pelo membro do Ministério Público ou por delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo, independentemente da ocorrência de dano que, se houver, constituirá mero exaurimento do delito.

Calha observar que, na modalidade da *recusa*, o crime se consuma com a exteriorização desta, ou seja, com a negativa da prestação das informações – ainda que parcial – do sujeito ativo. Já na forma da *omissão*, a consumação ocorre com o escoamento *in albis* do prazo fixado pela autoridade para cumprimento da diligência. Sem a fixação de prazo para cumprimento, não se pode falar em omissão.[195]

Em qualquer de seus núcleos o crime é **formal** (de consumação antecipada ou de resultado cortado), não reclamando para a sua consumação, como adiantado, efetivo prejuízo para a

Administração da Justiça.

### *3.4.10 Tentativa*

Embora de difícil configuração, o crime admite o *conatus* no que tange ao núcleo *recusar*. Entretanto, com relação ao núcleo *omitir*, o delito não admite tentativa. Isso porque a descrição da conduta prevê a realização da infração penal por meio de uma conduta negativa (crime **omissivo próprio** ou **puro**).

### *3.4.11 Ação penal*

O crime é processado mediante a propositura de ação penal pública incondicionada.

### *3.4.12 Lei 9.099/1995*

Por possuir pena máxima de 2 (dois) anos de reclusão, o art. 21 da LCO configura **infração penal de menor potencial ofensivo**, nos termos do art. 61 da Lei 9.099/1995. Destarte, tornam-se cabíveis, em tese, a transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76) e a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89), conquanto o delito se processe pelo **rito ordinário** (LCO, art. 22, *caput*).[196]

Apesar de abstratamente possível a concessão dos aludidos benefícios, na análise do caso concreto, ausentes os demais requisitos exigidos pela lei (*vide*: art. 76, § 2.º, da Lei 9.099/1995, para a transação penal; e art. 77 do Código Penal, para a suspensão condicional do processo), o Ministério Público poderá deixar de formular as propostas.

### *3.4.13 Classificação doutrinária*

O crime é **próprio** (apenas quem reúne as condições especiais previstas na lei pode praticar o delito), havendo entendimento no sentido de que o delito é comum; **formal**, **de consumação antecipada** ou **de resultado cortado** (consuma-se com a prática da conduta criminosa, independentemente da superveniência do resultado naturalístico); **de forma livre** (podendo ser cometido por qualquer meio escolhido pelo agente); **comissivo** (na modalidade *recusar*) ou **omissivo** (na forma *omitir*) ; **instantâneo** ou **de estado** (pois a consumação se verifica em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **unissubjetivo**, **monossubjetivo** ou **de concurso eventual** (pode ser cometido por uma única pessoa); **unissubsistente** (na forma omissiva) ou **plurissubsistente** (na modalidade da recusa, que pode ser composta de um ou mais atos); e **de menor potencial ofensivo** (por possuir máxima não superior a dois anos).

### *3.4.14 Confronto com outros tipos penais*

O delito previsto no art. 21 da Lei 12.850/2013 não se confunde com o crime do art. 330 do

Código Penal, norma geral que consagra o crime de desobediência. A infração penal trazida pela Lei do Crime Organizado é, pois, **especial**, em razão do acréscimo de outros elementos especializantes não previstos no crime genérico.

O tipo penal em estudo também se diferencia sobremaneira do delito prevaricação, vertido no art. 319 do Código Penal. Para a configuração deste, é necessário "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, *para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*". Assim, o crime de prevaricação só se perfaz diante desse especial fim de agir, inexistente no crime especial (LCO, art. 21).

A sonegação de informações requisitadas, delineada pelo art. 21 da Lei do Crime Organizado, diferencia-se também das infrações penais petrificadas no art. 10 da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública)[197] e no parágrafo único do art. 10 da Lei Complementar 105/2001 (Lei do Sigilo Bancário).[198]

Com efeito, o art. 21 da LCO tem por objeto a recusa ou omissão de dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo Juiz, Ministério Público ou Delegado de Polícia, no curso de investigação ou de processo criminal que envolva organização criminosa.

Por outro lado, o art. 10 da Lei 7.347/1985 tipifica a recusa, retardamento ou omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados **exclusivamente** pelo Ministério Público. Por seu turno, o parágrafo único do art. 10 da LC 105/2001 tem vez nas hipóteses em que, decretada judicialmente a quebra de sigilo bancário para fins penais[199] – assunto protegido pela **reserva de jurisdição** –, o agente responsável pelo seu cumprimento venha a omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações deferidas pelo Judiciário.

## 3.5 Divulgação indevida de dados cadastrais

### *3.5.1 Dispositivo legal*

Art. 21, parágrafo único, da Lei 12.850/2013: "Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei".

### *3.5.2 Introdução*

O art. 21, parágrafo único, da Lei 12.850/2013 traz a previsão legal do crime por nós intitulado de "divulgação indevida de dados cadastrais".

Com esse artigo, o legislador pretendeu punir com a mesma pena do *caput*, ou seja, reclusão de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa, quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata a Lei do Crime Organizado.

Apesar da falta de clareza do tipo penal, "parece evidente que os cadastros contenham

informações sigilosas",[200] pois, do contrário, a divulgação não haveria de ser protegida e, por conseguinte, criminalizada.

### *3.5.3 Objetividade jurídica*

O objeto jurídico é a Administração da Justiça, pois, numa interpretação sistemática, com Eduardo Araujo da Silva, "conclui-se que tais dados foram obtidos por força da apuração do crime de participação de organização criminosa".[201] Em segundo plano, o delito em exame protege a intimidade da pessoa exposta com a divulgação indevida de dados cadastrais sigilosos.

### *3.5.4 Objeto material*

Objeto material do delito é o dado cadastral sigiloso indevidamente devassado.

### *3.5.5 Núcleo do tipo*

Com quatro núcleos do tipo, o crime em estudo incrimina as condutas daquele que, *de forma indevida* (elemento normativo do tipo), *se apossa* (apodera; toma posse fisicamente), *propala* (difunde; o mesmo que divulgar), *divulga* (propaga; espalha para outrem, mesmo que em caráter confidencial)[202] ou *faz uso* (utiliza; lança mão) dos dados cadastrais de que trata a Lei do Crime Organizado, os quais foram disciplinados na Seção IV, nos arts. 15 a 17.

Por se referir o tipo penal ao elemento normativo "de forma indevida", como já adiantado, há de se compreender que os cadastros divulgados/propalados ou que foram apossados ou mesmo utilizados por quem não deveria contenham informações **sigilosas**. Em outros termos, não é qualquer descortinamento de dados cadastrais que rende ensejo à incidência do crime.

Esses dados cadastrais são de suma importância para a colheita de elementos de informação referentes às infrações penais decorrentes de organizações criminosas. A devassa indevida do conteúdo desses dados, quando cobertos pela marca do sigilo, além de fragilizar a persecução penal, colocando em risco a sua efetividade, expõe indevidamente indivíduos investigados ou processados.

Gize-se, ainda, que, não pairando sobre esses dados a pecha da sigilosidade, as ações previstas no tipo penal deixam de ser típicas, por não se poder falar em exposição "indevida". Por outro lado, o simples **consentimento** do sujeito titular dos dados não pode redundar na atipicidade da conduta ou mesmo na exclusão da ilicitude, porquanto o bem jurídico tutelado pelo tipo (Administração da Justiça) é indisponível.[203]

Em arremate, muito embora o parágrafo único do art. 21 "refira-se somente a dados cadastrais, consideramos que **abrange também** registros, documentos e informações [tal como no *caput*] apenas o texto legal pretendeu não ser repetitivo".[204]

### *3.5.6 Sujeito ativo*

Trata-se de **crime comum**, sendo certo que a lei se dirige a "quem" (qualquer pessoa) se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais protegidos.

Assim, é possível que o delito seja cometido pelas autoridades que requisitaram os dados ou até mesmo por servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público ou da polícia que venham a ter acesso aos documentos em razão do ofício. Não desconsideramos também a possibilidade de terceiros desautorizados eventualmente conseguirem alcançar e divulgar as informações sigilosas.

Ademais, mesmo sem haver prévia requisição de dados cadastrais, registros, documentos e informações (LCO, art. 21, *caput*), é possível cogitar a hipótese de a indevida exposição das informações sigilosas ocorrer em razão da atuação de funcionários da Justiça Eleitoral, das empresas telefônicas, de instituições financeiras e de administradoras de cartão de crédito ou de provedores de *internet* (LCO, art. 15).

Com entendimento diverso, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato acreditam que as condutas descritas no parágrafo único do art. 21 configuram **crimes próprios**, que somente "podem ser praticadas pelas autoridades requisitantes e seus assessores que tomam conhecimento dos resultados das diligências realizadas. As demais pessoas, digamos, comuns, isto é, não envolvidas oficialmente com a matéria, não têm esse dever legal de *fidelidade funcional*".[205] Para esses autores, "embora o texto legal refira-se a 'quem' indevidamente pratique as condutas mencionadas, destina-se, inegavelmente, às autoridades que as requisitaram, pois serão suas detentoras, e não podem nem devem delas fazer uso indevido".[206]

### *3.5.7 Sujeito passivo*

Tendo em vista que o tipo penal almeja tutelar a Administração da Justiça e a intimidade da pessoa exposta com a divulgação indevida de dados cadastrais sigilosos, os sujeitos passivos são o Estado e o indivíduo prejudicado pela conduta do agente.

### *3.5.8 Elemento subjetivo*

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, não se admitindo a modalidade culposa. Não se exige nenhum especial fim de agir (elemento subjetivo específico).

### *3.5.9 Consumação*

A consumação do crime se opera com a flexão de quaisquer dos núcleos do tipo, sendo desnecessário que da conduta advenha efetivo prejuízo a *persecutio criminis* ou mesmo à intimidade do sujeito cujos dados cadastrais foram indevidamente violados.

### *3.5.10 Tentativa*

Embora de difícil configuração, o crime admite o *conatus* quando praticado de forma plurissubsistente. Em outros termos, a tentativa é admissível desde que o *iter criminis* possa ser interrompido, por exemplo, por agentes da Administração da Justiça.

### *3.5.11 Ação penal*

O crime é processado mediante a propositura de ação penal pública incondicionada.

### *3.5.12 Lei 9.099/1995*

Por possuir pena máxima de 2 (dois) anos de reclusão, o crime em estudo consubstancia **infração penal de menor potencial ofensivo**, nos termos do art. 61 da Lei 9.099/1995. Destarte, tornam-se cabíveis, em tese, a transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76) e a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89), conquanto o delito se processe pelo **rito ordinário** (LCO, art. 22, *caput*).[207]

Advirta-se que, apesar de abstratamente possível a concessão dos aludidos benefícios, na análise do caso concreto, ausentes os demais requisitos exigidos pela lei (vide: art. 76, § 2.º, da Lei 9.099/1995, para a transação penal; e art. 77 do Código Penal, para a suspensão condicional do processo), o Ministério Público poderá deixar de formular as propostas.

### *3.5.13 Classificação doutrinária*

O crime é **comum** (podendo ser praticado por qualquer pessoa), havendo entendimento no sentido de que o delito é próprio (só podendo ser cometido pelas autoridades requisitantes e seus assessores); **formal**, **de consumação antecipada** ou **de resultado cortado** (consuma-se com a prática da conduta criminosa, independentemente da superveniência do resultado naturalístico consistente em efetivo prejuízo para a Administração da Justiça e/ou para o sujeito cujos dados cadastrais foram indevidamente expostos); **de forma livre** (podendo ser cometido por qualquer meio escolhido pelo agente); **comissivo** (os núcleos indicam ações); **instantâneo** ou **de estado** (pois a consumação se verifica em um momento determinado, sem continuidade no tempo); **unissubjetivo**, **monossubjetivo** ou **de concurso eventual** (pode ser cometido por uma única pessoa); **unissubsistente** ou **plurissubsistente** (conduta pode ser composta de um ou mais atos); e **de menor potencial ofensivo** (por possuir máxima não superior a dois anos).

---

1 Preceitua corretamente o art. 18, parágrafo único, do Código Penal, consagrando o **princípio da**

**excepcionalidade do crime culposo**: "Salvo nos casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente". A modalidade culposa de um crime deve ser expressamente declarada pela lei. No silêncio desta quanto ao elemento subjetivo, sua punição apenas se verifica a título de dolo.

2 Na visão de Winfried Hassemer (*Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Publicações Fundaçã Escola Superior do Ministério Púbico, 1993. p. 85), "a criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção do Legislativo, da Magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade. Nós conseguimos vencer a máfia russa, a máfia italiana, a máfia chinesa, mas não conseguimos vencer uma justiça que esteja paralisada pela criminalidade organizada, pela corrupção".

3 Para Guilherme Nucci, "bastaria o verbo integrar, que abrangeria todos os demais. Quem promov ou constitui uma organização, naturalmente a integra; quem financia, igualmente, a integra, mesmo como partícipe" (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 715).

4 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Contribuição especial: o crime de organização criminosa no Código Penal português. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Org.). *Crime organizado*: análise da Lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, 2017. p. 280-281.

5 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Contribuição especial: o crime de organização criminosa no Código Penal português. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Org.). *Crime organizado*: análise da Lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, 2017. p. 281.

6 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 17.

7 "É importante salientar que, para efeito de reconhecimento do delito de associação criminosa, no que diz respeito ao número mínimo de integrantes necessário à sua configuração, basta tão somente que um deles seja imputável" (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte especial. 11. ed. Niterói: Impetus, 2015. v. IV, p. 212).

8 A Lei 12.850/2013 também alterou o art. 288 do Código Penal, disciplinando em seu parágrafo único que "a pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou *se houver a participação de criança ou adolescente*".

9 Lembre-se que os adolescentes serão submetidos a procedimento para apuração de ato infracional perante a Vara da Infância e da Juventude, nos moldes da Lei 8.069/1990 (ECA).

10 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro Forense, 2014. v. 2, p. 716.

11 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 17.

12 FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade organizada*: comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 50.

13 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 66.

14 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 67.

15 HC 5027988-97.2016.404.0000, 8.ª Turma do TRF da 4.ª Região, juntado aos autos em 28.07.201 E ainda: "*In casu*, a prisão do recorrente está devidamente fundamentada, mormente se considerada a gravidade concreta da conduta, evidenciada pela expressividade do prejuízo causado à Petrobras, bem como pela movimentação de vultosos valores supostamente obtidos de maneira ilícita, da ordem de mais de 20 milhões de euros, já quando em curso as investigações da denominada 'Operação Lava Jato', a demonstrar de maneira inequívoca a necessidade de imposição da medida extrema para garantia da ordem pública, especialmente pelo fundado receio de reiteração delitiva (precedentes)" (RHC 67.965/PR, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 11.05.2016).

16 A infiltração ordinária, como técnica especial de investigação, ocorre com a penetração do Estad (agente de polícia) no crime organizado.

17 PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais* São Paulo: Atlas, 2015. p. 85.

18 PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais* São Paulo: Atlas, 2015. p. 85.

19 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte especial (direito penal econômico). v. 8. São Paulo: RT, 2014. p. 457.

20 GOMES, Luiz Flávio. *Comentários aos artigos 1.º e 2.º da Lei 12.850/13 – criminalidade organizada e crime organizado* (item 27). Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932382/comentarios-aos-artigos-1-e-2-da-lei-12850-13-criminalida-de-organizada>. Acesso em: 21 maio 2015.

21 CPP, art. 303: "Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência".

22 "Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5.º, XI, da CF. *Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade*. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso

forçado em residência em caso de flagrante delito. No *crime permanente*, a situação de flagrância se protrai no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial *a posteriori*. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. *Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio* (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial *a posteriori* decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. **Justa causa. A entrada forçada em domicílio, *sem uma justificativa prévia conforme o direito*, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida**. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial *só é lícita*, mesmo em período noturno, *quando amparada em fundadas razões*, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso" (RE 603616, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*-093 de 10.05.2016)

23 "Correto o acórdão impugnado, ao ter como cessada, com a denúncia, a permanência do delito de quadrilha, para o efeito de admitir (sem que se incorra, por isso, em *bis in idem*) a legitimidade, em tese, de nova acusação pela prática de crime daquele mesmo tipo" (HC 78821, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* 17.03.2000).

24 HC 123.763/RJ, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 21.09.2009.

25 ISHIDA, Válter Kenji. O crime de organização criminosa – art. 2.º da Lei n.º 12.850/2013. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-crime-de-organizacao-criminosa-art-2%C2%BA-da-lei-n%C2%BA-128502013/12020>. Acesso em: 12 jan. 2015. No mesmo sentido: "Especificamente em relação ao verbo financiar, a conduta pode ou não configurar um crime permanente. Não será permanente na hipótese de o financiador investir o seu capital uma única vez para depois obter o ganho de capital; será permanente no

caso de o financiador constantemente, de forma repetida, injetar capital próprio na organização para obter lucro de sua atividade, fazendo o seu capital girar dentro da organização criminosa" (HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. t. II, p. 33).

26 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 102-103.

27 "Não há, desta feita, como pensar em crime organizado sem o predicado da estabilidade. A estabilização das relações, tanto de hierarquia quanto de objetivos, forma o elemento que mantém unidos os integrantes do organismo, fortalecendo-o enquanto agrupamento paralelo do Estado, especializado na atividade criminosa" (EL TASSE, Adel. *Nova Lei do Crime Organizado*. Disponível em: <http://adeleltasse.jusbrasil.com.br/artigos/121933118/nova-lei-de-crime-organizado>. Acesso em: 16 set. 2015).

28 Entendendo que "o crime organizado somente deve ser considerado caracterizado se o empreendimento criminoso já houver consumado ao menos duas infrações penais, cujas penas máximas superem quatro anos": ANDRADE, Fernando Rocha de. *Aspectos da nova Lei de Crime Organizado*. Disponível em: <http://blog.ebeji.com.br/aspectos-da-nova-lei-de-crime-organizado/>. Acesso em: 23 set. 2015.

29 Recurso Criminal (Processo n. 274/10.9JALRA-B.C1), 4.ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra, Rel. Orlando Gonçalves. Data do Acórdão: 27.11.2013.

30 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro Forense, 2014. v. 2, p. 717.

31 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 18.

32 SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 28.

33 O Código Penal de Portugal também prevê uma punição mais severa para o "chefe" da organizaçã criminosa. Com efeito, no item 1 do art. 299, está prevista a *forma básica* do tipo: "Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes é punido com pena de *prisão de um a cinco anos*". Já no item 3 do mesmo dispositivo encontra-se a *forma qualificada*: "Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de *prisão de dois a oito anos*".

34 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Contribuição especial: o crime de organização criminosa no Código Penal português. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Org.). *Crime organizado*: análise da Lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, 2017. p. 281-282.

35 Conforme os professores Luís Greco e Alaor Leite, os "mandantes" não são autores, "e sim partícipes, instigadores. Isso com ou sem a teoria do domínio do fato, mais até com ela, do que sem ela. [...] A ideia de que segundo a teoria do domínio do fato, ter-se-ia aqui autoria, de que o 'mandante' [...] é autor, de que existiria um 'autor intelectual', é um grande equívoco [...]". ASSIS, Augusto *et al*. *Autoria como domínio do fato – estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 37-38.

36 "Esta forma de autoria mediata pressupõe uma 'máquina de poder', que pode ocorrer tanto num Estado em que se rompeu com toda a legalidade, como numa organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina de poder autônoma 'mafiosa', por exemplo. Não se trata de qualquer associação para delinquir, e sim de uma organização caracterizada pelo aparato de seu poder hierarquizado, e pela fungibilidade de seus membros (se a pessoa determinada não cumpre a ordem, outro a cumprirá; o próprio determinador faz parte da organização)" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 11. ed. São Paulo: RT, 2015. v. 1. p. 608).

37 O domínio do fato (gênero) como expressão da ideia reitora da figura central do acontecer típico manifesta-se de três formas concretas, a saber: o domínio da ação (autoria imediata); o domínio da vontade (autoria mediata – *inserindo-se nesse âmbito a possibilidade de domínio por meio de um aparato organizado de poder*) e o domínio funcional do fato (coautoria). Para um estudo bem detalhado sobre o tema, *vide*: ASSIS, Augusto et al. *Autoria como domínio do fato – estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro* . São Paulo: Marcial Pons, 2014.

38 São suas palavras: "Aqui se vai a tratar inicialmente de outra manifestação do domínio mediato do fato que até agora não tem sido nem sequer mencionada pela doutrina e pela jurisprudência: o domínio da vontade em virtude de **estruturas organizadas de poder**. Assim se alude às hipóteses em que o sujeito de trás (autor mediato) tem à sua disposição uma 'indústria' de pessoas, e com cuja ajuda pode cometer seus crimes sem ter que delegar sua realização à decisão autônoma do executor. [...] Cabe afirmar, pois, que quem é empregado em uma indústria organizada, em qualquer lugar, de uma maneira tal que pode impor ordens aos seus subordinados, é autor mediato em virtude do domínio da vontade que lhe corresponde, se utiliza suas competências para que se cometam delitos. É irrelevante se o faz por sua própria iniciativa ou no interesse de instâncias superiores, pois à sua autoria o ponto decisivo é a circunstância de que pode dirigir a parte da organização que lhe é conferida, sem ter que deixar a critério de outros indivíduos a realização do crime" (ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho em derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 270 e 275-276).

39 ASSIS, Augusto et al. *Autoria como domínio do fato – estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 139. A teoria do domínio

da organização "foi construída para casos em que a organização atua completamente apartada do direito, com estados totalitários, organizações criminosas, máfias, etc. No interior dessas estruturas, diferentemente do que ocorre em uma empresa, o superior tem a certeza de que ordens ilegais e criminosas serão cumpridas: sempre haverá um inferior servil e fungível. A ideia do domínio da organização [...] foi utilizada no julgamento do ex-presidente peruano Alberto Fujimori, em decisão dogmaticamente exemplar, que aplicou corretamente a teoria do domínio da organização" (*Op. cit.*, p. 140).

40 ASSIS, Augusto et al. *Autoria como domínio do fato – estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 28.

41 A teoria do domínio do fato foi utilizada pelo STF na AP 470 "como **simples retórica** para fins de atribuição de responsabilidade, em flagrante violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal. [...] Não se pode admitir na ordem jurídica brasileira a presunção de domínio do fato, pois a simples disposição de ato institucional ou contrato social constitutivo de uma organização, indicando quem são gestores, não atribui aos mesmos o efetivo poder de condução do fato delitivo. De outra sorte, observa-se que a Corte sequer conseguiu situar o domínio do fato na estrutura do conceito analítico de crime, chegando à esdrúxula afirmação de que o domínio do fato consiste em elemento da culpabilidade" (ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal n. 470 do STF*. Disponível em: <http://zis-online.com/dat/artikel/2014_6_827.pdf>. Acesso em: 22 set. 2015).

42 "Tivessem os Ministros do STF dispensado a autoridade científica da teoria do domínio do fato e tentado fundamentar, com argumentos jurídicos, o que chamei de *teoria do domínio da posição*, e teríamos, quem sabe, a possibilidade de discutir a admissibilidade, os fundamentos e os limites dessa 'espécie' de responsabilização penal" (ASSIS, Augusto et al. *Autoria como domínio do fato – estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 164).

43 ASSIS, Augusto et al. *Autoria como domínio do fato – estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 42.

44 Existem **diferenças** fundamentais entre a *teoria do domínio do fato pelo domínio social* e a *teoria do domínio do fato na forma dos aparatos organizados de poder*. Uma delas é que a primeira teoria alcança a criminalidade empresarial, ao contrário da última (na visão de Roxin). Outra é que a teoria do domínio do fato pelo domínio social não reclama aqueles critérios delineados para o domínio da organização, quais sejam: a) existência de uma máquina de poder rompida com a ordem jurídica; b) e a figura do executor fungível. Para um estudo completo sobre a teoria do domínio do fato pelo domínio social: ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211-225.

45 ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 220.

46 ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 223.

47 ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 224.

48 ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 225. Veja-se, didaticamente, um exemplo da aplicação prática da teoria do domínio do fato pelo domínio social: "'A' determina a seu funcionário, 'B', caseiro de sua fazenda, que corte árvores da área lateral direita de sua propriedade, que consiste em área de preservação permanente, em virtude de que atrapalhavam a construção de uma cerca divisória. Por se tratar de área de preservação permanente, seria necessária autorização do órgão competente para o corte. Embora ambos tivessem conhecimento disso, 'B' obedece a ordem de seu chefe, 'A', e pratica o fato, o qual se amolda ao art. 40 da Lei n. 9.605/98. À luz da teoria do domínio do fato pelo domínio social, 'A' figura como autor mediato e 'B' como executor punível, face a sua disposição condicionada em realizar o fato, sob as ordens de 'A'. Em tal caso, a condição deve encontrar seu fundamento no fato de que o indivíduo realiza a ofensa ao bem jurídico, a fim de assegurar sua posição. Isso coaduna com a hipótese referida por Roxin, do 'executor solícito que teme, por exemplo, no caso de recusa, a perda de sua posição', porém, não depende de estruturas organizacionais ou de requisito específico por parte do homem de trás, evidenciando, assim, a total desnecessidade da análise desde aspecto" (ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 224-225).

49 Vale aqui a ideia há muito consagrada no STJ, segundo a qual: "A utilização de arma por qualquer membro da quadrilha constitui elemento evidenciador da maior periculosidade do bando, expondo todos que o integram à causa especial de aumento de pena prevista no art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Para efeito de configuração do delito de quadrilha armada, basta que um só de seus integrantes esteja a portar armas" (HC 72992, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 14.11.1996).

50 Nesse sentido: "[...] 17. Em se tratando de organização criminosa voltada à importação de cigarros contrabandeados, a atuação em regiões de fronteira mostra-se ínsita à prática delitiva, não transbordando o normal do tipo. [...] 19. Embora parte dos integrantes da organização criminosa fossem *agentes de segurança* que, em razão de suas funções, detinham *porte de arma*, inexistem provas nos autos no sentido de que tenha havido o *efetivo emprego de arma de fogo* na atuação da organização, não havendo falar, portanto, em incidência da causa de aumento do artigo 2.º, § 2.º, da Lei 12.850/13" (Apelação n.º 5002522-70.2014.404.7017, 7.ª Turma do TRF da 4.ª Região, Rel. Danilo Pereira Júnior, unânime). Igualmente: "[...] não bata que algum integrante da organização criminosa seja portador de *arma de fogo*, fazendo-se necessário que a arma seja efetivamente *utilizada* pela organização criminosa em sua atividade-fim [...], mesmo que não resulte apreendida referida arma" (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p.

63). Em sentido contrário (mas sem entrar diretamente na questão), entendendo que a apreensão de arma de fogo, por si só, já rende ensejo à majorante: "Na espécie, a fração de 2/3 (dois terços) foi aplicada considerando a *elevada quantidade de armas apreendidas*, sendo algumas privativas das Forças Armadas e estando algumas delas com a numeração suprimida. Desse modo, não há teratologia manifesta a ser sanada, pois atende ao dever de individualização da reprimenda a punição mais severa do agente diante do forte aparato bélico utilizado pela associação criminosa" (HC 383.506/RJ, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, *DJe* 06.04.2017).

51 HC 246.811/RJ, 5.ª Turma do STJ, Rel. Laurita Vaz, *DJe* 15.04.2014. E também: "Ainda que a arma não tivesse sido apreendida, conforme jurisprudência desta Suprema Corte, seu emprego pode ser comprovado pela prova indireta, sendo *irrelevante o fato de estar desmuniciada* para configuração da majorante" (RHC 115077, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*-176 de 09.09.2013). Por fim: "I - *É irrelevante saber se a arma de fogo estava ou não desmuniciada*, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. [...] II - *Lesividade* do instrumento que se encontra *in re ipsa*" (HC 102263, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma do STF, *DJe*-100 de 04.06.2010).

52 AgRg no AREsp 466.211/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* 09.10.2017 E ainda: "A jurisprudência desta Corte Superior é sedimentada no sentido de que a utilização de *arma desmuniciada e sem potencialidade para realização de disparo*, como meio de intimidação, serve unicamente à caracterização da elementar grave ameaça, não se admitindo o seu reconhecimento como a causa de aumento de pena em questão" (AgRg no REsp 1582281/RJ, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, *DJe* 09.11.2016). Por fim: "A jurisprudência desta Corte entende que *a utilização de arma desmuniciada*, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, caracteriza o emprego de violência, porém *não permite o reconhecimento da majorante* de pena, já que esta vincula-se ao potencial lesivo do instrumento, dada a sua ineficácia para a realização de disparos" (HC 419.579/MS, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 31.10.2017).

53 Nota dos autores.

54 HC n.º 125769/SP, 2.ª Turma do STF, Rel. Dias Toffoli, unânime, *DJe* 28.04.2015. Entendendo q a majorante do emprego de arma de fogo pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial: HC 96099, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe*-104 de 05.06.2009 e HC 108225, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe*-176 de 11.09.2014. E ainda: "Prescinde de apreensão e perícia da arma de fogo a qualificadora decorrente de violência ou ameaça implementadas - artigo 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal. Precedente: *Habeas Corpus* n.º 96.099-5/RS, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, acórdão publicado no

Diário da Justiça do dia 5 de junho seguinte" (HC n.º 96985/DF, 1.ª Turma do STF, Rel. Marco Aurélio, *DJe* 27.11.2015).

55 Art. 2.º do ECA: "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade".

56 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 622-623. **Diversamente**, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva argumentam que: "no caso de participação de criança ou adolescente na organização criminosa, em razão do princípio da especialidade e da vedação do *bis in idem* não haverá a incursão no crime de corrupção de menores, com previsão no art. 244-B da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), sendo aplicada unicamente neste caso a causa de aumento de pena prevista no artigo 2.º, § 4.º em detrimento do crime previsto no ECA" (*Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 56).

57 Art. 327: "Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1.º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública".

58 HC 72.465/SP, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 05.09.1995.

59 "Por força do art. 327 do Código Penal, para efeitos penais, os agentes políticos são considerados funcionários públicos" (Apn 335/ES, Corte Especial do STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 1.º.06.2005).

60 Ao dissertar sobre a participação de agentes públicos nas organizações criminosas, Marcelo Mendroni ressalta que "existem incontáveis formas utilizadas para roubar o dinheiro público", sendo "exemplos clássicos as fraudes em licitação, permissões e concessões públicas, superfaturamentos de obras e serviços, alvarás, falsificações, etc." (*Crime organizado:* aspectos gerais e mecanismos legais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 42).

61 NUCCI, Gilherme de Souza. *Organização criminosa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 33.

62 Cf. NUCCI, Gilherme de Souza. *Organização criminosa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 33.

63 Produto do crime (*producta sceleris*) significa a vantagem direta obtida pelo agente em decorrência da prática do crime (objeto roubado; a propina recebida; o dinheiro obtido com o tráfico de entorpecentes). Proveito do crime, por outro lado, é a vantagem indireta do crime, resultante da especificação do produto do crime (é o caso do ouro derivado do derretimento das joias roubadas), bem como o bem adquirido pelo agente em razão de alienação do produto do delito (automóveis e imóveis auferidos com o dinheiro oriundo do tráfico de drogas).

64 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro Forense, 2014. v. 2, p. 722.

65 Comungam desse raciocínio: FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade organizada*: comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 62; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 17; NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: RT, 2013. p. 30.

66 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 116-117. Igualmente: CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *C riminalidade organizada e globalização desorganizada – curso completo de acordo com a Lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 145-147.

67 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 500-501.

68 A Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) propôs perante o STF a ADIn 4.911 contra o art. 17-D da Lei 9.613/1998 ("Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno"), sob o argumento de que o afastamento com base no simples indiciamento desnaturaria o caráter cautelar da medida, que seria decretada sem apreciação judicial, malferindo ao art. 129, I, da CR/88 (pedra fundamental do sistema acusatório).

69 Calha sublinhar que Eugênio Pacelli de Oliveira alterou seu posicionamento e passou a defender que, para os detentores de mandato eletivo, "somente em caso de condenação criminal e nas hipóteses constantes da legislação complementar eleitoral e no Código Eleitoral – todos, porém, autorizados na Constituição da República (art. 14, §§ 9.º e10, e art. 15) – é que se poderá pretender o afastamento do cargo. O fato de ser possível a prisão de alguns ocupantes de mandato eletivo [...] não autoriza a compreensão de ser cabível o afastamento do mandato eletivo. Esse, o mandato, tem como legítimo titular a soberania do voto popular" (*Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 513).

70 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX, p 401-402.

71 HC 228.023, 5.ª Turma do STJ, *DJe* 01.08.2012. No mesmo sentido: HC 236.462/RS, 5.ª Turma d STJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 29.06.2012.

72 MS 0001900-82.2014.8.17.0000, 4.ª Câmara Criminal do TJPE, Publ. 12.09.2014. Igualmente: "[...] IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. [...] Embora seja acusado de integrar **organização criminosa** voltada para a prática de crimes contra a Administração Pública, vê-se que sua participação somente era efetiva em razão de se valer do **mandato de vereador** que exercia, do qual está **afastado**. Dessarte, as medidas cautelares diversas da prisão, no caso o **afastamento da função** anteriormente decretada e a *proibição de manter contato com os corréus* e *de se aproximar a menos de 200 m da sede do Poder Legislativo* local (*ex vi* do art. 319, II e III, do Código de Processo Penal) revelam-se adequadas e proporcionais, por terem o condão de, a princípio, obstarem a perpetração de novas condutas" (RHC n.º 75.446/MG, 6.ª Turma do STJ, Rel. Nefi Cordeiro, *DJe* 25.11.2016).

73 Nas palavras do Min. Zavascki: "Decide-se aqui uma situação extraordinária, excepcional e, por isso, pontual e individualizada. A sintaxe do direito nunca estará completa na solidão dos textos, nem jamais poderá ser negativada pela imprevisão dos fatos. Pelo contrário, o imponderável é que legitima os avanços civilizatórios endossados pelas mãos da justiça. Mesmo que não haja previsão específica, com assento constitucional, a respeito do afastamento, pela jurisdição criminal, de parlamentares do exercício de seu mandato, ou a imposição de afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados quando o seu ocupante venha a ser processado criminalmente, está demonstrado que, no caso, ambas se fazem claramente devidas. A medida postulada é, portanto, necessária, adequada e suficiente para neutralizar os riscos descritos pelo Procurador-Geral da República".

74 STF, em se tratando de parlamentares federais (CR/88, art. 53, § 1.º c/c art. 102, I, "b").

75 Observe-se que, a teor do disposto no § 3.º do art. 1.º da Res. 213/2015/CNJ – que trata da realização das audiências de custódia no país –, "no caso de prisão em flagrante delito da competência originária de Tribunal, a apresentação do preso poderá ser feita ao juiz que o Presidente do Tribunal ou Relator designar para esse fim".

76 Em decisão assim ementada: "DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. ACÃO CAUTELAR. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REJEIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNA-TIVAS. 1. Os indícios de materialidade e autoria dos delitos apontados na denúncia são substanciais. 2. Nada obstante, há dúvida razoável, na hipótese, acerca da presença dos requisitos do art. 53, § 2.º da Constituição, para fins de decretação da prisão preventiva do agravado. 3. Diante disso, a Turma, por maioria, restabeleceu as medidas cautelares determinadas pelo relator originário, Min. Luiz Edson Fachin, consistentes em: (i) suspensão do exercício das funções parlamentares ou de qualquer outra função pública; (ii) proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu no conjunto dos feitos em tela e (iii) proibição de se ausentar do País, devendo entregar seus passaportes. 4. Além disso, também por maioria, a Turma acrescentou a medida cautelar diversa

de prisão, prevista no art. 319, V, do Código de Processo Penal, de recolhimento domiciliar no período noturno. 5. Agravo regimental parcialmente provido" (AC 4327 AgR-terceiro-AgR, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, *DJe*-247 de 27.10.2017).

77 "Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, sal em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão" (CR/88, art. 53, § 2.º).

78 "Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação" (CR/88, art. 53, § 3.º).

79 "As regras que compõem o sistema de imunidades materiais e processuais dos parlamentares são excepcionais e devem ser interpretadas restritivamente, na medida em que excluem um universo delimitado de pessoas do alcance do poder punitivo do Estado ou estabelecem procedimentos diferenciados para o exercício da persecução penal" (STF, HC 124.519/BA, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, *DJe* 64, 07.04.2015).

80 "[...] PRISÃO DECRETADA EM AÇÃO PENAL POR MINISTRA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DEPUTADO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE [...] NULIDADE DA PRISÃO EM RAZÃO DE NÃO TER SIDO OBSERVADA A IMUNIDADE PREVISTA NO § 3.º DO ART. 53 C/C PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 27, § 1.º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMUNICAÇÃO DA PRISÃO À ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO À ESPÉCIE DA NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 53, § 2.º, DA CONSTITUIÇÃO DA RE-PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. [...] Os elementos contidos nos autos impõem interpretação que considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2.º, da Constituição da República. Há de se buscar interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina. A Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais, vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2.º, da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente" (HC 89.417, 1.ª Turma do STF, Rel. Min.

Cármen Lúcia, *DJ* 15.12.2006).

81 Notícia disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=362581&caixaBusca=N>. Acesso em: 28 nov. 2017.

82 Até agora, **cinco ministros votaram pela concessão da liminar** – Edson Fachin, Rosa Weber, Lui Fux, Dias Toffoli (*em menor extensão*) e Cármen Lúcia –, para suspender as normas que permitem a revogação de prisão de deputados estaduais. **Quatro ministros se manifestaram de forma contrária** – Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Celso de Mello –, ou seja, pelo indeferimento da medida cautelar nas ADIs. O relator das ADIs 5.824 e 5.825, Min. Fachin, votou pelo deferimento das cautelares para fixar interpretação conforme a Constituição, assentando que as regras estaduais não vedam ao Poder Judiciário decretar medidas cautelares de natureza penal em desfavor de deputados estaduais, nem conferem poderes às assembleias legislativas para revogar ou sustar tais atos judiciais. Em sua ótica, a decretação da prisão preventiva e medidas cautelares alternativas envolve um *juízo técnico-jurídico*, que não pode ser substituído pelo *juízo político* emitido pelo Legislativo.

83 *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 442.

84 Art. 17-D da Lei 9.613/1998: "Em caso de indiciamento de servidor público, este será **afastado, sem prejuízo de remuneração** e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno".

85 Art. 1.º: "As unidades do Poder Judiciário e do Ministério Público, com competência em matéria criminal, infracional e de execução penal, implantarão mecanismos que permitam, com periodicidade mínima anual, a revisão da legalidade da manutenção das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes em conflito com a lei".

86 Nesse sentido: COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal* . São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1, p. 441; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal.* 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999. v. 1, p. 351. E ainda: REsp 1.297.021/PR, 2.ª Turma do STJ, Rel. Eliana Calmon, *DJe* 20.11.2013, relativo à sanção de perda da função pública em razão de prática de ato de improbidade administrativa.

87 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva 2012. v. 1, p. 933.

88 REsp 1452935/PE, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 17.03.2017.

89 "Há de ser questionada a injustificada omissão do legislador no atinente à interdição [...] para o desempenho de *emprego público* ou de *mandato eletivo*, particularmente quanto ao último, pela natureza das atribuições e poderes que ostenta" (FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade organizada:* comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 40). Note-se que a Lei das Inelegibilidades (LC 64/1990) dispõe em seu art. 1.º que "são inelegíveis: *e*) os que forem

condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;".

90 "Crime de tortura cometido por agente público enseja a perda do cargo ocupado e a interdição pa o exercício de cargo público, em prazo fixado, como efeitos automáticos da condenação. [...]" (HC 120.711/MS, 1.ª Turma do STF, Rel. Rosa Weber, unânime, *DJe* 07.08.2014).

91 Apelação 418350-17.2005.8.09.0083, 2.ª Câmara Criminal do TJGO, *DJe* 854 de 06.07.2011.

92 REsp 914.405/RS, 5.ª Turma do STJ, *DJe* 14.02.2011. Renato Brasileiro de Lima (*Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 492) é partidário dessa corrente: "[...] se o acusado encontrava-se, à época do crime, em pleno exercício do cargo, vindo a se aposentar dias depois, é plenamente legítima a cassação de sua aposentadoria, se tiver havido a declaração fundamentada da perda do cargo como efeito extrapenal da condenação por crime cometido na atividade".

93 REsp 1.317.487/MT, 5.ª Turma do STJ, Rel. Laurita Vaz, unânime, *DJe* 22.08.2014. Nesse sentid "O art. 92 do Código Penal apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a perda da aposentadoria e, por se tratar de norma penal punitiva, não admite analogia *in malam partem*" (AgInt no REsp 1529620/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., *DJe* 06.10.2016). E ainda: "I. A perda do cargo público somente pode ser declarada nas hipóteses restritas e taxativamente previstas na lei, vedada a interpretação extensiva ou analógica em desfavor do réu, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. II. A previsão legal é dirigida para a perda de cargo, função pública ou mandato efetivo, o que não é a hipótese dos autos, considerando que o agravado, no decorrer da ação penal, aposentou-se. III. Consubstanciando a aposentadoria um ato jurídico perfeito, com preenchimento de requisitos legalmente exigidos, não se pode desconstituí-la como efeito extrapenal específico da sentença condenatória, mesmo que o fato apurado tenha sido cometido quando o funcionário ainda estava ativo. A cassação da aposentadoria tem previsão legal, mas no âmbito administrativo, não na esfera penal. IV. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp 1447549/GO, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 09.03.2016).

94 "[...] não se excluindo, todavia, a possibilidade de cassação da aposentadoria nas vias administrativas, em procedimento próprio, conforme estabelecido em lei" (REsp 1.317.487, *DJe* 22.08.2014). E ainda: "[...] A lei prevê, inclusive, a pena de cassação da aposentadoria, aplicável ao servidor já inativo, se resultar apurado que praticou ilícito disciplinar grave, em atividade. Autonomia das instâncias disciplinar e penal [...]" (MS 21.948, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 07.12.1995).

95 No Congresso Nacional tramita a PEC 18/2013, que altera o art. 55 da CR/88 para tornar automática a perda do mandato de parlamentar nas hipóteses de improbidade administrativa ou

de condenação por crime contra a Administração Pública, estabelecendo que a Mesa da respectiva Casa Legislativa limitar-se-á a declarar a perda do mandato.

96 AP 565/RO, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 07 e 08.08.2013, noticiado no *Informativo 714*. E também: AP 563/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 21.10.2014, noticiado no *Informativo 764*.

97 AP 470/MG, Plenário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2012, noticiado no *Informativo 703*.

98 Com o mesmo entendimento, em interessante artigo a respeito do tema, Luiz Flávio Gomes ponder que: "A diferença entre o artigo 55, IV e o artigo 55, VI, da Constituição é que a perda do mandato com base no inciso IV é exógena e automática – não requer nenhuma decisão da Casa Legislativa. Já a perda do mandato do inciso VI é endógena e exige decisão do Parlamento. O inciso VI constitui exceção frente ao inciso IV – que é a regra, desde que presentes os requisitos legais do artigo 92, I, do Código Penal. [...] Por força do inciso VI do artigo 55, da Constituição Federal, quando não incide o artigo 92, I, do Código Penal, cabe à Casa Legislativa decretar (endogenamente) ou não a perda do mandato em decisão secreta, por maioria absoluta. Mas isso só é possível – repita-se – quando não incide o artigo 92, I, citado. E este caso excepcional de perda endógena do mandato constitui exceção à incidência automática do artigo 15, III, combinado com o artigo 55, IV, da Constituição" (*A polêmica da perda do mandato é por excesso de regras*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012dez03/luizflaviogomespolemicaperdamandadoexcessoregras>. Acesso em: 12 maio 2015.

99 CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal* – parte geral. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 493.

100 AP 694, Rel. 1.ª Turma do STF, Min. Rosa Weber, *DJe*-195 de 31.08.2017.

101 A terminologia "participação policial" alcança, a nosso aviso, todos os integrantes das instituiçõe listadas no art. 144 da Constituição da República (polícia federal; polícia rodoviária federal; polícia ferroviária federal; polícias civis; polícias militares; corpos de bombeiros militares e guardas municipais). Assim, "em que pese opiniões em contrário, entendemos que o referido dispositivo utilizou a expressão 'participação policial' de forma genérica, devendo abranger todos os órgãos que integram o sistema de segurança pública, inclusive as **guardas municipais**, que têm previsão expressa no § 8.º do artigo 144 da Constituição Federal" (GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 131).

102 Na defesa da inconstitucionalidade da ampliação da competência da Justiça Militar pela Lei 13.491/2017, foi proposta perante o STF a ADI 5.804 (pendente de julgamento até o momento).

103 FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso.

*Criminalidade organizada:* comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 66.

104 ZIESEMER, Henrique da Rosa. *A nova Lei do Crime Organizado – Lei n.º 12.850/2013*. Disponível em: <http://henriqueziesemer.jusbrasil.com.br/artigos/121943420/a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-n-12850-2013>. Acesso em: 18 jan. 2015.

105 ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Lei n. 12.850/2013 e a atribuição para a investigação criminal de organizações criminosas integradas por policiais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3.830, 26 dez. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26249>. Acesso em: 18 jan. 2015.

106 Assim foram expostos os votos: **a)** 7 (sete) votos irrestritamente **favoráveis** ao poder investigatório do MP (Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia); **b)** 3 (três) votos **favoráveis** ao poder investigatório do MP em menor extensão (Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli); **c)** 1 (um) voto **contrário** ao poder de investigação do MP, em qualquer caso (Ministro Marco Aurélio).

107 *Decisão de julgamento*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184>. Acesso em: 18 jan. 2015.

108 Sobre o poder investigatório do Ministério Público, conferir o livro digital *Ministério Público: o Pensamento Institucional Contemporâneo*, publicado pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça – CNPG, 2012, p. 152-165, especificamente o capítulo denominado *PEC n.º 37/2011: Um Retrocesso Inconstitucional*, escrito em coautoria por Vinícius Marçal e Benedito Torres Neto. Disponível em: <http://p-web01.mp.rj.gov.br/Arquivos/LivroCNPG_8ago.pdf>.

109 Em lição que não pode ser olvidada, Paulo Nader (*Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 297) diferencia a interpretação extensiva da analogia. *In ipsis litteris*: "Apesar de procedimentos distintos, a interpretação extensiva e a aplicação analógica da lei muitas vezes são confundidas. Na interpretação extensiva o caso é previsto pela lei diretamente, apenas com insuficiência verbal, já que a *mens legis* revela um alcance maior para o enunciado. A má redação do texto é uma das causas que podem levar à não correspondência entre as palavras da lei e o seu espírito. Nesse caso não se pode falar em lacuna. Existe apenas uma impropriedade de linguagem. Para o procedimento analógico, a lacuna da lei é um pressuposto básico. O caso que se quer enquadrar na ordem jurídica não encontra solução nem na letra, nem no espírito da lei. O aplicador do Direito enceta pesquisa na legislação a fim de focalizar um paradigma, um caso semelhante ao não previsto. Uma vez localizado, desde que a semelhança seja no essencial e haja identidade de motivos, a solução do paradigma será aplicada ao caso não

previsto em lei. **Na interpretação extensiva, amplia-se a significação das palavras até fazê-las coincidir com o espírito da lei**; com a analogia não ocorre esse fato, pois o aplicador não luta contra a insuficiência de um dispositivo, mas com a ausência de dispositivos".

110 *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 718.

111 *Crime organizado:* comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 19.

112 *Criminalidade organizada:* comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 54-55.

113 CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *C riminalidade organizada e globalização desorganizada – curso completo de acordo com a Lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 136.

114 *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 485-486.

115 *Comentários à Lei de Organização Criminosa:* Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87.

116 A propósito, o Código Penal da Espanha, em seu Capítulo VII, nos arts. 463-467, trata justamente "*De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional"*.

117 Lei 8.906/1994, art. 2.º, § 2.º. "No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *múnus público*".

118 Sobre a impropriedade da impetração do *habeas corpus* com vistas a "trancar" o inquérito ou a ação (sic), veja-se: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal*: estudos e pareceres. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 245-246.

119 Com esteio em Eugenio Raúl Zaffaroni, pode-se dizer que para a aferição da tipicidade reclama-s a presença da antinormatividade. Assim, ou o fato praticado pelo agente, contrário à lei penal, desrespeita todo o ordenamento normativo, e há tipicidade, ou, ainda que em desconformidade com a lei penal, esteja em consonância com a ordem normativa, ausente estará a tipicidade. Para essa teoria, a tipicidade penal resulta da junção da tipicidade legal com a tipicidade conglobante: tipicidade penal = tipicidade legal + tipicidade conglobante. Tipicidade legal (adequação à fórmula legal do tipo) é a individualização que a lei faz da conduta, mediante o conjunto dos elementos objetivos e normativos de que se vale o tipo penal. Já a tipicidade conglobante (antinormatividade) é a comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pela norma, o que se afere separando o alcance da norma proibitiva conglobada com as demais normas do sistema jurídico. Não basta, pois, a mera tipicidade legal, isto é, a contrariedade do fato à lei penal. É necessário mais. A conduta do agente, contrária à lei penal, deve violar todo o sistema normativo. Em suma, deve ser antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela.

120 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa:* Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 86-87.

121 "Eventuais empecilhos que o investigado possa apresentar aos investigadores caracterizarão, no mínimo, um *post factum* impunível. Portanto, membro da organização criminosa que oferecer dificuldades à investigação criminal ou apresentar empecilhos à sua desenvoltura não responderá por este crime, estará exercendo sua ampla defesa e o direito de não se auto incriminar" (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa:* Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 83). No mesmo sentido: "Claro que, em se tratando de um integrante da organização criminosa, tais condutas não devem ser punidas. Primeiro porque seria um *post factum* impunível, valendo-se do princípio da consunção e, segundo, porque o agente estaria no exercício do direito de não produzir prova contra si mesmo. Destarte, só há razão de punir com este tipo penal aquele que não integra a organização criminosa, mas, de alguma forma, atrapalha nas investigações, em favor do grupo" (FLORES, Andréa *et al*. *Organização criminosa* – comentários à Lei n.º 12.850, de 05 de agosto de 2013. Org. Rejane Alves de Arruda. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 14).

122 SILVA, Eduardo Araujo. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 29.

123 As ações de *promover* e *financiar* são *eventualmente permanentes*.

124 MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. A identificação compulsória pelo perfil genético e a hipérbole do direito ao silêncio. *Revista Jus Navigandi,* ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5089, 7 jun. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58233>. Acesso em: 23 out. 2017.

125 Sobre a falácia do direito à mentira, vide: REIS, André Wagner Melgaço. *A mentira do réu e a dosimetria da pena*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47119/amentiradoreueadosimetriadapena>. Acesso em: 23 out. 2017.

126 Há alguns artigos defendo a ideia de que a fuga "é um direito constitucionalmente reconhecido" (!!!). Fosse a fuga realmente um "direito", um ato lícito e legítimo, não traria ela drásticas consequências no âmbito da execução penal, como o reconhecimento da falta grave e a regressão de regime.

127 Súmula 522/STJ: "A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa".

128 Vários Tribunais de Justiça têm reconhecido a inconstitucionalidade incidental do art. 305 do Código de Trânsito Nacional – que obriga os condutores de veículos a permanecerem no local do evento, facilitando a atuação da polícia na apuração de possível responsabilidade civil ou criminal do agente causador do acidente – por ofensa ao "direito de não produzir prova contra si mesmo". Contudo, a matéria se encontra pendente de julgamento no STF (RE 971.959), sendo certo que a PGR já se manifestou pela constitucionalidade do preceptivo vergastado.

129 "Não há nenhuma ilegalidade no fato da bagagem do ora Paciente ter sido encaminhada para exam de raio x, mesmo porque decorre do próprio exercício do poder de polícia a análise de qualquer bagagem que os agentes aduaneiros e policiais reputem suspeita" (HC 155.662/SP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 02.08.2010).

130 PACELLI, Eugênio. Breves notas sobre a não autoincriminação. *Revista de Doutrina da 4.ª Região*, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/eugenio_oliveira.html>. Acesso em: 23 out. 2017.

131 HC 137.206/SP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 01.02.2010.

132 Esse entendimento tem sido adotado, na prática, pela Procuradoria-Geral da República. Com efeito, em data recente, o Presidente da República, Michel Temer, foi denunciado (Inquéritos n. 4.327/DF e 4.483/DF), em concurso, pelos crimes inscritos no *caput* do art. 2.º e no § 1º do art. 2.º, ambos da Lei 12.850/2013. Veja-se, por oportuno, alguns breves trechos da denúncia apresentada ao STF: "Desde meados de 2006 até os dias atuais, Michel Temer, Eduardo Cunha, Henrique Alves, Geddel Vieira Lima, Rodrigo Loures, Eliseu Padilha e Moreira Franco, na qualidade de membros do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), com vontade livre e consciente, de forma estável, profissionalizada, preordenada, com estrutura definida e com repartição de tarefas, agregaram-se ao núcleo político de organização criminosa para cometimento de uma miríade de delitos, em especial contra a Administração Pública, inclusive a Câmara dos Deputados. [...] Por fim, ao denunciado Michel Temer imputa-se também o crime de embaraço às investigações relativas ao crime de organização criminosa, em concurso com Joesley Batista e Ricardo Saud, por ter o atual presidente da República instigado os empresários a pagarem vantagens indevidas a Lúcio Funaro e Eduardo Cunha, com a finalidade de impedir estes últimos de firmarem acordo de colaboração" (fls. 6-9). PS.: Como é cedido, o art. 51, inc. I, da CR/88 disciplina que "compete privativamente à Câmara dos Deputados autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado". Com esteio nesse preceptivo, no dia 25.10.2017, o Plenário da Câmara dos Deputados recusou a autorização para o STF deliberar sobre o recebimento da citada denúncia apresentada pela PGR. Com isso, somente após Temer deixar o mandato é que ele responderá pelas acusações perante a primeira instância; já os ministros, quando deixarem seus cargos.

133 Sobre o assunto, prevê o Código Penal da Espanha, em seu art. 465: "*1. El que, interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años. 2. Si los*

*hechos descritos en el apartado primero de este artículo fueran realizados por un particular, la pena será de multa de tres a seis meses*".

134 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa:* Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 84.

135 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa:* Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 93.

136 NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 29

137 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa:* Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 93-94.

138 HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. t. II, p. 34. Igualmente GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 163.

139 PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Ignorância do parlamento. Definição de organização criminosa trará dor de cabeça*. Disponível em: <http://www.conjur.com. br/2013-ago-05/antonio-pitombo-definicao-organizacao-criminosa-trara-dor-cabeca>. Acesso em: 13 jan. 2015.

140 SILVA, Eduardo Araujo. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 29.

141 Pendente de julgamento até o fechamento desta edição.

142 Não se desconhece que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já promoveu o chamado "ajuste principiológico" da "desarrazoada" sanção do art. 273, § 1º-B, V, do Código Penal e estabeleceu que a esse delito deve ser cominada a pena prevista no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/2006, com possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do respectivo § 4.º (AI no HC 239.363/PR, Corte Especial do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 10.04.2015). Entretanto, impende ressaltar a existência de julgados da 1.ª e da 2.ª Turmas do Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, *in verbis*: "O Poder Judiciário não detém competência para interferir nas opções feitas pelo Poder Legislativo a respeito da apenação mais severa daqueles que praticam determinados crimes, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes" (RE 829226 AgR, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Luiz Fuz, *DJe*-043 de 06.03.2015). "Alegação de inconstitucionalidade do art. 273, § 1º-B, do Código Penal. Constitucionalidade da imputação" (RE 844152 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma do STF, *DJe*-249 de 18.12.2014). Por fim, ainda sobre a criação de uma "terceira lei" pelo Judiciário, veja-se que o STJ, em outro contexto, editou a seguinte súmula: "É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo" (Súmula 442).

143 GARCIA, Emerson. *Aferição da proporcionalidade da pena cominada à infração penal: uma interpretação constitucionalmente (in)correta*. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/211/77>. Acesso em: 25 out. 2015.

144 HC 109676, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe*-158 de 14.08.2013.

145 "O Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo" (RE 933051 AgR, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe*-217 de 26.09.2017).

146 Nesse sentido: RE 443388, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe*-171 de 11.09.2009.

147 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada – volume único*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 493-494. No mesmo sentido: "As penas aplicadas poderão ser aumentadas até a metade se houver emprego de arma" e "majoradas de um sexto a dois terços se ocorrer qualquer das hipóteses prevista no § 4.º, além das agravantes previstas no Código Penal" (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa:* Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 94).

148 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 171.

149 SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas:* aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30.

150 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 582-583.

151 MANZINI, Vicenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. 5. ed. Torino: UTET, 1956. v. 5, p. 1.

152 Circunstância esta que motiva forte crítica por parte da doutrina: "Curiosamente, o texto legal assegura uma proteção à identidade, intimidade e privacidade do *delinquente delator*, eufemisticamente chamado 'colaborador', que é um criminoso membro de *organização criminosa*, a despeito de não assegurar o mesmo direito a nenhum cidadão de bem" (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 194).

153 FLORES, Andréa *et al*. *Organização criminosa* – comentários à Lei n.º 12.850, de 05 de agosto de 2013. Org. Rejane Alves de Arruda. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 100-101.

154 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa:* Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 196-197.

155 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado:* comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 132.

156 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (direito penal*

*econômico)*. v. 8. São Paulo: RT, 2014. p. 492.

157 O que será visto quando do estudo dos *direitos do colaborador*.

158 Excertos do *Informativo 877* STF, de 11 a 15 de setembro de 2017.

159 ROHC 115.997, 2.ª Turma do STF, Rel. Cármen Lúcia, unânime, *DJe* 20.11.2013.

160 *Vide* Seção III da LCO.

161 "[...] **o aludido '*pretexto*' guarda liame com a posição de colaborador**, segundo o acordo avençado com o Ministério Público. Se comum o crime, com o que a expressão '*pretexto de colaboração com a Justiça*' cumpriria a função de elementar com natureza de elemento subjetivo do injusto, o novo tipo penal a par de se mostrar uma espécie de calúnia qualificada, não justificaria, por outra banda, a expressiva elevação de pena em relação ao tipo penal inscrito no art. 138 do Código Penal [...]" (FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *C riminalidade organizada*: comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 235). Luiz Regis Prado também entende que o colaborador "deve estar minimamente comprometido com as investigações e/ou com o processo criminal e sua atuação deve se dar no contexto de um ou outro, formalizado de acordo com as normas que regem os atos processuais e investigatórios. Assim, por exemplo, se uma pessoa por veículo de comunicação, atribui falsamente a outra a prática de um delito que interessa às investigações sobre uma organização criminosa, comete o delito de calúnia (art. 138, CP)" (*Tratado de direito penal brasileiro*: parte especial (direito penal econômico). 8. São Paulo: RT, 2014. v. 8, p. 494). E ainda: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 132-133.

162 Em sentido contrário, entendendo que basta o pretexto de colaborar com a justiça, independentemente da celebração de acordo de colaboração premiada: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 181.

163 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p 128.

164 Excertos do voto proferido na Pet. 5.700/DF pelo Min. Celso de Melo (transcrições do *Informativo 800* STF).

165 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p 126.

166 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p 125-126.

167 Vale lembrar que o direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), consagrado na Constituição da República, não é absoluto. Tanto assim que o STF, "no Recurso Extraordinário n.º 640.139/DF, assentou ser fato típico o ato de o agente identificar-se com nome falso, por ocasião de prisão em flagrante, com o objetivo de ocultar maus antecedentes" (Segundo Ag. Reg. no RE com Agravo n.º 792.561/SP, 1.ª Turma do STF, Rel. Marco Aurélio, unânime, *DJe* 25.08.2014).

168 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 584.

169 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa:* Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 202.

170 Há uma **exceção** a essa regra, consistente no crime de falsa perícia (CP, art. 342) praticado em concurso por dois peritos, contadores, tradutores ou intérpretes. Trata-se de crime de mão própria cometido em coautoria.

171 Com entendimento diverso, Nucci: "Cremos presente o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de induzir o investigador ou julgador em erro, prejudicando a administração da justiça" (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 761).

172 Com outra visão, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (*Comentários à Lei de Organização Criminosa:* Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 204) entendem que as expressões "*que sabe ser inocente*" e "*que sabe inverídicas*" não são indicativas "de dolo tampouco de culpa", mas, sim, constituem "tão somente uma *elementar normativa* que [...], ante o atual estágio dogmático de dolo e da culpabilidade, é absolutamente desnecessária". Portanto, conforme os citados autores, as ditas expressões são "elementares típicas que devem, necessariamente, ser cobertas pela vontade consciente do sujeito ativo".

173 Diversamente, Rogério Sanches e Ronaldo Pinto entendem que "a dúvida pode configurar o dolo eventual" (*Crime organizado:* comentários à nova Lei sobre o Crime Organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 133).

174 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 201.

175 Nesse sentido: SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada* . Salvador: JusPodivm, 2016. p. 126.

176 SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 126.

177 PRADO, Luiz Regis Prado. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte especial (direito penal econômico). São Paulo: RT, 2014. v. 8, p. 494.

178 "A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do réu. Precedentes. Foram

apresentados elementos concretos idôneos para motivar a negativa de suspensão condicional do processo" (ROHC 115.997, 2.ª Turma do STF, Rel. Cármen Lúcia, unânime, *DJe* 20.11.2013).

179 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado:* comentários à nova Lei sobre o Crime Organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 134.

180 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 585.

181 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro Forense, 2014. v. 2, p. 761.

182 "Como o texto legal fala somente em 'descumprir determinação de sigilo das investigações', sem declinar sua origem, se legal ou judicial, quer-nos parecer que tal origem seja irrelevante, isto é, qualquer delas tem dignidade para receber a proteção penal" (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 210).

183 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada – volume único*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 598.

184 Cf. NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 297.

185 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte especial (direito penal econômico). São Paulo: RT, 2014. v. 8, p. 496.

186 Nesse sentido: "*Sujeito ativo* somente pode ser quem tem ciência de segredo em razão de cargo o função (policial) pública. Trata-se de uma **modalidade muito peculiar de** *crime próprio*, uma vez que a *condição especial* não se encontra no sujeito ativo propriamente – funcionário público –, mas na natureza da atividade ou função em razão da qual tem a possibilidade de ter ciência do sigilo funcional" (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa:* Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 208). Ainda: LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. *Crime organizado e a Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 87.

187 Por força do art. 30 do CP, "não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime".

188 Discordamos de Eduardo Araujo da Silva (*Organizações criminosas:* aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 127) quando diz que "o crime é comum, pois qualquer pessoa pode praticá-lo".

189 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010. v. IV, p. 458-459.

190 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa:* Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211-212.

191 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 586.

192 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 216.

193 Nesse sentido: Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (*Crime organizado*: comentários à nova Lei sobre o Crime Organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 136), Ana Luiza Almeida Ferro, Gustavo dos Reis Gazzola e Flávio Cardoso Pereira (*Criminalidade organizada*: comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 239), Guilherme de Souza Nucci (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 764) e Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (*Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n° 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213).

194 Abonando essa visão, Eduardo Araujo da Silva pondera: "Trata-se de crime próprio, pois somente os empregados de empresas detentoras de dados cadastrais, registros, documentos e informações, objetos da requisição, poderão cometê-lo" (*Organizações criminosas:* aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 127). Ainda: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 213.

195 Nesse sentido: "[...] interpretamos que as autoridades que requisitaram as informações devem conceder prazo razoável para o cumprimento, podendo conceder de modo discricionário quantas prorrogações quanto entender razoáveis para o seu cumprimento, a depender do caso concreto, advertindo em sua requisição que o não cumprimento dentro do prazo estipulado poderá acarretar na imputação do crime do artigo 21 da Lei 12.850/2013" (GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 189).

196 Em regra, as infrações penais de menor potencial ofensivo se processam pelo *rito sumaríssimo* (CPP, art. 394, § 1º, III).

197 "Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público."

198 "Art. 10. [...] Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar."

199 "1. A quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu *decisum*, em observância aos artigos 5.º, XII e 93, IX, da Carta Magna. 2. Os dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições bancárias em sede de processo administrativo tributário sem prévia autorização judicial não podem ser utilizados no processo penal. [...]" (AgRg no REsp 1.373.498/SE, 6.ª Turma do STJ, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, unânime, *DJe* 29.08.2014). No mesmo sentido: "1. O sigilo bancário é garantido no artigo 5.º da Constituição Federal, e para que haja o seu afastamento exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada (artigo 93, IX, da Carta Magna). [...]" (RHC 44.909/PE, 5.ª Turma do STJ, Rel. Jorge Mussi, unânime, *DJe* 25.09.2014).

200 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova Lei sobre o Crime Organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 138.

201 *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 128.

202 A conduta de propalar/divulgar pode ser praticada pelos mais variados meios (crime de forma livre): televisão, rádio, jornais, revistas, impressos, palavras ao público, faixas, placas etc.

203 Recorde-se que o consentimento do ofendido somente pode afastar a ilicitude nos delitos em que o titular do bem jurídico tutelado pela lei penal é uma pessoa, física ou jurídica. Não tem o condão de excluir o crime quando se protegem bens jurídicos metaindividuais, ou então pertencentes à sociedade ou ao Estado. Ademais, se indisponível o bem jurídico, há interesse privativo do Estado e o particular dele não pode abrir mão.

204 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 217.

205 *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 214.

206 *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 217.

207 Em regra, as infrações penais de menor potencial ofensivo se processam pelo *rito sumaríssimo* (CPP, art. 394, § 1.º, III).

Capítulo II

# DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA

## 1. INTRODUÇÃO

Os **crimes de rua**, que são os praticados pelas pessoas de classes sociais desfavorecidas (a exemplo dos furtos executados por miseráveis, andarilhos e mendigos), são cometidos aos olhos da sociedade, em locais supervisionados pelo Estado (praças, parques, favelas etc.), e, por essa razão, são frequentemente objeto das instâncias de proteção (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário).

Esses delitos, também etiquetados como **crimes do colarinho azul,**[1] são, portanto, na imensa maioria das vezes, cometidos sem as artimanhas e engenharias típicas das sofisticadas organizações criminosas. Estas não atuam de forma amadora. Bem ao contrário.

Com efeito, a estrutura das organizações criminosas, a típica divisão de tarefas entre os membros do grupo, o foco[2] tantas vezes presente nos **crimes do colarinho-branco** (*white-collar crime*)[3] e o nível de profissionalismo dos seus integrantes, todas essas circunstâncias amalgamadas são reveladoras do surgimento das **cifras douradas do Direito Penal**, indicativas da diferença apresentada entre a criminalidade real e a criminalidade conhecida e enfrentada pelo Estado. Raramente existem registros envolvendo delitos dessa natureza, o que inviabiliza a persecução penal e acarreta a impunidade das pessoas privilegiadas no âmbito econômico, especialmente quando envolvidas nos meandros das organizações criminosas.

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

A esse respeito, bem assentou Antônio Scarance Fernandes 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 prova de seus crimes: faz com que desapareçam os instrumentos utilizados para cometê-los e com que prevaleça a lei do silêncio entre os seus

componentes; intimida testemunhas; rastreia por meio de tecnologias avançadas os locais onde se reúne para evitar interceptações ambientais; usa telefones e celulares de modo a dificultar a interceptação, preferindo conversar 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 conservá-las e de permitir produção diferenciada da prova para proteger vítimas, testemunhas e colaboradores**".[4]

Portanto, é perfeitamente legítimo que o ordenamento jurídico como um todo seja mais rigoroso no combate à criminalidade organizada, sem que isso signifique a criação de um Direito Penal de exceção. A repressão ao crime organizado "realmente não é eficaz se o Estado se utiliza dos mesmos instrumentos de combate à criminalidade comum. É claro que aquela forma de criminalidade apresenta-se de forma muito mais complexa, utilizando-se de métodos e tecnologias cada vez mais evoluídos, inclusive transcendendo as fronteiras nacionais".[5]

Nesse contexto, a Lei do Crime Organizado, em seu art. 3.º, preconizou que, em qualquer fase da persecução penal – ou seja, no âmbito da investigação criminal ou do processo penal –, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

"Art. 3.º [...].
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".

Por óbvio, a utilização desses meios especiais de obtenção de prova deverá obedecer às regras legais e constitucionais. Num Estado Constitucional e Democrático de Direito, em que sua Carta Magna homenageia o sistema processual acusatório e um conjunto de garantias fundamentais ao investigado/processado, é comezinha a percepção segundo a qual as intromissões do Estado na esfera privada dos cidadãos, especialmente na seara criminal, só podem existir dentro dos estritos lindes normativos. A busca pela eficiência não pode jamais atropelar inconstitucionalmente direitos e garantias fundamentais.

O que deve ser buscado pelos atores da persecução penal, isso sim, é o justo equilíbrio entre o *garantismo* e a *efetividade da sanção*, **garantismo negativo** e **garantismo positivo**, na mesma medida,[6] tal como brilhantemente ensinam Américo Bedê Jr. & Gustavo Senna, em obra[7] cuja leitura não pode ser olvidada.

Estamos, pois, com o Min. Luís Roberto Barroso quando assinala que:

"O garantismo é uma boa filosofia para lidar com o Direito Penal. Ele significa respeitar o devido processo legal (contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição) e assegurar os direitos fundamentais do acusado. Significa não querer salvar o mundo com tipificações abundantes e penas exacerbadas, nem tampouco fazer juízos morais desqualificadores das pessoas, em lugar de julgar fatos objetivos. **Garantismo, porém, não significa tratar o Direito Penal sem seriedade mínima, nem tampouco abdicar dos deveres de proteção atribuídos ao Estado**. A proteção dos direitos humanos, em qualquer sociedade civilizada, exige um grau moderado, legítimo e proporcional de repressão estatal, para que o bem seja mais atraente do que o mal".[8]

Diante desse quadro, rechaçamos a pecha[9] de que a Lei do Crime Organizado seria uma expressão do **direito penal do inimigo**,[10] sobre o qual disserta Günther Jakobs. A Lei 12.850/2013 não trata os investigados/réus como "inimigos" (ou "não cidadãos"); não viabiliza imposição de pena de prisão sem observância do devido processo legal e com atropelo à ampla defesa. Muito ao contrário, em diversas passagens a lei estabeleceu formas de controle – ministerial e judicial – para a utilização das técnicas especiais de investigação e conferiu papel de destaque à participação do defensor.

Ainda acerca da *obtenção da prova*, necessário esclarecer que a lógica do pensamento a respeito das provas no processo penal brasileiro foi consubstanciada tendo por foco a realidade das infrações penais clássicas (homicídio, roubo, furto, estupro etc.). Em razão disso, 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".[11]

Entretanto, o surgimento de **novas modalidades criminosas**, a especialização das organizações criminosas no cometimento de crimes societários, contra o sistema financeiro e a Administração Pública, conjugada com a profissionalização e o aperfeiçoamento das técnicas de lavagem de dinheiro, está a reclamar mudanças não apenas relacionadas ao modo de investigar, mas, sobretudo, à maneira de julgar e apreciar a *prova possível* de ser produzida (creditando valor ao somatório de indícios a partir do emprego do método lógico-dedutivo).

Nesse caminho, festejamos a corajosa lição do magistrado federal Paulo Augusto Moreira Lima, no sentido de que:

"A análise do *modus operandi* destes 'velhos delitos' é suficiente a demonstrar que raramente virão à tona por confissão, prova testemunhal ou flagrante. Se os julgadores se contentarem apenas com esse tipo de prova, assistiremos a uma **saraivada sem fim de absolvições**, pois a experiência demonstra que nos casos pertinentes à macrocriminalidade impera forte código de silêncio na instrução criminal.

Assim, a não compreensão de que as novas formas criminosas não podem ser demonstradas pelos meios clássicos de prova resulta, no mais das vezes, na exigência de produção de **prova impossível (diabólica)**, o que acaba por conduzir ao reconhecimento de nulidades e absolvições.
Não se pode negar que o desejo de todo juiz criminal é poder julgar com uma relativa certeza da ocorrência do crime, o que é costumeiramente alcançado nos crimes clássicos por provas diretas como confissões, prisões em flagrante e testemunhas que presenciaram o fato. Mas, diante da nova criminalidade que se apresenta, praticada de forma dissimulada, às ocultas, por vezes mediante a utilização de 'laranjas' e empresas de fachada, **o juiz que exige provas diretas como pressuposto inarredável para proferir eventual condenação, não se contentando com a prova possível, no mais das vezes indiciária, coloca sua tranquilidade pessoal acima da responsabilidade que tem como julgador**".[12]

Noutro prisma, e sem embargo da aplicação das técnicas especiais de investigação como forma de repressão às organizações criminosas, é de todo recomendável a adoção de **políticas de prevenção ao crime organizado**. Deve-se, pois, estimular a implementação da ***criminal compliance***, tal como já ocorre na Lei da Lavagem de Dinheiro (art. 10, III), como reflexo da expansão do Direito Penal Econômico e da criminalidade empresarial. Com efeito, tem sido comum nos EUA e em países europeus, "o estabelecimento de departamentos internos que teriam a missão específica de avaliar constantemente os procedimentos da empresa com vistas a garantir a conformidade de sua atuação com as exigências normativas, em especial quanto ao cumprimento das obrigações de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro".[13]

Esses programas de *compliance* são concebidos e se baseiam fundamentalmente em três pilares: "*prevención, reconocimiento y reacción. La empresa crea sus propios deberes y reglas de comportamiento que traslada a sus empleados, en una cadena de traslaciones que comienza en el Estado y termina en los trabajadores*".[14]

Sobre a temática, discute-se em todo o mundo a (im)possibilidade de o *compliance-officer* ser responsabilizado pela não evitação de resultados delitivos. Conforme a doutrina especializada, "*la jurisprudencia alemana, por su parte, se ha pronunciado – aunque solo parcialmente – señalando que* ***el oficial de cumplimiento tiene una posición de garante*** *y que, por lo tanto, podría tener responsabilidad penal por los delitos cometidos desde la empresa*".[15]

No Brasil, é possível que a responsabilização criminal do *compliance officer* encontre fundamentação no art. 13, § 2.º, *b*, do Código Penal, que trata da omissão penalmente relevante do agente que, mesmo tendo assumido a responsabilidade (o dever obrigacional) de impedir o resultado, não age quando lhe era possível fazê-lo. Dessarte, caso haja previsão,

"seja no contrato entre a pessoa jurídica e o *compliance officer*, seja no estatuto da corporação, com ciência e aceite de que uma de suas funções é a de evitar a ocorrência da prática dos atos ilícito, é possível responsabilizar criminalmente a função de *compliance* pela realização do tipo penal por omissão imprópria. [...] o *compliance officer* não pode ser responsabilizado criminalmente por

operações ilícitas realizadas de maneira absolutamente estranha ao seu conhecimento. [...] Sua responsabilidade dependerá [...] da análise das circunstâncias que indicam que ele tinha domínio para intervir na cadeia causal dos fatos, pelo que se faz necessário avaliar: (a) se o programa [de *compliance*] era real ou se era um programa fictício; (b) se adotou as medidas possíveis para evitar, identificar e remediar o ilícito; (c) se não integrou ou aderiu a decisão pela prática do ilícito. Sua responsabilidade dependerá [também] da análise do elemento subjetivo, que no caso dos crimes omissivos impróprios se satisfaz com o mero deixar as coisas correrem com conhecimento da situação típica de perigo para o bem jurídico mais o conhecimento da posição de garante".[16]

Ainda nesse contexto, é bem-vinda a prática ***neighborhood watch*** ("vigilância da vizinhança"), espécie de policiamento comunitário "que 'cuida do envolvimento dos cidadãos, reunidos em pequenas comunidades, nas quais todos os moradores responsabilizam-se pela observação cuidadosa e atenta do patrimônio público e privado local'. Com efeito, 'qualquer membro do grupo, identificando condutas ou movimentos pouco usuais àquela área, tem o dever de comunicar os fatos à autoridade policial'".[17] Aliás, o art. 144 da CR/88 é bem explícito ao preconizar que a segurança pública é responsabilidade de todos.

Bem assim, é chegado o momento de se disciplinar adequadamente a instituição de regras corporativas de proteção a informantes confidenciais – doutrinariamente chamados de ***whistleblowers*** ("tocadores de apito") – para fortalecer empresas comprometidas com o respeito às leis e eliminar as condições hoje favoráveis a empresas corruptoras. De se notar que os *whistleblowers*

"nada têm a ganhar processualmente com as informações que prestam. Mas podem perder muito se suas identidades forem reveladas, uma vez que fazem parte de uma estrutura qualquer da Administração Pública ou de uma empresa, na qual perceberam a prática de crimes ou infrações não penais por colegas, superiores hierárquicos, ou administradores. É neste segmento que estão os *whistleblowers*, os informantes propriamente ditos. Podem ser remunerados ou não, em função da valia das informações que prestam. Suas identidades em regra são mantidas em sigilo para evitar retaliações. Em suma, o informante é a pessoa que dará a dica para o início de uma sindicância administrativa, uma investigação criminal ou uma auditoria, ou o indivíduo que fornecerá elementos probatórios para auxiliar numa apuração em andamento. Normalmente, não depõe em juízo ou na fase pré-processual".[18]

Conquanto o *tocador de apito* por vezes se encontre inserido dentro de uma empresa ou de um órgão público, é possível enxergar para o *whistleblower* um posicionamento social mais amplo, pois, "na grande maioria dos casos, o *reportante* é apenas um cidadão honesto que, não tendo participado dos fatos que relata, deseja que a autoridade pública tenha conhecimento e apure as irregularidades". O *whistleblower*, portanto, pode ser qualquer pessoa que, espontaneamente, venha a noticiar às autoridades informações relevantes sobre ilícitos penais ou administrativos. Assim, "por ostentar conhecimento privilegiado sobre os fatos, decorrente ou não do ambiente onde trabalha,

o instituto jurídico do *whistleblower*, ou reportante, trata-se de auxílio indispensável às autoridades públicas para deter atos ilícitos".[19]

Em nosso ordenamento jurídico, de maneira bem rarefeita, é possível visualizar alguns traços d o *whistleblowing* na Lei Anticorrupção, particularmente ao disciplinar que serão levados em consideração na aplicação das sanções administrativas, além de outros critérios, a existência de mecanismos e procedimentos internos de *incentivo à denúncia de irregularidades* no âmbito da pessoa jurídica (art. 7.º, VIII).[20] Todavia, não existe entre nós uma legislação específica sobre o tema, lacuna que se pretende colmatar com Projeto de Lei 1.701/2011, que institui o Programa Federal de Recompensa e Combate à Corrupção, por meio do qual o "*cidadão colaborador*" que contribui para a elucidação de crime contra a administração e o patrimônio públicos, bem como para a recuperação de valores e bens públicos desviados, recebe recompensa pecuniária.

Muito embora não haja no Brasil uma lei exclusiva sobre o *whistleblowing*, impende destacar que a **Lei 13.608/2018** consagrou, ainda que em contornos mínimos, o referido instituto. Com efeito, a novel legislação dispôs sobre o "disque-denúncia" e procurou incentivar a colaboração popular com as investigações criminais ou administrativas, mediante a garantia do anonimato,[21] concebendo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de **recompensas** (parágrafo único do art. 4.º) – inclusive mediante o pagamento de valores em espécie – "**pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos**" (art. 4.º).[22]

A menção legal ao anonimato, por si só, nada tem de inconstitucional. Como é cediço, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que a denúncia anônima não tem o condão de invalidar as apurações levadas a efeito pelos órgãos oficiais do Estado, "quando as investigações se utilizam de outras diligências colhidas para averiguar a *delatio criminis*".[23] Ou seja, "notícias anônimas de crime, desde que verificada a sua credibilidade por apurações preliminares, podem servir de base válida à investigação e à persecução criminal".[24] A delação apócrifa não pode sustentar, de per si, a instauração de inquéritos criminais e civis ou mesmo a deflagração de ações penais ou de improbidade administrativa, "prestando-se, contudo, a embasar procedimentos investigativos preliminares em busca de indícios que corroborem as informações, os quais tornam legítima a persecução criminal estatal".[25]

Os assovios dos *tocadores de apito* podem e devem ser ouvidos e levados em consideração pelo Estado, mesmo que soprados sob o manto do anonimato, "camuflagem necessária para que não sejam ameaçados por seus caçadores habituais".[26] Cabe aos órgãos oficiais de prevenção e repressão o dever de apurar as *notitias* de infrações penais ou administrativas, ainda que formuladas anonimamente. Nesse caso, deve o Estado "agir em sigilo para confirmá-las, de modo a não expor a honra e a imagem dos suspeitos e em ordem a não lesar sua presunção de inocência".[27]

Apesar de algumas semelhanças, o *whistleblower* – "reportante do bem" – não se confunde com

a figura do colaborador (LCO, arts. 4.º a 7.º). Ao contrário do que sucede com este, o *tocador de apito* não é coautor ou partícipe de crime algum. Ao prestar suas declarações e entregar evidências do crime, o colaborador almeja a conquista de prêmios processuais (perdão judicial; redução da pena; imunidade etc.). O *whistleblower*, por seu turno, não visa nada disso, mesmo porque ele não é investigado/processado pelos crimes e ilícitos administrativos que resolveu denunciar. Em seu favor, outras benesses (fora da seara processual) podem ser instituídas, dentre as quais, a recompensa financeira.

Por fim, é de ver que o *whistleblower* nem sequer tem "a obrigação estatutária ou contratual de reportar irregularidades ocorridas dentro da empresa. Vale dizer: o informante não é responsável pelo departamento de controle ou pelo setor de *compliance*, o que, evidentemente, o torna uma figura singular dentro do sistema de prevenção criminal".[28]

## 2. DA (IN)CAPACIDADE POSTULATÓRIA DOS DELEGADOS DE POLÍC

A Lei do Crime Organizado preconizou que a infiltração de agentes como meio especial de obtenção de prova e a concessão de perdão judicial pelo magistrado ao colaborador poderiam ocorrer mediante requerimento (pedido) do Ministério Público ou *representação da autoridade policial*.

Recentemente, com esteio no sistema acusatório, alguns doutrinadores passaram a questionar essa "legitimidade" da autoridade policial para representar pelo deferimento de medidas cautelares, em razão de não possuir capacidade postulatória.

Fácil perceber que o tema é bastante polêmico, tendo-se formado duas correntes sobre o ponto:

**1.ª corrente (tradicionalmente aceita na práxis):** O posicionamento favorável à capacidade postulatória dos delegados de polícia se fundamenta em dispositivos infraconstitucionais (CPP, art. 282, § 2.º; Lei 7.960/1989, art. 2.º; Lei 9.296/1996, art. 3.º, I; Lei 12.850/2013, arts. 4.º, § 2.º, e 10 etc.). Na doutrina, encontra-se o magistério de Eugênio Pacelli de Oliveira, sob os seguintes argumentos: previsão legal; a polícia não é subordinada ao Ministério Público;[29] não se pode falar propriamente em processo cautelar no processo penal, como ocorre no processo civil, tendo-se, em verdade, "providências acauteladoras".

**2.ª corrente:** Em posição diametralmente oposta, a visão constitucionalista contrária à capacidade postulatória dos delegados de polícia apregoa que "tanto na ação penal de conhecimento quanto na cautelar, é o Ministério Público que deve decidir pela necessidade e adequação da iniciativa probatória, não a polícia judiciária" e, por consequência, defende que "o polo ativo processual das medidas cautelares deve ser ocupado pelo Ministério Público, não pela polícia judiciária, que não tem capacidade postulatória. Devem ser considerados inconstitucionais os

dispositivos legais que prevejam iniciativa processual à polícia, por incompatibilidade com os princípios do devido processo legal e acusatório, em face do disposto no art. 129, I, da Constituição da República (no caso de normas pré-constitucionais, devem ser tidas por não recepcionadas)".[30] Demais disso, são apontados como **fundamentos dessa nova orientação**:

**a)** CR/88, art. 129, I: conferiu ao Ministério Público a privatividade da Ação Penal (cautelar, inclusive), e não a privatividade da denúncia. Assim, "se a decisão acerca da existência ou não do processo condenatório é única e exclusivamente do Ministério Público, parece sem razão admitir que qualquer medida cautelar – que é instrumento a serviço da ação principal – seja deferida sem a sua concordância [...]. Como possui a prerrogativa de decidir sobre o início da ação penal principal, com muito maior razão deve possuir legitimidade para decidir se é o caso ou não de requerimento das medidas cautelares na fase das investigações";[31]

**b)** sistema acusatório: no sistema inquisitivo, a titularidade da ação penal, em alguns casos, era compartilhada (CPP, art. 26) entre MP, Judiciário e Polícia. Situação completamente absurda diante do novo perfil constitucional do *Parquet* e do processo penal constitucionalizado (devido processo legal e seus consectários). Nesse sentido, "seria incongruente [...] que pudesse haver autores distintos legitimados para a ação penal condenatória e para a ação cautelar, dado o caráter finalisticamente orientado da segunda, que é processualmente autônoma, mas voltada à preservação da utilidade da ação dita principal";[32]

**c)** se o Judiciário não pode adotar medidas cautelares de ofício na fase investigativa (art. CPP, 282, § 2.º), também não poderá fazê-lo com esteio em mera representação policial, por constituir essa situação "verdadeira hipótese de prisão decretada de ofício";[33]

**d)** havendo o indeferimento da "representação" (policial), o delegado de polícia não poderá recorrer. Isso demonstra a sua falta de capacidade postulatória (nítida ilegitimidade de parte);

**e)** controle externo difuso da atividade policial: "as representações noticiando possível necessidade de medida cautelar para fim de viabilizar a apuração de infração penal, ou mesmo para assegurar a eficácia de futuro processo penal, estão incluídas no contexto maior do controle externo da atividade policial";[34]

**f)** nem o assistente de acusação, que tem capacidade postulatória (após a instauração do processo penal, diga-se), pode dirigir os rumos do processo a seu bel-prazer: "O acolhimento de proposta de produção de prova formulada pelo assistente da acusação não prescinde da concordância do titular da ação penal, o Ministério Público – inteligência do § 1.º do artigo 271 do Código de Processo Penal, à luz da garantia do devido processo legal";[35]

**g)** com esse novel entendimento almeja-se evitar a restrição indevida de direitos dos investigados. Nesse sentido: "Imagine-se a seguinte hipótese, como exemplo do cuidado que se deve ter para evitar agravos ao princípio da proporcionalidade nessas situações: a polícia judiciária

'representa' ao Poder Judiciário pela busca e apreensão na residência de alguém e o juiz a defere sem manifestação prévia do Ministério Público ou, pior ainda, contra a manifestação deste. Finda a diligência, o membro do MP, único sujeito constitucionalmente competente para formular a *opinio delicti*, demonstra que o fato era atípico ou estava atingido pela prescrição e promove o arquivamento dos autos. Conclusão: houve restrição desnecessária ao direito individual do cidadão atingido (para não mencionar o dispêndio desnecessário de recursos públicos, em afronta ao princípio constitucional da economicidade), que seria evitada se o Ministério Público participasse *ab initio* da medida cautelar – como deve ser";[36]

**h)** essa corrente não propõe poderes absolutos ao MP. Sempre haverá de existir controle/sindicalidade: "Imagine-se a hipótese em que o delegado entende imprescindível a prisão temporária ou preventiva, mas há a discordância do Ministério Público. Neste caso, deve haver controle, pois não pode a decisão do promotor ou procurador da República ficar imune a qualquer controle. Justamente por isto, entendemos que deve ser aplicado por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal";[37]

**i)** esse entendimento é consentâneo com o garantismo penal: "Por sinal, a possibilidade, na Itália, de retirar a ação penal do Ministério Público (que lá é corretamente tido como uma magistratura) e transferi-la ao Poder Executivo, bem como a aprovação de 'leis policiais', foi expressamente apontada por Ferrajoli como movimentos de grande risco para as garantias do cidadão. Vê-se, pois, que, na ótica do autor, o protagonismo do Ministério Público é requisito para existir verdadeiro garantismo".[38]

Dessarte, para essa segunda corrente, a representação policial deve ser tida como uma *opinião policial*, "porquanto somente pode haver requerimento, no sentido próprio da palavra, por quem é a parte na relação processual e, portanto, detém a *legitimidade ad causam*".[39] Dito de outro modo, as representações da autoridade policial "devem ser dirigidas ao Ministério Público, que, caso concorde, as proporá ao Juízo. Caso discorde da medida cautelar pleiteada, o Ministério Público deixará de enviar os autos ao Juízo, devolvendo ao Delegado ou deverá ser necessariamente indeferida pelo juiz. O deferimento da medida cautelar, mesmo contra o entendimento do *dominus litis*, levará à nulidade".[40]

Posta a divergência, e independentemente da corrente que se adote acerca da (in)capacidade postulatória dos delegados de polícia, para nós, não se pode admitir o deferimento de medidas cautelares sem a imprescindível oitiva do Ministério Público (*v.g.*, arts. 4.º, § 2.º, e 10, § 1.º, ambos da Lei 12.850/2013), sobretudo na fase inquisitorial, sob pena de se configurar verdadeira concessão *ex officio* pelo magistrado (hipótese rechaçada pelo CPP, art. 282, § 2.º).

Diante de qualquer providência cautelar "representada" pela polícia ou mesmo à vista da solicitação de utilização de um meio especial de obtenção de prova (art. 3.º da Lei 12.850/2013), é de se ter por cogente a manifestação do órgão ministerial, a fim de propiciar ao titular da *opinio*

*delicti* a aferição quanto à necessidade e adequação da medida aos fins da apuração da infração. Portanto, o mal não está na representação policial em si, mas na ausência de requerimento por parte do *dominus litis*.

## 3. DA PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA PRIMEIRA FASE DA PERSECUÇÃO PENAL

O art. 282, § 2.º, do Código de Processo Penal dispõe que "as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público".

Como se vê, **no curso da investigação criminal**, é defeso ao magistrado agir de ofício. De forma mais clara, não tem o juiz o poder de ordenar *ex officio*, na fase inquisitorial, o cumprimento de medidas cautelares (sejam prisões ou cautelares diversas da prisão). Por outro lado, uma vez provocado, não há falar em qualquer irregularidade.

Exatamente em razão do sistema processual acusatório – que cuidou de separar de maneira bem nítida as funções de acusar, defender e julgar –, não deve o magistrado ter uma participação ativa na primeira fase da *persecutio criminis*, de maneira a indicar o caminho pelo qual a investigação deve seguir. Nesse cenário, poderia o juiz começar a realizar os chamados **quadros mentais paranoicos**[41] **(síndrome de Dom Casmurro)**,[42] em franco prejuízo ao investigado.

Esse panorama do *juiz inquisidor*, que tinha a faculdade de pessoalmente buscar provas para a instrução de inquéritos policiais, fazia-se presente de maneira bem explícita na revogada Lei 9.034/1995, particularmente em seu art. 3.º.[43] Notoriamente, esse preceptivo maculava a imparcialidade do magistrado, que, em verdade, agia nessas condições em total arrepio à dimensão substancial do *due process of law*.

Em tempo, todavia, o STF julgou procedente, em parte, o pedido formulado na ADIn 1.570 para declarar a **inconstitucionalidade** do art. 3.º da Lei 9.034/1995, no que se refere aos dados "fiscais" e "eleitorais",[44] por flagrante comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal.

Felizmente, ao elaborar a Lei 12.850/2013, o Parlamento cuidou de vedar ao juiz a *iniciativa* probatória na fase investigativa, tal como o fez ao redigir o art. 282, § 2.º, do CPP. Como se verá em seguida, na disciplina da Lei do Crime Organizado, o magistrado foi cuidadosamente afastado das tratativas para a elaboração do acordo de colaboração premiada (art. 4.º, § 6.º). Além disso, a autorização judicial para a infiltração de agentes pressupõe requerimento e, ainda, manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial (art. 10).

# 4. DOS MEIOS ESPECIAIS DE OBTENÇÃO DA PROVA PROPRIAMENTE DITOS

## 4.1 Colaboração premiada[45]

### *4.1.1 Breve introdução*

A colaboração premiada consiste no *meio especial de obtenção de prova – técnica especial de investigação* – por meio do qual 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, a estrutura da organização criminosa, a recuperação de ativos, a prevenção de delitos ou a localização de pessoas.

Portanto, a colaboração premiada se insere no contexto maior do chamado **direito penal premial**[46] e representa uma **tendência mundial**, justamente por ser, nas palavras do Min. Ricardo Lewandowski, "um instrumento útil, eficaz, internacionalmente reconhecido, utilizado em países civilizados" (HC 90.688/ PR) e plasmado nas Convenções de Palermo (art. 26) e de Mérida (art. 37), como medida apta a auxiliar no combate ao crime organizado e à corrupção.

Assim, inspirando-se na legislação premial italiana (*patteggiamento*)[47] de combate ao crime organizado, bem como na *plea bargaining*[48] – instrumento de política criminal característico do direito anglo-saxão –, o legislador brasileiro introduziu em nosso ordenamento jurídico o instituto da **colaboração premiada** (também batizada na doutrina de "delação premiada", "pacto premial", "cooperação premiada", "confissão delatória", "chamamento de corréu",[49] "negociação premial" etc.).

A evolução legislativa sobre o instituto denota o quanto veio sendo lapidada a colaboração premiada entre nós. Em sua gênese, não se previa a forma como se efetivaria na práxis a "delação"; não havia regras visando à proteção do colaborador; poucos eram os prêmios legais. Esse estado de coisas fez que Damásio de Jesus chegasse a enxergar o instituto como fracassado e antipedagógico.[50]

Por outro lado, a Lei 12.850/2013 alterou sensivelmente esse quadro. Surgiram regras claras para a celebração do acordo; o magistrado foi afastado da negociação; exigiu-se requerimento e homologação judicial; foram previstos direitos ao colaborador; tipificou-se como crime a revelação indevida de sua identidade; surgiram novos prêmios (*v.g.* , "acordo de não denunciar" ou "acordo de imunidade").

A partir da Lei do Crime Organizado, portanto, é improcedente a conceituação do instituto com base, exclusivamente, na delação dos comparsas formulada pelo colaborador, haja vista que a benesse legal pode ser conquistada também quando forem atingidos outros objetivos, tais como: (a) a

prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, (b) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa e (c) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Com efeito, conforme o ensinamento de Vladimir Aras, um dos maiores especialistas brasileiros no assunto, essa técnica especial de investigação tem quatro subespécies, a saber: a) delação premiada; b) colaboração para libertação; c) colaboração para localização e recuperação de ativos; e d) colaboração preventiva. Em suas palavras:

"Na modalidade **'delação premiada'**, o colaborador expõe as outras pessoas implicadas no crime e seu papel no contexto delituoso, razão pela qual o denominamos de agente revelador. Na hipótese de **'colaboração para libertação'**, o agente indica o lugar onde está a pessoa sequestrada ou o refém. Já n a **'colaboração para localização e recuperação de ativos'**, o autor fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos à lavagem. Por fim, há a **'colaboração preventiva'**, na qual o agente presta informações relevantes aos órgãos de persecução para evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita".[51]

Em verdade, tendo por base os resultados elencados pelo legislador no art. 4.º, *caput*, pode-se dizer que a Lei do Crime Organizado subdividiu o *gênero* colaboração premiada em *cinco espécies*, e não em quatro. Para além das espécies supramencionadas, o legislador criou, também, a denominada **colaboração reveladora da burocracia da organização** (LCO, art. 4.º, II), cujo foco é descortinar a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa.[52]

Em qualquer dessas modalidades, deve o colaborador oferecer informações minuciosas e precisas, sendo descabida a aplicação das benesses oriundas da colaboração quando o dito colaborador se limita a prestar declarações vagas, sem que delas resulte proveito eficaz para a persecução criminal. Nesse sentido:

"[...] **a Corte Regional vedou a aplicação da delação premiada**, pois, 'não se pode falar que houve colaboração efetiva. O acusado se limitou a formular declarações vagas, indicando apenas os prenomes dos supostos aliciadores, sendo provável que as informações de que dispõe provavelmente não correspondem à verdade, [...] os dados fornecidos não trouxeram qualquer proveito concreto à efetiva localização dos integrantes da organização criminosa que financiou a prática do delito'".[53]

### *4.1.2 Visão crítica: argumentos contrários e favoráveis*[54]

Parte considerável da doutrina mostra-se contrária à concessão de prêmios ao colaborador processual, enxergando nessa circunstância uma indevida e ilegítima intromissão de instrumentos oriundos de uma legislação de emergência no sistema normativo que rege a vida em sociedade nos coevos Estados Democráticos de Direito. Com essa visão, coloca-se o jurista italiano Luigi

Ferrajoli.[55] Na mesma trilha, o argentino Eugenio Raúl Zaffaroni[56] invoca a imoralidade e a antieticidade da medida, ao passo que o alemão Winfried Hassemer[57] teme que o acordo arruíne o processo penal.

Boa síntese de **argumentos contrários** à colaboração premiada pode ser colhida na doutrina de Guilherme de Souza Nucci. *In verbis*:

"a) oficializa-se, por lei, a traição, forma antiética de comportamento social; b) pode ferir a proporcionalidade na aplicação da pena, pois o delator recebe pena menor que os delatados, autores de condutas tão graves quanto as dele; c) a traição, como regra, serve para agravar ou qualificar a prática de crimes, motivo pelo qual não deveria ser útil para reduzir a pena; d) não se pode trabalhar com a ideia de que os fins justificam os meios, na medida em que estes podem ser imorais ou antiéticos; e) a existente delação premiada não serviu até o momento para incentivar a criminalidade organizada a quebrar a lei do silêncio, regra a falar mais alto no universo do delito; f) o Estado não pode aquiescer em barganhar com a criminalidade; g) há um estímulo a delações falsas e um incremento a vinganças pessoais".[58]

Em posição diametralmente oposta, João Paulo Baltazar Junior,[59] Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto,[60] Renato Brasileiro de Lima,[61] Márcio Barra Lima,[62] Pierpaolo Cruz Bottini e Luciano Feldens,[63] entre tantos outros, enxergam o instituto com bons olhos. Aliás, desde há muito, em passagem assaz conhecida, Rudolf Von Ihering anotava que:

"Um dia os juristas vão se ocupar do direito premial. Isso ocorrerá quando, pressionados por necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do Direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio e terão de delimitá-lo com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, e sobretudo, no interesse superior da coletividade".[64]

São comumente apontados como **argumentos favoráveis** à colaboração premiada os seguintes:

"a) no universo criminoso, não se pode falar em ética ou em valores moralmente elevados, dada a própria natureza da prática de condutas que rompem as normas vigentes, ferindo bens jurídicos protegidos pelo Estado; b) não há lesão à proporcionalidade na aplicação da pena, pois esta é regida, basicamente, pela culpabilidade (juízo de reprovação social), que é flexível. Réus mais culpáveis devem receber penas mais severas. O delator, ao colaborar com o Estado, demonstra menor culpabilidade, portanto, pode receber sanção menos grave; c) o crime praticado por traição é grave, justamente porque o objetivo almejado é a lesão a um bem jurídico protegido; a delação seria a traição com bons propósitos, agindo contra o delito e em favor do Estado Democrático de Direito; d) os fins podem ser justificados pelos meios, quando estes forem legalizados e inseridos, portanto, no universo jurídico; e) a ineficiência atual da delação premiada condiz com o elevado índice de impunidade reinante no mundo do crime, bem como ocorre em face da falta de agilidade do Estado em dar efetiva proteção ao réu colaborador; f) o Estado já está barganhando com o autor de infração penal, como se pode constatar pela transação, prevista na Lei 9.099/95. A delação premiada é, apenas, outro nível de transação; g) o benefício instituído por lei para que um criminoso delate o

esquema no qual está inserido, bem como os cúmplices, pode servir de incentivo ao arrependimento sincero, com forte tendência à regeneração interior, um dos fundamentos da própria aplicação da pena; h) a falsa delação, embora possa existir, deve ser severamente punida; i) a ética é juízo de valor variável, conforme a época e os bens em conflito, razão pela qual não pode ser empecilho para a delação premiada, cujo fim é combater, em primeiro plano, a criminalidade organizada".[65]

Estamos com aqueles que entendem ser a colaboração premiada um meio especial de obtenção de prova do qual o Estado não pode abrir mão, especialmente quando enfrenta a criminalidade organizada.[66]

Não se investiga esse tipo de delito, muito menos os que decorrem da constituição de uma organização criminosa, valendo-se de meios ortodoxos e vetustos. Imaginar que uma investigação sobre a composição e o *modus operandi* de uma organização criminosa seja bem feita apenas com a requisição de documentos, a colheita de depoimentos testemunhais (*se é que alguém se aventuraria a tanto!*) e o interrogatório de suspeitos é ignorar por completo as dificuldades inerentes ao combate efetivo e sério ao crime organizado.

Quem pensa assim, com a devida vênia, pode estar padecendo da "**Síndrome de Alice**", tão bem "diagnosticada" por Américo Bedê Jr. e Gustavo Senna:

"[...] é fundamental que o direito e o processo penal tenham maior efetividade no enfrentamento da criminalidade moderna. E isso não representa em hipótese alguma um discurso autoritário, arbitrário, como tende a entender certa parcela da doutrina, que, de forma generalizada, tacha de 'neonazistas', de retrógrados, de defensores do movimento de 'lei e ordem', do direito penal do inimigo, de antidemocráticos, de filhotes da ditadura etc. todos aqueles que advogam a restrição de algumas garantias processuais em casos limites de criminalidade grave, e isso quando é de conhecimento notório que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos. [...]
Essa postura preconceituosa e antidemocrática de certa parcela da doutrina revela um comportamento típico de quem foi acometido, pode-se dizer, pela '**síndrome de Alice**', pois mais parece viver num 'mundo de fantasia', com um '**direito penal da fantasia**', onde não existem homens que – de forma paradoxal – são movidos por verdadeiro descaso para com a vida humana; **um mundo no qual não existem terroristas, nem organizações criminosas nacionais e internacionais a comprometer as estruturas dos próprios Estados e, por conseguinte, o bem-estar da coletividade e a sobrevivência humana**".[67]

Para nós, é de todo improcedente a visão segundo a qual a colaboração premiada seria a "caixa-preta do processo penal brasileiro",[68] porquanto despida de conteúdo científico, divorciada da realidade e da sistematização legislativa.

Como pode ser acoimada de "caixa-preta" se a colaboração premiada é uma "negociação realizada entre as partes" (LCO, art. 4.º, § 6.º)? Como rotular o instituto de "caixa-preta" se, necessariamente, o acordo será submetido a "homologação judicial", que, inclusive, poderá ser "recusada se não atender aos requisitos legais" (LCO, art. 4.º, §§ 7.º e 8.º)? Como tentar emplacar

essa pecha tão negativa se "em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor" (LCO, art. 4.º, § 15)?

De mais a mais, **razões de ordem prática** justificam a adoção da colaboração premiada, a saber: "a) a impossibilidade de se obter outras provas, em virtude da 'lei do silêncio' que vige no seio das organizações criminosas; b) a oportunidade de se romper o caráter coeso das organizações criminosas (quebra da *affectio societatis*), criando uma desagregação da solidariedade interna em face da possibilidade da colaboração premiada".[69]

### *4.1.3 Natureza jurídica*

Na previsão normativa da Lei 12.850/2013 (art. 3.º), a colaboração premiada tem a natureza jurídica de **meio [especial] de obtenção da prova**, materializado em um "acordo" reduzido a "termo" para devida homologação judicial (LCO, art. 4.º, §§ 6.º e 7.º). A colaboração premiada é, pois, um "**negócio jurídico processual**" (Afrânio Silva Jardim[70]) **voltado para a obtenção de prova**, e não um meio de prova propriamente dito.[71]

Também é correto enxergar a colaboração premiada como espécie do gênero "**técnica especial de investigação**"[72] e, de outra banda, como "**meio de defesa**".[73] Aliás, nesse particular, ao prefaciar este livro, o professor Afrânio Silva Jardim bem asseverou que, sendo a colaboração premiada uma medida facultativa, "é mais um instrumento de que se pode valer a defesa de um indiciado ou acusado".

Pela literalidade da Lei do Crime Organizado, a colaboração premiada tem sua própria natureza jurídica (negócio jurídico processual voltado para a obtenção da prova), que **não se confunde** com a natureza do prêmio legal eventualmente aplicado, razão pela qual **discordamos** do entendimento segundo o qual "a delação premiada, a depender das condicionantes estabelecidas na norma, assume a natureza jurídica de perdão judicial, implicando a extinção da punibilidade, ou de causa de diminuição de pena".[74] Esse entendimento peca por confundir a natureza da colaboração (que não pode ser variável) com a dos prêmios.

Atingidos os pressupostos legais, o acordo de colaboração premiada poderá trazer ao colaborador um desses benefícios: (a) perdão judicial; (b) redução da pena privativa de liberdade em até 2/3; (c) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; (d) não oferecimento de denúncia, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração; (e) se a colaboração for posterior à sentença: (e.1) redução da pena até a metade ou (e.2) progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Registre-se, por necessário, que no recente julgamento do HC 127.483/ PR, interposto por um dos réus da famosa Operação Lava Jato, o Plenário do **Supremo Tribunal Federal** ratificou nossa opinião e confirmou que "**a colaboração premiada seria meio de *obtenção* de prova**, destinado à aquisição de elementos dotados de capacidade probatória", e não um "*meio de prova propriamente*

*dito*".[75]

De maneira bem clara, o STF assentou que o acordo de colaboração não se confunde com as declarações prestadas pelo agente colaborador, haja vista que estas

"seriam, efetivamente, *meio de prova*, que somente se mostraria hábil à formação do convencimento judicial se viesse a ser corroborado por outros meios idôneos de prova. Por essa razão, a Lei 12.850/2013 dispõe que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento exclusivo nas declarações do agente colaborador. Assinalou que **a colaboração premiada seria negócio jurídico processual** [...]. Por sua vez, esse acordo somente será válido se: a) a declaração de vontade do colaborador for resultante de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé; e b) o seu objeto for lícito, possível, determinado ou determinável. Destacou que a 'liberdade' de que se trata seria psíquica, e não de locomoção. Assim, não haveria óbice a que o colaborador estivesse custodiado, desde que presente a voluntariedade da colaboração".[76]

Em consequência da adoção pelo Supremo Tribunal Federal do entendimento de que a colaboração premiada tem **natureza jurídica** de negócio jurídico processual por meio do qual almeja-se a obtenção de prova, **três importantes conclusões** foram assentadas pelo Pretório Excelso, a saber: **(a)** eventual coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo colaborador não pode impugnar o acordo de colaboração; **(b)** a personalidade do colaborador ou eventual descumprimento de anterior acordo de colaboração não invalida o pacto atual,[77] atinente a fato delitivo diverso, "embora, subjetivamente, não recomende o perdão judicial ante a magnitude da benesse"[78]; e **(c)** o acordo de colaboração premiada pode dispor sobre efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação.

No ponto, dada a sua importância, calha a transcrição de alguns excertos do *Informativo 796 STF* (HC 127.483/PR), *in ipsis litteris*:

"[...] eventual coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo colaborador não poderia impugnar o acordo de colaboração. Afinal, se cuidaria de **negócio jurídico processual personalíssimo**. Ele não vincularia o delatado e não atingiria diretamente sua esfera jurídica. O acordo, por si só, não poderia atingir o delatado, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos que viessem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por eles indicadas ou apresentadas. [...] Nos termos da Lei 12.850/2013, após a homologação do acordo, os depoimentos do colaborador se sujeitariam ao regime jurídico instituído pela lei. Subsistiriam válidos os depoimentos anteriormente prestados pelo colaborador, que poderiam, oportunamente, ser confrontados e valorados pelas partes e pelo juízo. Outrossim, negar-se ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração não implicaria desproteção aos seus interesses. Sucede que nenhuma sentença condenatória poderia ser proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador. Ademais, sempre seria assegurado ao delatado o direito ao contraditório. Ele poderia, inclusive, inquirir o colaborador em interrogatório ou em audiência especificamente designada para esse fim. Além disso, o Tribunal reputou que **a personalidade do colaborador ou eventual**

**descumprimento de anterior acordo de colaboração não invalidariam o acordo atual**. Primeiramente, seria natural que o colaborador, em apuração de organização criminosa, apresentasse, em tese, personalidade desajustada ao convívio social, voltada à prática de crimes graves. Assim, se a colaboração processual estivesse subordinada à personalidade do agente, o instituto teria poucos efeitos. Na verdade, **a personalidade constituiria vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração, notadamente a escolha da sanção premial**, bem assim o momento da aplicação dessa sanção, pelo juiz. Além disso, eventual 'confiança' do poder público no agente colaborador não seria elemento de validade do acordo. Esta não adviria da personalidade ou dos antecedentes da pessoa, mas da fidedignidade e utilidade das informações prestadas, o que seria aferido posteriormente. Assim, também seria **irrelevante eventual descumprimento de acordo anterior** pelo mesmo agente. Essa conduta não contaminaria a validade de acordos posteriores. O Plenário asseverou, ainda, que **o acordo de colaboração poderia dispor sobre efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação**. Na espécie, ele cuidaria da liberação de imóveis do interesse do colaborador, supostamente produtos de crimes. Consignou que essas cláusulas não repercutiriam na esfera de interesses do paciente. Todavia, seria legítimo que o acordo dispusesse das medidas adequadas para que integrantes de organizações criminosas colaborassem para o desvendamento da estrutura organizacional. Como a colaboração exitosa teria o condão de afastar consequências penais da prática delituosa, também poderia mitigar efeitos de natureza extrapenal, a exemplo do confisco do produto do crime".

Particularmente sobre a impossibilidade de impugnação do acordo premial pelos delatados, recentemente o STF foi instado a revisar esse entendimento. Contudo, uma vez mais, o Pretório Excelso concluiu que, por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada "não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no relato da colaboração e em seus possíveis resultados".[79]

Compreendeu a Corte que a homologação do acordo de colaboração, por si só, "não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas".[80]

Em razão disso, e nos termos da Súmula Vinculante 14, é facultado o acesso a todos os *elementos de prova documentados* nos autos dos acordos de colaboração – incluindo-se as gravações audiovisuais dos atos de colaboração de corréus –, a fim de que a defesa possa "confrontá-los", mas não para que impugne os termos do acordo propriamente dito.

Veja-se, por outro lado, que **a colaboração premiada**, como meio de obtenção de prova, **não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência**. Desse modo, a competência para processar e julgar os crimes delatados pelo colaborador que não sejam conexos com os fatos objeto da investigação matriz "dependerá do local em que consumados, de sua

natureza e da condição das pessoas incriminadas (prerrogativa de foro)" e deverá receber o "mesmo tratamento" conferido ao **encontro fortuito** em outros meios de obtenção de prova.[81]

Assim, caso a serendipidade subjetiva denote o **envolvimento** de pessoa com prerrogativa de foro, "os autos devem ser *encaminhados imediatamente ao foro prevalente*, definido segundo o art. 78, III, do CPP, o qual é o único competente para resolver sobre a existência de conexão ou continência e acerca da conveniência do desmembramento do processo".[82] Todavia, essa sistemática somente se impõe "a partir do momento em que constatados **indícios sérios e relevantes** da participação de agente com direito ao foro especial",[83] porquanto "a **simples menção a nomes** de autoridades com foro por prerrogativa de função nos fatos sob investigação, *não tem o condão de fixar a competência do órgão hierarquicamente superior* para o processo e julgamento da causa",[84] principalmente quando se refira a fatos distintos do objeto da investigação primária.

Nesse contexto, vale observar que, na condução da Operação Lava Jato, os membros do Ministério Público Federal, liderados pelo Procurador da República Deltan Dallagnol, inovaram ao criar a metodologia de **divisão de assuntos por anexos**, de forma que, "se surgissem nomes de políticos, parte dos anexos poderia ser enviada ao Supremo Tribunal Federal sem prejudicar a investigação de outras pontas da história".[85] Essa foi uma providência bem adequada, a nosso ver, porquanto a homologação de acordo de colaboração premiada pelo juízo de primeiro grau de jurisdição, que mencione autoridade com prerrogativa de foro, "não traduz em usurpação de competência".[86] Ao contrário, em decorrência da serendipidade, "aplica-se a **teoria do juízo aparente**, segundo a qual não há nulidade na colheita de elementos de convicção autorizada por juiz até então competente para supervisionar a investigação".[87]

Dessarte,

"*somente haverá nulidade da investigação em que ocorra menção do nome de pessoa com prerrogativa de foro*, decorrente da incompetência absoluta do juízo que supervisiona o inquérito, se o Ministério Público ou o juiz de primeiro grau de jurisdição *agirem propositalmente para manter, de forma artificial, as investigações longe da supervisão da Corte efetivamente competente para tanto*, caso em que estaria configurada a usurpação da competência do foro prevalente. Nessa hipótese, contudo, não estaria caracterizado o encontro fortuito de provas, pois obtenção dos elementos de convicção teria feito parte da linha investigativa conduzida, que sempre estaria direcionada à investigação de atos relacionados a pessoa com foro por prerrogativa de função".[88]

Concluindo: se emanar das declarações do colaborador que autoridade detentora de foro por prerrogativa de função no STF praticou fatos não conexos àquele que constitui a razão de ser do procedimento investigatório em testilha, há de se providenciar a remessa dos autos à Corte para que ela exerça "sua **prerrogativa exclusiva** de decidir sobre a cisão de processos envolvendo agentes com prerrogativa de foro",[89] sendo certo que "o **desmembramento** do feito em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro deve ser a **regra**, diante da manifesta excepcionalidade da

competência *ratione muneris*, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante".[90] Portanto, ausente o potencial e relevante prejuízo que justifique o *simultaneus processus*, impõe-se a separação do inquérito em relação aos investigados que não detêm prerrogativa de foro, a fim de que a investigação prossiga perante a Suprema Corte tão somente em relação à autoridade detentora do foro privilegiado.[91]

### *4.1.4 Quadro comparativo e âmbito de incidência*

Várias leis tratam da colaboração premiada no país, mesmo sem se utilizar desse *nomen juris*. Cada qual elenca os seus próprios requisitos e estipula diferentes benesses ao colaborador.

Inegavelmente, o diploma normativo mais completo sobre o tema é justamente a Lei do Crime Organizado. Foi essa lei que previu que a materialização da colaboração premiada se dará em um "termo de acordo", o qual deverá ser submetido ao juízo competente para a devida homologação. Ademais, como ressaltamos *supra*, a Lei 12.850/2013 traçou direitos ao colaborador, tipificou como crime a revelação indevida de sua identidade e consagrou novos prêmios.

Enfim, para melhor assimilação quanto ao disciplinamento do instituto na legislação brasileira, dispomos o quadro a seguir, por meio do qual será possível aferir os requisitos exigidos por cada lei para a incidência do direito premial:

| **COLABORAÇÃO PREMIADA** | | | |
|---|---|---|---|
| **Lei** | **Artigo** | **Pressupostos** | **Prêmio** |
| Art. 8.º da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) | "Art. 8.º [...] Parágrafo único. O participante e o associado que **denunciar** à autoridade o bando ou quadrilha, **possibilitando seu desmantelamento**, terá a **pena reduzida** de 1 (um) a 2/3 (dois terços)". | • participante e/ou associado;<br>• denúncia à autoridade do bando ou quadrilha;<br>• possibilitando seu desmantelamento. | • redução de pena de um a dois terços. |
| Art. 159, § 4.º, do CP, acrescido pela Lei 8.072/1990 e, posteriormente, | "Art. 159. [...] § 4.º Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o **denunciar** à autoridade, **facilitando a libertação do sequestrado**, | • concorrente;<br>• denúncia à autoridade; | • redução de pena de um a dois terços. |

| | | | |
|---|---|---|---|
| modificado pela Lei 9.269/1996 | terá sua **pena reduzida** de um a dois terços". | • facilitando a libertação do sequestrado. | |
| Lei 8.137/1990 (crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e as Relações de Consumo) | "Art. 16. [...]. Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de **confissão espontânea revelar** à autoridade policial ou judicial **toda a trama delituosa** terá a sua **pena reduzida** de um a dois terços". | • coautor ou partícipe;<br>• confissão espontânea;<br>• revelação à autoridade policial ou judicial de toda a trama delituosa. | • redução de pena de um a dois terços. |
| Lei 7.492/1986 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) com as modificações efetuadas pela Lei 9.080/1995 | "Art. 25. [...] § 2.º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de **confissão espontânea revelar** à autoridade policial ou judicial **toda a trama delituosa** terá a sua **pena reduzida** de um a dois terços". | • crime previsto na Lei 7.492/1986;<br>• cometido em quadrilha ou coautoria;<br>• confissão espontânea por parte de coautor ou partícipe;<br>• revelação à autoridade policial ou judicial de toda a trama delituosa. | • redução de pena de um a dois terços. |
| Lei 9.034/1995 (revogada pela Lei 12.850/2013) | "Art. 6.º Nos crimes praticados em organização criminosa, a **pena será reduzida** de um a dois terços, quando a **colaboração espontânea** do agente levar ao **esclarecimento** | • crime praticado em organização criminosa;<br>• colaboração | • redução de pena de um a dois terços; |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | **de infrações penais e sua autoria**". | espontânea do agente;<br><br>• esclarecimento de infrações penais e sua autoria. | |
| Lei 9.613/1998 (crimes de "lavagem" de bens, direitos e valores) | "Art. 1.º [...] § 5.º A **pena poderá ser reduzida** de um a dois terços **e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto**, facultando-se ao juiz **deixar de aplicá-la** ou **substituí-la**, a qualquer tempo, **por pena restritiva de direitos**, se o autor, coautor ou partícipe **colaborar espontaneamente** com as autoridades, **prestando esclarecimentos que conduzam** à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime". | • autor, coautor ou partícipe;<br><br>• colaboração espontânea com as autoridades;<br><br>• 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. | • redução de pena de um a dois terços.<br><br>• ser cumprida em regime aberto ou semiaberto;<br><br>• possibilidade de não aplicação de pena; ou<br><br>• de substituição, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos. |
| Lei 9.807/1999 (dispõe sobre os programas especiais de proteção a | "Art. 13. Poderá o juiz, **de ofício ou a requerimento das partes**, conceder o **perdão judicial** e a consequente extinção da punibilidade **ao** | Art. 13<br><br>• acusado primário;<br><br>• colaboração efetiva | Art. 13<br><br>• perdão judicial. Art. 14 |

| | | | |
|---|---|---|---|
| vítimas e a testemunhas ameaçadas, bem como sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal) | **acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente** com a investigação e o processo criminal, **desde que dessa colaboração tenha resultado**: **I –** a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; **II –** a localização da vítima com a sua integridade física preservada; **III –** a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso".<br>"Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar **voluntariamente** com a investigação policial e o processo criminal **na** identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, **na** localização da vítima com vida e **na** recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, **terá pena reduzida** de um a dois terços". | e voluntária com a investigação e o processo criminal;<br><br>• obtendo-se: I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.<br><br>Art. 14<br><br>• indiciado ou acusado;<br><br>• colaboração voluntária com a investigação policial e o processo criminal;<br><br>• que redunde na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime. | • redução de pena de um a dois terços. |
| Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) | "Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar **voluntariamente** com a | • indiciado ou acusado; | • redução de pena de um |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | investigação policial e o processo criminal **na** identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e **na** recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá **pena reduzida** de um terço a dois terços". | • colaboração voluntária com a investigação policial e o processo criminal;<br><br>• redundando: na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime. | a dois terços. |
| Lei 12.529/2011 (Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica)<br>* Nota: esta lei trata do **acordo de leniência**.[92] | "Art. 87. **Nos crimes contra a ordem econômica**, tipificados na Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, **e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel**, tais como os tipificados na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, **a celebração de acordo de leniência**, nos termos desta Lei, determina a **suspensão do curso do prazo prescricional** e **impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência**. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, **extingue-se automaticamente a punibilidade** dos crimes a que se refere o caput deste artigo". | • crimes contra a ordem econômica e/ou crimes diretamente relacionados à prática de cartel;<br><br>• celebração de acordo de leniência. | • suspensão do curso do prazo prescricional;<br><br>• impedimento de oferecimento de denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência;<br><br>• cumprido o acordo, extinção da punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo. |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)[93] * Nota: esta lei trata do **acordo de leniência**. | "Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar **acordo de leniência** com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que **colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte**: **I –** a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e **II –** a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. § 1.º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, **cumulativamente, os seguintes requisitos**: **I –** a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; **II –** a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; **III –** a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu | • celebração de acordo de leniência;<br><br>• colaboração efetiva com as investigações e o processo administrativo;<br><br>• que sejam alcançados os seguintes resultados: identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração; cooperação da pessoa jurídica com as investigações e o seu comprometimento com a adoção/melhoria de mecanismos de compliance;<br><br>• observância de quatro requisitos cumulativos pela pessoa jurídica: cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a propositura do acordo; coopere com | Art. 16:<br><br>• isenção de sanções;<br><br>• redução do valor da multa aplicável;<br><br>• no caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo, há a possibilidade de completa remissão.<br><br>Art. 17:<br><br>• isenção ou atenuação das sanções restritivas ou impeditivas ao direito de licitar e contratar. |

| | | |
|---|---|---|
| | encerramento. § 2.º A celebração do acordo de leniência **isentará** a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6.º e no inciso IV do art. 19 e **reduzirá** em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.<br>§ 3.º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado. § 4.º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. § 5.º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas. § 6.º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 7.º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada. § 8.º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de | as investigações e com o processo administrativo,<br>comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento;<br>comprometa-se a implementar/melhorar medidas de compliance e incentive denúncias e aplique efetivamente seu código de ética;<br>repare o dano causado. |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento. § 9.º A celebração do acordo de leniência **interrompe o prazo prescricional** dos atos ilícitos previstos nesta Lei. § 10. A Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira".<br>"Art. 17. A administração pública poderá também celebrar **acordo de leniência** com a pessoa jurídica responsável pela prática d e **ilícitos previstos na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**, com vistas **à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88**". | | |
| Lei 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado) | "Art. 4.º 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 | • efetiva e voluntária colaboração com a investigação e com o processo criminal;<br>• alcançando-se, por meio da colaboração, um ou mais dos seguintes resultados: | • perdão judicial;<br>• redução da pena privativa de liberdade em até dois terços; |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | 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. § 1.º Em qualquer caso, **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. [...]. § 4.º **Nas mesmas hipóteses do caput,** o Ministério Público **poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador**: **I –** não for o líder da organização criminosa; **II –** for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos | 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;<br><br>• formalização do acordo de colaboração premiada entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do | • se a colaboração for posterior à sentença: a) redução da pena até a metade; ou b) progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos;<br><br>• substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;<br><br>• não oferecimento de denúncia, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração. |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | deste artigo. § 5.º Se a colaboração for posterior à sentença, **a pena poderá ser reduzida** até a metade ou **será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos**.<br>§ 6.º 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. § 7.º Realizado o acordo na forma do § 6.º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será **remetido ao juiz para homologação**, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor". | Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor;<br>• homologação judicial. | |

Uma conclusão desde já se impõe: a Lei 12.850/2013 **convive**, em obséquio ao princípio da especialidade, com as demais leis que tratam da colaboração premiada, num verdadeiro "**microssistema de estímulo à verdade**".[94] Não houve, pois, revogação dos demais diplomas, com exceção da antiga Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/1995).[95]

Mas em razão desse emaranhado de leis disciplinando a concessão de benefícios mediante o

cumprimento de determinados requisitos, é bem possível que se instaure no caso concreto um **conflito aparente de normas**.

Nesse campo, não pode prevalecer o critério cronológico – lei posterior revoga a anterior –, o qual, para além de desconsiderar a especialidade, culminaria na aplicação exclusiva dos prêmios e requisitos previstos na LCO, por ser a mais recente. Portanto, há de prevalecer a lei específica em análise conglobada com as Leis 9.807/1999 (que funciona como a *norma geral material da delação premiada*)[96] e 12.850/2013 (que serve como uma *lei geral procedimental das delações*).[97]

Assim, levando em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso, poder-se-ia cogitar da aplicação do perdão judicial[98] ao narcotraficante que, sendo primário,[99] colaborasse voluntariamente com a persecução penal de modo a viabilizar a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Esse entendimento, leciona Zanella, "privilegia a lei especial relativa ao crime praticado, a qual prevê exigências peculiares para a investigação e a repressão do fato (exemplo: colaboração num crime do art. 33 da Lei 11.343/2006 deve, de fato, ter como objetivo a apreensão do entorpecente)", e torna possível "a concessão de benesses maiores (exemplo: perdão judicial) que, de um lado, favorecerá o colaborador e, de outro, dará mais instrumentos às autoridades, que poderão oferecer contraprestações maiores ao colaborador em troca de informações mais significativas".[100]

Desse modo, é perfeitamente possível a **incidência dos prêmios previstos na Lei 12.850/2013** às **infrações penais conexas** ao *crime* de *organização criminosa* (LCO, art. 2.º), ainda que os *crimes* da *organização* tenham regramentos específicos sobre a *delação* (*v.g.* , extorsão mediante sequestro, tráfico de drogas). Não há fundamento razoável para se lhes negar a concessão dos benefícios previstos na LCO, sob pena de esvaziamento da eficácia da colaboração premiada. Ora, "se o agente souber que eventual prêmio legal ficará restrito ao crime de organização criminosa, dificilmente terá interesse em celebrar o acordo de colaboração premiada. Essa mesma discussão já havia se instalado com o advento da Lei n.º 9.807/99. Por não ter seu âmbito de aplicação restrito a determinado(s) delito(s), muito se discutiu quanto à incidência dos benefícios constantes dos arts. 13 e 14. Acabou prevalecendo a orientação de que referida Lei seria aplicável inclusive para crimes que contassem com um regramento específico sobre colaboração premiada (*v.g.,* tráfico de drogas)".[101]

Assim, no contexto de uma organização criminosa voltada para o cometimento de extorsões mediante sequestro, se as declarações de eventual colaborador tiverem *facilitado a localização da vítima* (lei específica: CP, art. 159, § 4.º), nada impede a aplicação dos prêmios previstos na Lei 12.850/2013, inclusive perdão judicial e imunidade (não previstos no CP), tanto para o crime *de* organização quanto para a extorsão mediante sequestro. Entretanto, caso este colaborador apenas

*revele a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa* (LCO, art. 4.º, II), sem facilitar a libertação do sequestrado, as benesses da Lei do Crime Organizado ficarão adstritas ao delito do art. 2.º da LCO, não alcançando o crime de vertido no art. 159 do CP.

Noutro vértice, em qualquer caso que envolver a *delação*, afigura-se conveniente a **aplicação da *sistemática* (diálogo das fontes)**[102] **inaugurada pela Lei 12.850/2013**, nos seus arts. 4.º a 7.º, até porque este foi o único diploma normativo que delineou um procedimento a ser trilhado para a corporificação do acordo de colaboração premiada, razão pela qual temos a Lei do Crime Organizado como uma espécie de **lei geral procedimental**.[103] Dessarte, é sempre recomendável a formalização adequada do pacto premial e a sua homologação judicial, providências que se prestam a conferir mais segurança jurídica às partes – sobretudo ao delator – e transparência ao jurisdicionado.

Não obstante a existência de vários regramentos prevendo o instituto da delação premiada, até a vigência da Lei 12.850/2013, havia em nosso ordenamento jurídico uma imensa vala em relação ao procedimento a ser adotado na gestão da colaboração. Justamente por isso, "é não apenas admissível, tendo em conta a analogia, mas plenamente recomendável que se apliquem as regras procedimentais disciplinadas na Lei das organizações criminosas a todas as hipóteses de utilização do instrumento premial no ordenamento jurídico penal brasileiro".[104]

### *4.1.5 Prêmios legais na LCO*

Como visto no quadro *supra*, **seis são os prêmios legais** previstos na Lei do Crime Organizado, a saber: a) perdão judicial; b) redução da pena privativa de liberdade em até dois terços; c) redução da pena até a metade, se a colaboração for posterior à sentença; d) progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos, se a colaboração for posterior à sentença; e) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; f) não oferecimento de denúncia, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Uma questão que desde logo se impõe é a seguinte: seria possível a cumulação de prêmios por ocasião da celebração do acordo de colaboração premiada? Também aqui não há unanimidade na doutrina, conforme se vê pelas correntes conflitantes abaixo expostas.

**1.ª corrente:** Defende que os prêmios são **alternativos**, porquanto "a legislação é específica em estabelecer alternativas, utilizando a expressão ou, o que significa que não é possível cumular as benesses da redução de pena e substituição, ambas com fundamento na Lei 12.850/2013".[105]

**2.ª corrente (nossa posição):** Entende ser possível a **cumulação** de prêmios, pois, se é admissível até mesmo o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público quando o colaborador não for líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração (LCO, art. 4.º, § 4.º), "que é o benefício maior, não vemos óbice para que haja, por exemplo, uma

redução de pena privativa de liberdade até 2/3, substituindo-a por restritiva de direitos".[106]

Convém ser sublinhada, de mais a mais, uma **3.ª corrente** excludente das duas anteriores. Com a originalidade que lhe é peculiar, Afrânio Silva Jardim entende que os prêmios legais *não são alternativos* como também *não são cumulativos*. Para o afamado professor, não devem as partes especificar no acordo de colaboração premiada qual o prêmio incidirá futuramente, se for o caso de condenação. Se as partes assim o fizerem, o magistrado será tolhido do seu papel constitucional de individualizar as penas e, além disso, se tornará um mero expectador de (eventuais) acordos espúrios com o estabelecimento de prêmios absolutamente desarrazoados. São suas palavras:

"2.1. O acordo de cooperação premiada, que tem a natureza de negócio jurídico processual, **não pode especificar** qual dos quatro prêmios o juiz terá de aplicar na sua futura sentença condenatória. Vale dizer, privilegiar um prêmio e excluir os outros, vedando que o magistrado possa fazer a individualização da pena, que é um preceito constitucional. Este nosso entendimento, permite que, diante do prêmio aplicado pelo juiz, o Ministério Público e/ou réu possam apelar, levando o tema a um salutar controle pelo duplo grau de jurisdição.
2.2. Diversamente da hipótese da regra do parágrafo 4.° do art. 4.° acima referida, onde apenas se mitiga o princípio da obrigatoriedade, aqui a lei permite que o Ministério Público e o indiciado possam negociar com o próprio direito material, ou seja, negociar sobre a aplicação da lei penal no caso concreto.
2.3. Como o magistrado não pode deixar de homologar o acordo de cooperação, salvo ilegalidades de aspecto formal e como este magistrado fica vinculado a este ato jurídico perfeito, na prática, a sanção penal fica quase que totalmente ao alvedrio das partes contratantes, o que é uma verdadeira revolução em nosso sistema jurídico.
2.4. Desta maneira, impõe-se interpretar a lei de modo a não impedir que o juiz possa aplicar a pena que mais se aproxime de sua convicção [...]. Não podem as partes, via acordo, obrigar o magistrado a uma sentença que ele repudia, a uma entrega da prestação jurisdicional exigida por um órgão do Ministério Público e um membro da organização criminosa.
2.5. Em outras palavras, um membro do Ministério Público não pode ter o poder de obrigar o órgão jurisdicional a conceder um perdão a quem, dentro de uma organização criminosa, praticou crimes gravíssimos… Note-se que, não podendo o juiz deixar de homologar o acordo em razão de avaliação de seu mérito, tal absurda benesse fica sem qualquer controle. Em nenhum país do mundo, encontramos tal aberração. Qualquer que seja a gravidade dos crimes, as 'partes contratantes' estão obrigando o juiz a aplicar tal sanção ou a não aplicá-la (perdão judicial)".[107]

Como o leitor verificará, ao dissertarmos sobre os pressupostos para a incidência dos prêmios na Lei do Crime Organizado (item 4.1.7), particularmente sobre a *observância das circunstâncias judiciais objetivas e subjetivas* (LCO, art. 4.º, § 1.º), enxergamos outra forma de contornar o "problema" causado pelo estabelecimento de prêmios desarrazoados, desproporcionais e ilógicos pelas partes.

Outra indagação que também cria intensa divergência de entendimentos é a seguinte: podem as

partes pactuar a concessão de benesse não prevista na Lei 12.850/2013, como, por exemplo, o estabelecimento de prisão domiciliar ou a redução da pena em patamar superior a dois terços em caso de condenação do delator? É possível, pois, a fixação negociada da pena?

Para uma **1.ª corrente**, não se afigura adequado que o magistrado homologue cláusula de acordo de colaboração premiada que traga em benefício do colaborador prêmio não previsto em lei ou mesmo que preestabeleça o *quantum* de redução de pena a incidir em caso de eventual condenação do colaborador, o que poderia macular o princípio constitucional da individualização das penas, a cargo do juiz. Ademais, o grau de eficácia da colaboração é que indicará ao magistrado esse patamar ou, até mesmo, afastará qualquer redução (em caso de ineficácia absoluta).

A propósito, esse modelo de fixação negociada de penas foi severamente criticado pelo Min. Gilmar Mendes,[108] por significar estipulação de sanção sem prévia cominação legal, em flagrante conflito com o art. 5.º, XXXIX, da CR/88. Bem assim, o Min. Ricardo Lewandowski[109] já entendeu não ser lícito às partes fixar, "em substituição ao Poder Judiciário, e de forma antecipada, a pena privativa de liberdade" a ser cumprida pelo colaborador, porquanto "somente por meio de sentença penal condenatória, proferida por magistrado competente, afigura-se possível fixar [...] penas privativas de liberdade". Em suma, acordos que prevejam "sanções criminais não previstas em nosso ordenamento jurídico" não devem ser homologados.

Forte nessa compreensão, Afrânio Silva Jardim propõe que a negociação esteja restrita aos prêmios elencados na lei,[110] sob pena de se criar uma **execução penal *a la carte***.[111] Para o distinto professor da UERJ, "o acordo entre o membro do Ministério Público e os criminosos confessos não pode derrogar regras cogentes do Código Penal e da Lei de Execução Penal, permitindo aplicação de regime de pena incompatível com a quantidade de pena privativa de liberdade. Por exemplo: 22 anos de reclusão em regime aberto, em prisão domiciliar com tornozeleiras eletrônicas".[112]

Nessa trilha, os autores portugueses J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão lecionam que possíveis exclusões ou atenuações de punição de colaboradores fundadas em acordos de colaboração premiada só serão admissíveis se e na estrita medida em que tenham a cobertura legal, como manifestação de uma clara vontade legislativa. Dito de outro modo:

"*é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal*. [...] Na verdade, o princípio da separação de poderes, que se procura garantir e efectivar através da prerrogativa de reserva de lei formal ínsita no princípio da legalidade penal, seria frontal e irremissivelmente abatido se ao poder judicial fosse reconhecida a faculdade de ditar a aplicação de sanções não previstas legalmente ou de, sem supedâneo legal, poupar o réu a uma punição. É o que sucederia, por exemplo, no caso de atenuação de uma pena de prisão para lá da redução 'em até 2/3 (dois terços)' prevista no caput do art. 4.º da Lei n.º 12.850/2013. Em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais do (e para o) Estado de direito como são os da separação de poderes, da legalidade criminal, da reserva de lei e da igualdade na aplicação da lei".[113]

Nada obstante, uma **2.ª corrente**, prevalente na práxis, defende ser possível que o acordo traga outras espécies de vantagens ao colaborador, além daquelas previstas no *caput* do artigo 4.º da Lei 12.850/13, desde que sejam respeitados a "Constituição, a lei, os princípios gerais de Direito e desde que não atentem contra a moral, os bons costumes e a ordem pública".[114] Nessa toada, tem-se por viável a fixação de regimes mais brandos de cumprimento de pena, mesmo que os limites legais estipulados no art. 33, § 2.º, do Código Penal sejam ultrapassados ou que o crime seja de natureza hedionda. Do contrário, "não haveria nenhuma necessidade de previsão legal destas benesses, já que a situação estaria abarcada pelo próprio Código Penal".[115]

No âmbito da Operação Lava Jato, impende sublinhar, tem sido comum a fixação da pena negociada pelas partes (ex.: três anos e meio de reclusão, cujo primeiro ano se cumprirá em regime semiaberto e os demais em prisão domiciliar com o uso de tornozeleira eletrônica). Em casos tais, o magistrado sentenciante fixa a *pena legal* e a substitui pela *premial*, exatamente como convencionada entre os pactuantes. Essa prática, já reconhecida como válida pelo Ministro Dias Toffoli,[116] recebe o apoio doutrinário de Cibele Benevides Guedes da Fonseca, para quem

"tudo recomenda que o Ministério Público, o réu e o defensor façam cálculos prevendo a pena a ser aplicada em tese e negociem uma pena fixa, não dando margem ao julgador para aplicar frações à pena da sentença, o que pode dar ensejo a insatisfações por parte do acusado condenado. O ideal é que se saia das negociações sabendo exatamente quantos anos, meses e dias de pena o acusado cumprirá se vier a ser condenado, sendo factíveis hipóteses de réus que optam por iniciar o cumprimento da pena negociada antes mesmo da prolação da sentença final, como de fato ocorreu na Operação Lava Jato".[117]

Outrossim, o Min. Luís Roberto Barroso[118] já assentou sua compreensão pela possibilidade de que, na colaboração premiada, sejam concedidos não apenas os benefícios que estão previstos na lei, mas, também, que sejam estabelecidas "condições razoáveis e legítimas independentemente de elas estarem expressamente previstas na lei", desde que elas *não sejam vedadas pelo ordenamento jurídico* e que *não agravem a situação do colaborador*. Portanto, para Sua Excelência, "não é possível, mediante pacto em acordo de colaboração premiada, se punir o colaborador com sanção mais grave do que aquela que o Direito Penal posto admitiria", contudo, "tudo o mais que tenha razoabilidade, que não seja absurdo, pode sim [...] ser negociado, mesmo que não esteja previsto em lei, porque isso é da natureza das relações negociais".

De mais a mais, tem-se discutido muito a possibilidade de formalização de acordo de colaboração premiada com quem se encontra **preso cautelarmente**, havendo dois entendimentos a respeito do assunto.

De acordo com uma **1.ª corrente**, a celebração da avença nessas condições deixaria de ser *voluntária* e, por faltar-lhe um pressuposto fundamental, perderia a validade. Assim, propõe-se "a proibição da oportunidade da delação premiada para aquele que se encontra preso cautelarmente,

pois dessa forma se estaria preservando a obrigatória voluntariedade".[119]

Para uma **2.ª corrente**, da qual somos partidários, não se pode dizer que a prisão retira a voluntariedade da colaboração porquanto "em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar *assistido por defensor*" (LCO, art. 4.º, § 15). Assim, caso o advogado enxergue o acordo como prejudicial aos interesses de seu cliente, basta orientá-lo a não o celebrar, até porque, como vimos, a colaboração configura, também, um meio de defesa. Nesse passo, impedir que o preso se valha da colaboração premiada equivaleria a mitigar esse direito constitucional, "cujo exercício não se mostraria mais tão amplo, se comparado aos soltos, em descompasso com a isonomia".[120]

Todavia, é válido ponderar: se houver o reconhecimento de *patente abusividade* da custódia quando da colaboração, por exemplo, em razão de a constrição ter sido imposta sem a mais rarefeita fundamentação e por juízo absolutamente incompetente, a vontade externada pelo delator pode se mostrar viciada, "a justificar a anulação da colaboração, porque ilícita, e das provas dela derivadas, *exceto se o colaborador ratificá-la*".[121]

Além do mais, se a prisão fosse mesmo algo que retirasse a voluntariedade do acordo de colaboração premiada, para manter a coerência argumentativa, deveriam os defensores da primeira corrente pugnar também pela inconstitucionalidade do art. 4.º, § 5.º, da Lei 12.850/2013, que prevê a colaboração posterior à sentença, ou seja, na fase da execução penal, o que até agora não vimos.

Portanto, com esteio na conjugação dos arts. 5.º, I, e 6.º, V, da Lei 12.850/2013 com o art. 15, § 1.º, da Lei 9.807/1999, é juridicamente possível a celebração de acordo de colaboração premiada com o investigado que se encontra cautelarmente preso, sendo bem pertinente, no ponto, a ironia verberada pelo juiz Sérgio Moro:

"Acho engraçado que essa crítica [de que prende para forçar delações] não vem do próprio delator, mas de outros. Como você pode dizer que uma pessoa foi coagida se o próprio confesso não fala nada disso? Se um criminoso resolve colaborar, não é por sinceridade. É por que ele quer um benefício legal. **A única ameaça que tem sido feita a essas pessoas é o devido processo legal**. Não vejo substância para essa crítica [...]".[122]

Aliás, é bom que se diga que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.483, entendeu que, para a celebração do acordo premial, exige-se que o colaborador aja com total *liberdade psíquica*, e não *locomotiva*. Assim, para a Corte Máxima, não há óbice a que o colaborador esteja custodiado, *desde que presente a voluntariedade da colaboração*.[123]

De outra forma, configuraria uma extrema arbitrariedade a manutenção da prisão cautelar como mecanismo para, forçadamente, extrair do preso uma colaboração, que, segundo a lei, deve ser voluntária. "Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer

sociedade civilizada".[124]

Em suma, como muito bem observou o Min. Ricardo Lewandowski, quando do julgamento do HC 127.493 (Tribunal Pleno do STF, *DJe*-021 de 04.02.2016), a colaboração premiada realizada no período em que o delator se encontra na prisão, "seja ela temporária ou preventiva, essa circunstância não anula necessariamente a delação, porque *a prisão, por si só, não vicia a vontade do delator*". Contudo, "nada impede que o delator possa, a qualquer momento, anular a delação, caso comprove inequivocamente que sofreu algum constrangimento ilegal, apto a comprometer a livre manifestação de seu consentimento, de sua vontade. Se for constatado, por exemplo, que seus familiares foram ameaçados, ou que foi acometido por alguma doença, alguma incapacidade somática para que pudesse exprimir livremente sua vontade, é claro que esse ato, por ter uma natureza negocial, por ser uma transação, não subsistirá".

Ademais, na vala da orientação jurisprudencial que vem se consolidando no Superior Tribunal de Justiça, "não há relação necessária entre a celebração de acordo de colaboração e a colocação em liberdade do acusado, embora, em certos casos, tal acordo possa mitigar o risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal".[125] Assim, a revogação da constrição cautelar da liberdade do colaborador deve ser analisada caso a caso. Da mesma forma, não há falar em prisão preventiva automática em caso de descumprimento da avença, tampouco em restabelecimento da prisão anteriormente revogada. A mola propulsora da constrição cautelar é a *necessidade*, a ser aferida de acordo com os fundamentos inscritos no art. 312 do CPP.[126]

Noutro prisma, é curial ressaltar que **(*a*)** todos os prêmios têm *natureza personalíssima*, ou seja, são circunstâncias subjetivas (de caráter pessoal) que, como tais, não se comunicam aos investigados/réus que não colaboraram voluntária e eficazmente com as investigações e com o processo (*ex vi* do art. 30 do CP);[127] e **(*b*)** em qualquer caso, 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 (LCO, art. 4.º, § 1.º).

A seguir dispomos considerações sobre cada um dos mencionados prêmios:

**a) perdão judicial:** previsto no *caput* do art. 4.º da LCO. Conforme o entendimento amplamente majoritário, a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade (CP, art. 107, IX). O juiz reconhece a prática de um fato típico e ilícito, bem como a culpabilidade do réu, mas, por questões de política criminal, reforçadas pela lei, deixa de aplicar a pena. A sentença não pode ser condenatória, pois é impossível falar-se em condenação sem pena. E também não pode ser absolutória, já que um inocente que deve ser absolvido não precisa clamar por perdão.

Resta, assim, uma única saída: a sentença é declaratória da extinção da punibilidade. O juiz não condena nem absolve. Em se tratando de crime que o admite e presentes os requisitos legais, limita-se o magistrado a declarar a ocorrência da causa extintiva da punibilidade. Essa posição foi

consagrada pela Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça: "A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória de extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório".

Apesar de haver quem sustente a aplicação do perdão judicial a qualquer tempo, com amparo no art. 61, *caput*, do Código de Processo Penal, por se tratar de causa de extinção da punibilidade,[128] não concordamos com esse entendimento, uma vez que o perdão judicial somente se justifica quando o réu deveria ser condenado (por haver prova da autoria e da materialidade do fato), mas a lei autoriza o juiz a declarar a extinção da punibilidade. Além disso, a prova segura do seu cabimento somente pode ser produzida durante a instrução criminal em juízo, sob o crivo do contraditório.

Em síntese, para que o colaborador seja agraciado com o perdão judicial, necessário se faz que seja ele denunciado[129] e regularmente processado. Somente ao término do processo penal, verificando-se que o crime se aperfeiçoou, e não sendo caso de absolvição (nada impede que o juiz absolva o colaborador), poderá o magistrado declarar o perdão.

Arrematando o item, duas observações nos parecem oportunas. Em primeiro lugar, vale destacar que, ainda que o perdão judicial não tenha sido previsto na proposta inicial, poderá ele ser legitimamente requerido (LCO, art. 4.º, § 2.º). Esse requerimento poderá ocorrer, pois, a qualquer tempo, da fase investigatória até a sentença.[130]

Tal possibilidade ocorrerá quando, pactuada (inicialmente) a incidência de um prêmio *menor* (*v.g*. substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos), a colaboração vier a se revelar bem mais eficaz do que originalmente imaginado. Nesse caso, mesmo que o prêmio homologado por acordo seja outro, será dado ao Ministério Público postular em juízo a aplicação do perdão judicial, fazendo-se uma espécie de retificação do benefício avençado. Portanto, a previsão do § 2.º do art. 4.º pressupõe acordo previamente homologado, o que pode ser inferido da expressão "ainda que esse benefício *não tenha sido previsto na proposta inicial*".[131]

Em segundo, a Lei do Crime Organizado estatui que, "ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial" (art. 4.º, § 12). Esse dispositivo, para nós, só faz algum sentido com relação ao "não denunciado" (art. 4.º, § 4.º). Trocando em miúdos, ainda que o colaborador receba o prêmio consistente no *não oferecimento de denúncia*, com o consequente arquivamento do inquérito policial, poderá ele ser chamado em juízo para depor.

Já no que importa ao colaborador cujo pacto previu o perdão judicial (ou outra benesse), como visto, este deverá ser denunciado. E, para fazer jus ao prêmio, terá que colaborar "efetiva e voluntariamente com a investigação *e com o processo criminal*" (art. 4.º, c*aput*). Para haver colaboração *com o processo*, necessariamente, terá que ser ouvido a fim de ratificar suas declarações tomadas extrajudicialmente.

**Quem são os legitimados para o acordo?**

Uma questão que tem dividido a doutrina diz respeito aos legitimados para o pedido de perdão judicial em prol do colaborador.

Pela literalidade do § 2.º do art. 4.º da Lei 12.850/2013, "considerando a relevância da colaboração prestada, o **Ministério Público**, a qualquer tempo, e o **delegado de polícia**, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial".

De acordo com tal dispositivo, na fase inquisitorial, colhida a manifestação do *Parquet*, o delegado de polícia pode representar pela concessão do perdão judicial. Lado outro, em qualquer fase da persecução penal, pode o Ministério Público requerer a concessão de perdão judicial, mesmo que o benefício não tenha sido previsto inicialmente no acordo de colaboração premiada.

A grande **divergência** sobre o ponto reside em saber se a representação do delegado de polícia pela concessão do perdão judicial ao colaborador seria inconstitucional, por violação ao disposto no art. 129, I, da Constituição da República.

No item 2 (Da (in)capacidade postulatória dos delegados de polícia) foram delineados todos os fundamentos que embasam as duas correntes, razão pela qual para lá remetemos o leitor. Sem embargo disso, vale registrar nesse átimo, especificamente sobre os §§ 2.º e 6.º do art. 4.º da Lei 12.850/2013, **dois entendimentos antagônicos**:

**1.ª corrente:** Eduardo Araujo da Silva entende que "a lei é **inconstitucional**[132] ao conferir tal poder ao delegado de polícia, via acordo com o colaborador, ainda que preveja a necessidade de parecer do Ministério Público e de homologação judicial, pois não pode dispor de atividade que não lhe pertence, ou seja, a busca da imposição penal em juízo, vinculando o entendimento do órgão responsável pela acusação. Na prática, pois, deverá a autoridade policial representar para que o Ministério Público realize o acordo, ouvindo o colaborador e seu defensor, e em seguida encaminhe os autos ao juiz para fins de homologação. Embora temerária a ausência de prévio contato com o colaborador e seu defensor, nada impede que, concordando com os termos do acordo, o representante do órgão responsável pelo *jus persequendi in juditio* ratifique a proposta formulada pela autoridade policial. Aliás, se persistir a sistemática legal, corre-se o risco de eventualmente o Ministério Público manifestar-se contrário ao acordo promovido pelo delegado de polícia e o juiz, por sua vez, homologá-lo, vinculando sua decisão final. Teríamos, então, por vias transversas, a hipótese de o delegado de polícia vincular a disponibilidade quanto à aplicação da sanção penal ou ao exercício do *jus puniendi* estatal, via perdão judicial, à revelia do órgão titular da ação penal, o que implicaria em manifesto cerceamento das funções acusatórias em juízo. [...] No direito norte-americano, a iniciativa para fins de colaboração processual é exclusiva do órgão responsável pela acusação, cujo representante tem ampla discricionariedade para negociar com o acusado colaborador (*plea bargaining*) [...]".[133]

Bem assim, vislumbrando a inconstitucionalidade da Lei do Crime Organizado nesse aspecto, Eugênio Pacelli – que não é avesso às representações policiais por providências cautelares – tem por "**absolutamente inconstitucional** a instituição de capacidade postulatória e de legitimação ativa do delegado de polícia para encerrar qualquer modalidade de persecução penal, e, menos ainda, para dar ensejo à redução ou substituição de pena e à extinção da punibilidade pelo cumprimento do acordo de colaboração".[134] E prossegue fundamentando seu raciocínio:

"Se o sistema processual penal brasileiro sequer admite que a autoridade policial determine o arquivamento de inquérito policial, como seria possível admitir, agora, a capacidade de atuação da referida autoridade para o fim de: a) extinguir a persecução penal em relação a determinado agente, sem a consequente legitimação para promover a responsabilidade penal dos demais (delatados), na medida em que cabe apenas ao *parquet* o oferecimento de denúncia; b) viabilizar a imposição de pena a determinado agente, reduzida ou com a substituição por restritivas de direito, condicionando previamente a sentença judicial; c) promover a extinção da punibilidade do fato, em relação a apenas um de seus autores ou partícipes, nos casos de perdão judicial?
**Não se há de aceitar mesmo a legitimação ativa declinada na Lei n.º 12.850/13, também porque: a)** o acordo de colaboração premiada tem inegável natureza processual, a ser homologado por decisão judicial, que somente tem lugar a partir da manifestação daqueles que tenham legitimidade ativa para o processo judicial; **b)** o fato de poder ser realizado antes do processo propriamente dito, isto é, antes do oferecimento da acusação, não descaracteriza sua natureza processual, na medida em que a decisão judicial sobre o acordo está vinculada e também vincula a sentença definitiva, quando condenatória; **c)** a condição de parte processual está vinculada à capacidade e à titularidade para a defesa dos interesses objeto do processo. É dizer, a legitimação ativa está condicionada à possibilidade da ampla tutela dos interesses atribuídos ao titular processual, o que, evidentemente, não é o caso do delegado de polícia, que não pode oferecer denúncia e nem propor suspensão condicional do processo; **d)** o acordo de colaboração, tendo previsão em lei e não na Constituição da República, não poderia e não pode impedir o regular exercício da ação penal pública pelo Ministério Público, independentemente de qualquer ajuste feito pelo delegado de polícia e o réu; **e)** para a propositura do acordo de colaboração é necessário um juízo prévio acerca da valoração jurídico-penal dos fatos, bem como das respectivas responsabilidades penais, o que, como se sabe, constitui prerrogativa do Ministério Público, segundo o disposto no art. 129, I, CF; **f)** a eficácia do acordo de colaboração está vinculada não só aos resultados úteis previstos em lei, mas também à sentença condenatória contra o colaborador, o que dependerá de ação penal proposta pelo Ministério Público.
Por todas essas considerações, **não nos parece aceitável a possibilidade de propositura e de formalização de acordo de colaboração pelo delegado de polícia**, não se podendo aceitar, então, que o juiz decida por homologação um ajuste com tais características.
**Ou bem se admite a inconstitucionalidade de tais normas, ou, se for possível aceitar a validade da atuação policial na colaboração premiada, que esteja ela condicionada à manifestação favorável do Ministério Público, caso em que o acordo, naturalmente, teria como parte legítima o *parquet* e não o delegado de polícia**".[135]

Em síntese, "em nosso sistema constitucional, apenas o Ministério Público é o titular do direito de ação penal pública, motivo pelo qual o Delegado de Polícia não pode, isoladamente, fazer o acordo de cooperação premiada com o indiciado, dispondo do exercício da ação ou do próprio direito penal material".[136]

Forte nesses argumentos, e defendendo a legitimidade privativa do Ministério Público para propor e negociar acordos de colaboração premiada, em abril de 2016, o então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, apresentou ao STF a **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508**,[137] por meio da qual questionou a constitucionalidade dos §§ 2.º e 6.º do art. 4.º da Lei 12.850/2013, no ponto em que atribuem a delegados de polícia competência para celebrar o pacto premial.

Em sua peça, o procurador fez análise comparativa do uso da colaboração premiada nos Estados Unidos, na Alemanha e na Colômbia, países nos quais a competência é exercida com exclusividade pelo seu Ministério Público, e fez menção ao caso Natsvlishvili e Togonidze *vs*. Geórgia, julgado em 2014 pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), lembrando que:

"ao examinar demanda de cidadãos da Geórgia contra atos do órgão equivalente ao Ministério Público daquele país, a Corte fez estudo comparado de mecanismos de justiça negocial (*plea bargaining*) de dezenas de países. Do levantamento indicado no acórdão da CEDH [...] concluiu-se que, na maioria dos países examinados, a transação é submetida **pela acusação e pela defesa** e subsequentemente revista pelo Judiciário. Cabe a este, em princípio, o poder de aprovar ou rejeitar o acordo, mas não o de modificar-lhe os termos. **A polícia não detém essa legitimidade nesses diversos países**".[138]

Perfilhamos essa orientação não por conveniência corporativista, mas por ser ela a única compatível com o sistema acusatório agasalhado na Carta Republicana de 1988. Para ficarmos em apenas um exemplo, seria de todo estranho e, obviamente, **inconstitucional**, que o delegado de polícia, à revelia do Ministério Público, entabulasse com o investigado um pacto premial fixando em benefício do colaborador o prêmio máximo previsto na lei, qual seja: o não oferecimento de denúncia (LCO, art. 4.º, § 4.º). A toda evidência, um acordo de imunidade desse jaez feriria de morte o art. 129, inc. I, da Constituição, onde está dito com todas as letras que, dentre outras, é função institucional do Ministério Público "promover, privativamente, a ação penal pública". Se assim é, como admitir que outra instituição barganhe com aquilo que não lhe pertence?

Ao contrário do que se possa imaginar, essa compreensão não diminui a importância do trabalho da polícia judiciária, a qual, no exercício de suas funções investigativas, pode, evidentemente, apresentar ao investigado a possibilidade de realização de um acordo de colaboração premiada – buscando convencê-lo de suas vantagens – e informar ao órgão ministerial sobre o possível interesse na pactuação. Portanto, a polícia pode desempenhar relevante papel na fase das tratativas, contudo, a ela não é dado efetuar a celebração propriamente dita da avença sem a participação do *dominus litis*. O ideal é que haja um trabalho conjunto entre as instituições,

sacramentando assim a desejada cooperação (LCO, art. 3.º, VIII) "na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal".[139]

Nesse passo, Dutra Santos leciona que o delegado intervém apenas "como *intermediário* do acordo, pois os *pactuantes* são, na realidade, o imputado e o *Parquet*, na qualidade de titular da ação penal pública [...]". E, "como os delegados estão na linha de frente das investigações, a participação deles nessa fase negocial é bastante salutar, até para fornecer subsídios e impressões ao Ministério Público acerca do potencial e da confiabilidade das informações prestadas pelo colaborador, a fim de analisar se realmente seria necessário entabular um acordo de cooperação". Na percuciente visão do autor, o que importa ao sistema legal é que polícia e *Parquet* "trabalhem juntos, de forma integrada, deixando de lado as vaidades e picuinhas".[140]

Assim, se houver discordância do Ministério Público, o magistrado não poderá homologar o acordo firmado com o investigado exclusivamente pelo delegado de polícia. Entrementes, se assim o fizer, caberá ao *Parquet* impugnar a decisão via recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, VIII) ou mandado de segurança.[141]

**2.ª corrente:** Advoga a tese de que o delegado de polícia tem legitimidade para celebrar o acordo de colaboração premiada, ainda que sem a concordância do
*Parquet*. Para essa vertente, como fiscal da lei, seria "recomendável" a participação do Ministério Público na avença, mas apenas "em um contexto opinativo".[142]

Nessa vereda, para Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, a lei não conferiu nenhuma capacidade postulatória à autoridade policial ("por isso mesmo que o legislador emprega os verbos *representar* para a autoridade policial e *requerer* para o Ministério Público [...]. Como ensina Tourinho Filho, '*requerimento* é pedido, solicitação. *Representação*, aí, tem sentido unívoco: exposição escrita de motivos'"). Contudo, na lição dos autores, "o fato de não se conceber qualquer capacidade postulatória ao delegado de polícia não nos parece que afaste a possibilidade dessa autoridade representar no sentido de que seja concedido o perdão judicial". Isso porque, segundo eles, "se o favor legal pode mesmo ser concedido *ex officio*,[143] não vemos razão, com a devida vênia, para impedi-lo apenas porque sugerido mediante representação policial".[144]

De outra banda, até por falta de previsão legal não nos parece que o **assistente de acusação** possa pleitear o perdão judicial. Além disso, *na fase inquisitorial*, haveria absoluto impedimento, haja vista que a assistência somente pode se operar após o oferecimento da denúncia (CPP, art. 268). Em outros termos, não há falar em assistência na fase extrajudicial da persecução penal. *Na fase judicial*, de igual modo, entendemos pela ilegitimidade do assistente de acusação, em razão de sua atuação estar circunscrita às hipóteses previstas no art. 271 do CPP,[145] na esteira da jurisprudência reinante no STJ:

"4. Este Superior Tribunal tem reiteradamente decidido que a legitimidade do assistente de acusação é restrita às hipóteses previstas no art. 271 do Código de Processo Penal. Precedentes. [...]".[146]

Demais disso, "no sistema do Código de Processo Penal, não há a figura do assistente como parte autônoma, que poderia livremente dirigir sua atuação em amparo a qualquer uma das partes litigantes. A assistência é apenas da acusação, inexistindo assistente da defesa".[147]

**Qual o recurso cabível em caso de negativa do juiz?**

Havendo negativa de concessão do perdão judicial por parte do magistrado, mesmo no cenário em que o prêmio se revelasse devido em razão do preenchimento dos pressupostos legais e da eficácia da colaboração, qual seria a medida correta a ser ajuizada pelo colaborador que teve negado o seu benefício?

Segundo o disposto no art. 581, VIII e IX, do Código de Processo Penal, o deferimento ou indeferimento da concessão do perdão comportaria recurso em sentido estrito (RESE). Contudo, calha rememorar que as hipóteses de cabimento do RESE devem ser interpretadas de maneira **residual**, por imposição do § 4.º do art. 593 do CPP ("Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra").

Assim sendo, entendemos que essa questão, em regra, será debatida "em eventual apelação interposta pelo réu contra a sentença que o condenou sem a aplicação do perdão judicial. Ou mesmo através de *habeas corpus*, se demonstrado, de maneira contundente e sem que seja necessário maior aprofundamento na prova, que o favor foi indevidamente negado ao colaborador".[148]

**Qual o sentido da referência ao art. 28 do CPP?**

Preconiza o § 2.º do art. 4.º da Lei do Crime Organizado: "Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, *aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)*".

Para nós, a aplicação prática do § 2.º do art. 4.º pressupõe prévio acordo de colaboração premiada e fixação de prêmio diverso do perdão judicial. Nesse caso, após a homologação da avença, "e considerando a relevância da colaboração prestada" na fase investigatória, se o delegado de polícia vier a representar pelo perdão judicial – numa espécie de retificação do benefício fixado *a menor* –, serão os autos entregues ao Ministério Público para manifestação. Se o MP, à vista de representação, discordar da sugestão policial e deixar de requerer o perdão judicial, o magistrado poderá simplesmente concordar com o MP e refutar a representação ou, numa espécie de

sindicalidade exógena, remeter a matéria para a deliberação do Procurador-Geral de Justiça. Este, por sua vez, poderá: a) concordar com o Promotor de Justiça e deixar de requerer o perdão (rejeitando a retificação do benefício previamente acordado); b) designar outro membro do *Parquet* para postulá-lo; c) encampar a sugestão policial e pugnar pelo perdão. Na primeira hipótese ("a"), estaria definitivamente afastada a possibilidade de concessão do perdão judicial, porquanto ratificada a pactuação original. Nas demais ("b" e "c"), restaria ao magistrado analisar o pedido.[149]

Há quem enxergue outro sentido para a referência ao art. 28 do CPP. Nesse passo, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva entendem que a expressão *aplicando-se, no que couber, o art. 28* "significa que caso o Ministério Público ratifique o acordo promovido pela autoridade policial a fim de conceder perdão judicial ao investigado, e o juiz não concorde com tal postura que *equivale ao efeito de um arquivamento*, poderá ele (juiz), no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fazer a remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, para que este ofereça a denúncia, designe outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insista na manutenção do acordo que trouxe o perdão judicial ao colaborador, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender".[150]

Com o devido respeito, discordamos da interpretação supra por uma simples razão, a saber: a avença que preveja na fase investigatória o prêmio do perdão judicial **não** "equivale ao efeito de um arquivamento". Longe disso. Como vimos, no caso de acordo de colaboração premiada que estabeleça o benefício do perdão judicial, deverá o membro do *Parquet*, necessariamente, **ofertar denúncia**. Somente ao fim do processo penal, sendo o caso de condenação, poderá ser aplicado o perdão, que não se confunde com o prêmio consistente em *deixar de oferecer denúncia* (art. 4.º, § 4.º, da Lei 12.850/2013).

No ponto, não se olvide que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a "**necessidade da denúncia** para possibilitar o cumprimento dos termos da Lei n° 9.807/99 e do acordo de colaboração firmado pelo Ministério Público Federal com os acusados. [...]".[151]

**b) redução da pena privativa de liberdade em até dois terços** (prêmio que guarda semelhanças com o instituto norte-americano da *sentence bargaining*[152]): diversamente de outras previsões normativas sobre o instituto da colaboração premiada (*vide* quadro *supra*), que estipulam uma diminuição da pena *de um a dois terços*, o *caput* do art. 4.º da Lei 12.850/2013 refere-se apenas ao máximo de diminuição de pena privativa de liberdade, *em até dois terços*, sem estipular o *quantum* mínimo de decréscimo da pena. Em tese, seria possível a redução de apenas um dia, o que seria um extremo absurdo (por ferir a lógica do razoável). Diante disso, **duas soluções** se apresentam na doutrina: (*a*) a utilização como parâmetro do menor *quantum* de diminuição de pena previsto no Código Penal e na Legislação Especial, que é de 1/6 (um sexto);[153] (*b*) a utilização como parâmetro do menor *quantum* de diminuição de pena previsto em diplomas legislativos que dispuseram sobre a delação premiada – com esteio no diálogo das fontes –, que é de 1/3 (um terço).[154]

Questiona-se na doutrina a possibilidade de aplicação conjunta da causa de diminuição de pena com a circunstância atenuante da confissão (CP, art. 65, III, *d*). Sobre o tema, entendemos que "a circunstância atenuante incide na segunda fase da aplicação da pena criminal, enquanto a causa de diminuição de pena incide na terceira fase. A confissão versa sobre os fatos imputados na denúncia; a colaboração premiada versa sobre as informações que o investigado ou o réu fornece sobre a organização criminosa. Tendo em vista as naturezas diversas dos dois institutos, bem como as suas incidências em momentos distintos da aplicação da pena criminal, [...] nada obsta a aplicação conjunta dos dois institutos".[155]

O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, já trilhou a orientação consoante a qual "não há impossibilidade de aplicação simultânea da atenuante da confissão, na 2.ª fase de individualização da pena, com a da delação premiada, na 3.ª etapa, por se revestir, no caso do art. 14 da Lei 9.807/99, de causa de diminuição de pena".[156]

Não se olvide, por derradeiro, que existe intensa divergência acerca da possibilidade de fixação negociada das penas, tal como dissertamos logo no início do item 4.1.5 ("prêmios legais na LCO"). Para evitar repetições desnecessárias, para lá remetemos o leitor.

**c) redução da pena até a metade, se a colaboração for posterior à sentença:** trata-se de benefício pós-processual previsto no § 5.º do art. 4.º da LCO. Conforme a prescrição normativa, *se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade* [...].

**d) progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos, se a colaboração for posterior à sentença:** assim como o prêmio supracitado, esse também é pós-processual e encontra sua gênese no § 5.º do art. 4.º da LCO. Assim, *se a colaboração for posterior à sentença*, além de possibilitar a redução da pena até a metade, igualmente *será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos*.

Em regra, a lei exige o cumprimento de um requisito objetivo para o alcance da progressão de regime prisional. Na Lei de Execução Penal (art. 112), esse requisito é traduzido no cumprimento de "ao menos um sexto da pena no regime anterior". Já na Lei dos Crimes Hediondos (art. 2.º, § 2.º), o requisito objetivo para a progressão de regime se implementa "após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente".

O que a Lei do Crime Organizado fez no citado § 5.º do art. 4.º foi justamente prever como "prêmio" a progressão de regime prisional do sentenciado mesmo que ausente o requisito objetivo para tanto, qual seja o decorrer de determinado lapso temporal. Dessa forma, mesmo que a colaboração premiada posterior à sentença seja eficaz para a consecução de um dos resultados previstos nos incisos do art. 4.º, a progressão de regime prisional ainda dependerá[157] da observância do *requisito subjetivo* consistente no bom comportamento carcerário (art. 112 da LEP), o que, inclusive, poderá ficar expresso no pacto.

De todo modo, sendo dispensada a presença do pressuposto objetivo para a progressão de regime prisional, nada está a impedir a chamada **progressão *per saltum***, não incidindo, *in casu*, o verbete sumular 491 do STJ ("É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional").

**e) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos:** trata-se de prêmio previsto no *caput* do art. 4.º da LCO. Esse preceptivo não se reporta ao art. 44 do Código Penal, que disciplina quando as penas restritivas de direitos podem substituir as privativas de liberdade. Assim sendo, e em razão da teleologia da Lei do Crime Organizado, pensamos que a "substituição premial" por uma das modalidades do art. 43 do Código Penal poderá ocorrer mesmo sem a observância das condicionantes do aludido art. 44.

**f) não oferecimento de denúncia,[158] se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração:** o § 4.º do art. 4.º da Lei 12.850/2013 foi o que instituiu o "maior" benefício (pré-processual) ao colaborador. Trata-se da possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia – como fez o Procurador-Geral da República no "**Caso Mensalão**",[159] desde que presentes algumas peculiaridades, tal como já estipulava o art. 87 da Lei 12.529/2011 ao prever o acordo de leniência.[160]

Conforme o dispositivo em testilha,

"Art. 4.º [...]. § 4.º Nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:
I – não for o líder da organização criminosa;
II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo".

Ao se referir ao *caput*, o § 4.º reclama que tenha havido colaboração efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal, de modo a que seja alcançado um ou mais dos seguintes resultados: a) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

A previsão normativa em comento tem sido vista na doutrina como um **abrandamento do princípio da obrigatoriedade**,[161] ou mesmo como uma **exceção ao princípio da obrigatoriedade**,[162] porquanto, mesmo diante de crimes de ação penal pública e dispondo de elementos necessários para a propositura desta, preenchidos os requisitos legais, o Ministério Público "poderá deixar de oferecer denúncia". Há ainda quem defenda ter havido uma "introdução do **princípio da**

**oportunidade da ação penal pública na sua forma regrada ou regulada**".[163]

Sem embargo da opção legislativa, Afrânio Silva Jardim – provavelmente o processualista brasileiro que mais estudou o *princípio da obrigatoriedade da ação penal pública* – argumenta que enquanto o princípio da obrigatoriedade tem feição democrática, na medida em que submete a atuação dos órgãos públicos ao direito constituído, o princípio da oportunidade "expõe o Ministério Público a pressões indesejáveis ou, pelo menos, a suspeitas sobre a lisura de seu comportamento ativo ou omissivo".[164] Dessarte, em sua visão,

"[...] não há nada de liberal na autorização ao membro do Ministério Público para decidir, no caso concreto, se invoca ou não a aplicação do Direito Penal: não faz qualquer sentido, em uma sociedade democrática, outorgar tal poder a um órgão público. A aplicação inarredável da norma penal cogente, realizado o seu suporte fático, não pode ser afastada pelo agente público à luz de critérios pessoais ou políticos.
Como ressaltou o professor Tornaghi, 'dispor da ação penal acarretaria dispor da punição, o que não é dado ao Ministério Público'".[165]

Apesar da contundente e respeitada crítica[166] supratranscrita, o § 4.º do art. 4.º da Lei 12.850/2013 prevê o que chamamos de **acordo de não denunciar**[167] ou **de imunidade**, e concretiza uma providência desde há muito estimulada no plano das relações internacionais, particularmente no âmbito das Convenções de Palermo[168] (contra o crime organizado) e de Mérida[169] (contra a corrupção).

Apesar do silêncio da Lei do Crime Organizado, preenchidos os requisitos vertidos no § 4.º do art. 4.º, o membro do Ministério Público poderá ***deixar de oferecer denúncia*** e, oportunamente, cumprido o pacto, ***promover o arquivamento*** dos autos de investigação, mediante o controle judicial petrificado no art. 28 do Código de Processo Penal, "pois estamos diante de uma exceção ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal. Assim, o colaborador não ficará como indiciado perpetuamente".[170]

Não há falar, portanto, em absolvição, perdão judicial, diminuição ou substituição de pena, porquanto não haverá na hipótese denúncia e consequentemente processo penal. Trata-se, pois, de simples arquivamento de procedimento inquisitorial – sem formação de coisa julgada material[171] – com esteio na novel **causa extintiva de punibilidade *sui generis* (supralegal)**. E não há inconveniente algum em reconhecer no acordo de imunidade a natureza de causa de extinção de punibilidade. Primeiro, porque "o sentido juridicamente válido de punibilidade é o de possibilidade de aplicar-se a efetiva sanção criminal ao infrator"[172] e, como afirmado, o referido pacto tem por escopo, justamente, evitar a incidência de qualquer sanção penal ao colaborador, que nem sequer será denunciado. Segundo, porque, conquanto não seja a regra, nada impede a construção de causas supralegais (não previstas em lei) de extinção da punibilidade, a exemplo daquela contida na Súmula 554 do STF.[173]

A lei parece deixar absolutamente ao talante do órgão ministerial o poder de deixar de oferecer denúncia. Contudo, entendemos de todo recomendável, por razões de segurança jurídica, que o prêmio (*não oferecimento de denúncia*) seja objeto de acordo escrito (art. 6.º) judicialmente homologado (LCO, art. 4.º, § 7.º). Essa parece ser a melhor interpretação da lei.

Assim, ao receber o termo de acordo entre as partes, constatando o magistrado não ter sido o colaborador o primeiro a prestar efetiva colaboração, como exige o inciso II supracitado, a homologação da avença poderá ser recusada por "não atender aos requisitos legais" (§ 8.º do art. 4.º). Há aqui um *controle judicial prévio* à homologação do acordo.

Lado outro, homologado o acordo e implementados os pressupostos da medida, o Ministério Público deverá promover o arquivamento dos autos. Discordando o magistrado da promoção de arquivamento por entender, pelo exame do caderno inquisitorial, *ad exemplum*, que o colaborador seria o líder da organização criminosa, competirá ao magistrado aplicar o **princípio da devolução** inserido no art. 28 do CPP.[174] Nessa hipótese, tem-se um *controle judicial subsequente* à homologação do acordo de colaboração.

Refutamos, pois, a concepção segundo a qual, "se houver a delação premiada na fase das investigações, o próprio Promotor de Justiça ou Procurador da
República poderá deixar de oferecer denúncia ao delator",[175] como se o juiz fosse mero espectador dessa opção do *Parquet*.

Como exposto anteriormente, entendemos que a hipótese vertida no § 4.º do art. 4.º é submetida a dois *filtros judiciais*, anterior e posterior à homologação judicial do acordo formalizado. Esses controles judiciais hão de ser compreendidos como mecanismos de **freios e contrapesos** (*cheks and balances* ou *le pouvoir arrêt le pouvoir*), responsáveis pela harmonia das funções estatais.[176]

Repise-se, por necessário, que, ao se reportar ao *caput* do art. 4.º, o § 4.º exige que tenha havido colaboração efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal, de maneira a que tenha se alcançado um ou mais dos resultados previstos nos incisos I a V. Além disso, o Ministério Público somente poderá *deixar de oferecer denúncia* se o colaborador "não for o líder da organização criminosa" (*requisito negativo*) e "for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo" (*requisito positivo*). Exigem-se, portanto, esses dois **requisitos cumulativos**.[177]

Quanto ao *requisito negativo*, Cunha e Pinto asseveram que a demonstração de que o beneficiário não seja o líder da organização criminosa "constitui-se em matéria de cunho probatório, que por vezes não se conseguirá demonstrar no âmbito do inquérito policial ou do expediente deflagrado pelo Ministério Público [...]. A simples alegação do agente nesse sentido, isolada de outros elementos aptos a sustentá-la, não se prestará a esse objetivo. É verdade que, em alguns casos, pode ser notória a liderança da organização, quando então restará atendido esse pressuposto".[178]

Sendo assim, quando não for notória a liderança da organização, parece-nos conveniente que a efetivação do prêmio consistente no *não oferecimento da denúncia* e o consequente *arquivamento*

*dos autos de investigação* (art. 4.º, § 4.º) sejam precedidos do sobrestamento do prazo para o oferecimento da denúncia (art. 4.º, § 3.º) pelo período de seis meses (suspendendo-se o fluxo da prescrição), prorrogáveis por igual tempo, a fim se aferir com mais precisão a eficácia das informações prestadas pelo colaborador e a sua posição dentro da organização.

Uma palavra a mais quanto ao *requisito negativo*. A exigência de que o colaborador não seja o líder da organização criminosa para poder legitimamente firmar um acordo de imunidade é bem pertinente quando se tem em mira uma organização criminosa de tipo mafioso,[179] que, em regra, possui uma estrutura piramidal bem definida,[180] circunstância que permite identificar com certa facilidade quem é o líder do grupo.

Entretanto, essa conformação estrutural não se verifica em todas as organizações criminosas. Com efeito, os grupos delitivos voltados para a prática de crimes contra a administração pública nem sempre possuem essa arquitetura em forma de pirâmide. Ao contrário, esse tipo de organização muitas vezes se manifesta sob alicerces flexíveis, horizontalizados, de modo que não é possível identificar apenas um *capo* no topo de uma pirâmide. Nessa conjuntura, é comum a verificação de nichos de atuação diferentes dentro de uma mesma organização criminosa, cada qual com a sua importância de comando e peculiar liderança. Em casos que tais, o *requisito negativo* deve ser aferido sob um viés mais elástico, porquanto essas organizações criminosas não contam apenas com um líder, mas com vários, cada qual em seu espectro de atuação (parlamentares, secretários de governo, empresários, servidores públicos etc.).[181]

No que importa ao *requisito positivo*, por meio do qual se exige que o "delator" seja o primeiro a prestar efetiva colaboração, não nos parece adequada a leitura que enxerga possível apenas um acordo de imunidade dentro de uma mesma investigação, com esteio em um critério meramente temporal (cronológico). Ou seja, não deve o acordo de imunidade beneficiar apenas e tão somente aquele que primeiro comparecer no procedimento investigatório a fim de prestar sua colaboração. Deve-se fazer um ligeiro ajuste hermenêutico a fim de que se permita a realização do *acordo de não denunciar* com todos aqueles que, dentro de uma mesma organização criminosa, sejam os primeiros a prestar efetiva colaboração de acordo com as suas posições na organização criminosa.

Assim, o acordo de imunidade firmado com um parlamentar – integrante do núcleo político de determinada organização criminosa – não impede a celebração de outro acordo de imunidade com integrante (*v.g* .: servidor público, empresário etc.) de núcleo diverso no âmbito da mesma organização criminosa. Em outros termos, deve-se analisar o *requisito positivo* dentro da esfera de atribuições de cada colaborador. É, pois, o nicho de atuação de cada colaborador que indicará se ele foi ou não o primeiro a colaborar.

Noutro giro, é curial ressaltar que, ainda que *não denunciado*, "o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial" (art. 4.º, § 12), hipótese em que prestará o compromisso de dizer a verdade (art. 4.º, § 14), sujeitando-se a responder

criminalmente pelo crime de falso testemunho (CP, art. 342) ou pelo delito previsto no art. 19 da Lei do Crime Organizado.

### *4.1.6 Sobrestamento do prazo para oferecimento de denúncia e suspensão do processo e do prazo prescricional*

Reza o art. 4.º, § 3.º, da Lei 12.850/2013 que:

"O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional".

Desde logo, calha perceber que a hipótese em estudo não se configura como um prêmio legal autônomo. É, sim, uma **medida de apoio** voltada para consecução dos fins da colaboração.

*tural alto e de maior complexidade, com alta centralização de poder e gestão*. Por outro lado, modernamente, destacam-se as *associações criminosas de estrutura mais flexível, de direção coletiva ou descentralizada, que visam, inclusive, adaptar-se a esquemas corporativos horizontais* [...]" (PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte especial (direito penal econômico). São Paulo: RT, 2014. v. 8. p. 461).

Como se sabe, a depender da espécie de infrações penais praticadas pela organização criminosa, de seu grau de estruturação e de suas ramificações, difícil será que as informações fornecidas pelo colaborador levem, de imediato, ao alcance de, ao menos, um dos resultados indicados nos incisos do art. 4.º da LCO.

Assim, a fim de que possa a Justiça aferir a fidedignidade das informações prestadas pelo colaborador e, sobretudo, a eficácia da colaboração – sem a qual não há falar em prêmio –, permite a lei que o prazo para oferecimento de denúncia (ou até mesmo o processo, na hipótese de denúncia já ofertada) e o curso do prazo prescricional, em relação ao colaborador, sejam suspensos por até seis meses, prorrogáveis por igual período, "até que sejam cumpridas as medidas de colaboração".

Conquanto seja a Lei 12.850/2013 uma espécie de "lei geral procedimental" das colaborações premiadas em nosso ordenamento jurídico, é curial perceber que a criação de causas suspensivas da prescrição – *novatio legis in pejus* – sujeita-se à cláusula constitucional da irretroatividade (CR/88, art. 5.º, XL).

Desse modo, o disciplinamento do art. 4.º, § 3.º, da LCO "**não alcança** as colaborações referentes a crimes perpetrados *antes* da entrada em vigor do mencionado diploma legal. E, por serem prejudiciais ao imputado, deixando em suspenso o direito de punir do Estado, submetem-se à **interpretação restritiva**, [...] não se projetando para qualquer outra infração penal além da prevista no art. 2.º da Lei n.º 12.850/13, mesmo se conexa",[182] sendo curial ressaltar que a comunicabilidade

de que trata o § 1.º do art. 117 do CP circunscreve-se às causas interruptivas da prescrição, não englobando as suspensivas.

**Essa suspensão ocorre automaticamente ou mediante requerimento?**

A suspensão do prazo para oferecimento de denúncia (ou a suspensão do processo) e do curso do prazo prescricional não haverá de ocorrer automaticamente, como efeito imediato de todo acordo de colaboração premiada. Muitas vezes não se fará necessária a suspensão, porquanto a eficácia da colaboração poderá restar comprovada de plano.

Quando o caso concreto reclamar que se aguarde um período para que melhor se possa aferir o cumprimento das medidas de colaboração, **entendemos ser o caso de o Ministério Público requerer em juízo a suspensão por até seis meses (e a prorrogação por igual período)** do prazo para oferecimento de denúncia (ou do curso do processo). Deferido o pedido – em decisão, a princípio, irrecorrível[183] –, haverá também a suspensão do prazo prescricional, razão pela qual se mostra tão necessário o provimento judicial a fim de fixar o termo *a quo* do sobrestamento.

**E se o magistrado discordar do pedido de suspensão (do prazo para o oferecimento da denúncia ou do curso do processo) ou da prorrogação?**

Entendemos ser o caso de aplicação, por analogia, do art. 28 do Código de Processo Penal.

Assim, se o Promotor de Justiça requer a suspensão do prazo para o oferecimento da denúncia contra o colaborador e o magistrado discorda do pleito, deverá ser acionado o Procurador-Geral de Justiça, chefe institucional do Ministério Público, ao qual competirá tomar uma das seguintes decisões: (a) a designação de outro membro do *Parquet* para o imediato oferecimento da denúncia; (b) aderir ao entendimento do Promotor de Justiça e insistir na suspensão do prazo (ou prorrogação), hipótese em que o termo *a quo* da suspensão será contado a partir de sua promoção.

**E se o juiz indeferir o pedido de suspensão sem aplicar o art. 28 do CPP, qual será o recurso cabível?**

No ponto, estamos com Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, para os quais seria "razoável se pensar no **recurso em sentido estrito**, viável por analogia do disposto no art. 581, inc. XVI do CPP".[184] Prosseguem, entretanto, argumentando como *alternativa viável* a interposição da **correição parcial**, que já foi admitida pelo STJ para hipótese de indeferimento da suspensão do processo nos casos de réu citado por edital, nos termos do art. 366 do CPP.

O posicionamento pelo cabimento da correição parcial, *in casu*, é também festejado por Dutra Santos. Partindo da premissa de que o art. 581, XVI, do CPP versa sobre decisões que *suspendem o processo* por força de *questão prejudicial*, o citado autor verifica ser descabido o manejo do

recurso em sentido estrito para combater uma decisão que *nada tem de prejudicial*, que se situa na *fase extrajudicial* e que *não suspende persecução alguma*.[185]

Em todo caso, parece que estamos em campo fértil para, com esteio no art. 579 do CPP, aplicar o **princípio da fungibilidade** (também chamado de "**teoria do recurso indiferente**" ou "**teoria do tanto vale**"), largamente aceito pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça já se firmou no sentido de que é possível a aplicação do princípio da fungibilidade quando há interposição de recurso diverso do devido, considerando-se a ausência de má-fé e, obviamente, a tempestividade".[186]

**E se o investigado/réu estiver preso? Poderá a suspensão se prolongar pelo prazo de até um ano (seis meses mais a prorrogação por igual período)?**

Nesse caso, temos por absolutamente descabida a suspensão (e, logicamente, a prorrogação), porquanto haveria um elastecimento desproporcional da prisão provisória do investigado/réu que se despiria da imprescindível cautelaridade e das condicionantes previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, mola propulsora de toda prisão cautelar.

Sendo assim, "parece que a melhor solução seria o juiz colocá-lo em liberdade para que o prazo ou o processo fosse suspenso; na hipótese de estarem presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, que impeçam a soltura do investigado ou réu, essa suspensão do prazo não pode ser aplicada".[187] Tanto é que a própria Lei do Crime Organizado estabelece o prazo de cento e vinte dias, prorrogáveis excepcionalmente, para o término da instrução, *quando houver réu preso* (art. 22, parágrafo único).

Em suma, homologada a avença estabelecida com investigado preso cautelarmente, e havendo pedido de suspensão (medida de apoio), competirá ao magistrado decidir. Se indeferir o pleito, aplica o art. 28 do CPP e relaxa a prisão. Deferindo a suspensão, "ante a impossibilidade de a custódia estender-se pelo inquérito, o juiz igualmente a relaxa ou, a pedido do Ministério Público, impõe outras cautelares em substituição"[188] à medida constritiva da liberdade.

### *4.1.7 Pressupostos para a incidência do(s) prêmio(s) na LCO*

Em nossa leitura, **cinco são os pressupostos fundamentais** preconizados pela Lei 12.850/2013 para a aplicabilidade dos prêmios legais:

**a)** formalização escrita (art. 6.º) do acordo de colaboração premiada entre o delegado de polícia (é controversa essa legitimidade conferida à autoridade policial, como vimos no Capítulo II, itens 2 e 4.1.5), 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 (LCO, art. 4.º, §§ 6.º e 15), do qual deverá constar: [art. 6.º] I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II – as

condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III – a declaração de aceitação do colaborador e[189] de seu defensor; IV – as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V – a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.[190]

Os primeiros diplomas normativos que trataram da delação premiada em nosso país (Lei 8.072/1990, art. 8.º, parágrafo único; CP, art. 159, § 4.º; Lei 8.137/1990; Lei 7.492/1986; Lei 9.034/1995 [revogada]; Lei 9.613/1998; Lei 9.807/1999; Lei 11.343/2006) não a preconizaram em forma de acordo escrito. Contudo, examinando os regramentos mais recentes – Lei 12.529/2011; Lei 12.846/2013 e Lei 12.850/2013 – sobre a cooperação premial, pode-se concluir que a formalização documentada dos pactos (de leniência e de colaboração premiada) é, sem dúvida, uma **tendência**.

Em nossa ótica, a formalização do acordo de colaboração premiada e a sua homologação judicial conferem mais segurança jurídica às partes – sobretudo ao colaborador – e transparência ao jurisdicionado, daí por que julgamos acertada a opção legislativa pela formalização escrita da avença.

Indo ainda mais adiante, uma parcela da doutrina (**1.ª corrente**) compreende que o acordo de colaboração premiada constitui verdadeira *conditio sine qua non* para a obtenção de qualquer prêmio, na seara da Lei 12.850/2013. Sem pacto premial, pode haver o reconhecimento da confissão espontânea (circunstância atenuante), mas não a premiação. Na síntese de Bedê Jr. e Moura, "a contribuição informal sem a materialização do acordo, talvez mais teórica do que real, não pode gerar benefícios".[191]

Ao acusado, portanto, não é dado "pleitear os benefícios da colaboração premiada ao juiz, e este não pode concedê-los *ex officio*, se não houver a anuência expressa do Ministério Público. Isso decorre da própria natureza negocial da colaboração: só ocorre quando há consenso entre acusação e defesa. Nenhuma das duas pode ser impelida a realizar o acordo, especialmente o Ministério Público, titular da ação penal e regido pelo princípio da obrigatoriedade. A colaboração deve ser excepcional, e fruto de um acordo entre partes. Não pode ser imposta à acusação pelo réu ou pelo julgador".[192]

Em posição diametralmente oposta (**2.ª corrente**), Eugênio Pacelli compreende que a formalização do acordo de colaboração premiada não é um pressuposto para a incidência dos benefícios legais, nem mesmo no âmbito na Lei do Crime Organizado. Em sua visão, apesar de se tratar de hipótese excepcional, haverá casos em que, a despeito da não formalização do acordo, o *colaborador unilateral* ou *informal* (que não firmou termo de colaboração premiada) terá direito subjetivo aos benefícios. Em suas palavras:

"Se o Ministério Público, parte legitimada para o exercício da ação penal em todas as suas dimensões, entender não ser cabível o acordo de colaboração, não caberá ao magistrado substituir-se a ele e decretar a impunidade absoluta dos fatos em relação ao colaborador, com a rejeição da

acusação, como forma de forçar o *parquet* à propositura do acordo. De outro lado, por ocasião da sentença condenatória – se condenatória for! – *poderá o juiz aplicar os benefícios da colaboração (art. 4.º) àquele que tenha contribuído eficazmente para as modalidades de proveito arroladas no aludido dispositivo legal (incisos I a V), a despeito da inexistência de formalização do acordo. O que existe é o direito subjetivo aos benefícios pela atuação eficaz e não o direito ao acordo formalizado*. Naturalmente que semelhante hipótese poderá ser de menor ocorrência, dado que a ausência da propositura do acordo poderá desestimular o agente colaborador a prestar tais informações. Mas, do ponto de vista legal, parece irrecusável a solução, consoante, aliás, o disposto no *caput* do art. 4.º".[193]

Na mesma trilha, Dutra Santos considera a celebração do acordo de colaboração premiada *recomendável*, na medida em que potencializa a expectativa de direito à premiação, mas a enxerga como algo *prescindível*, porquanto a cabeça do art. 4.º da Lei 12.850/2013 refere-se a *requerimento das partes*, listando os resultados a serem alcançados para a concessão do benefício. Assim, obtidos os resultados listados em lei à conquista do prêmio, esse surge como direito público subjetivo do acusado e pode ser pleiteado, *v.g.* , em sede de alegações finais,[194] restringida a discricionariedade jurisdicional à eleição do benefício.[195] E, em trabalho específico acerca do assunto, o professor arremata seu raciocínio considerando que a colaboração premiada, por si só,

"encerra confissão complexa, pois, além de reconhecer a responsabilidade penal, o imputado vai além, disponibilizando informações que permitem, *v.g.* a identificação dos demais autores ou partícipes, a arrecadação total ou parcial do produto do crime, a prevenção de infrações penais correlatas, etc. Trata-se de valiosa ferramenta defensiva, manifestação de autodefesa e, por conseguinte, da ampla defesa. Condicionar eventual premiação ao aval do Ministério Público simplesmente a cercearia, em descompasso com o artigo 5.º, LV, da Constituição. [...] Se o negócio jurídico processual é premiado, fruto de um acordo bilateral, quanto mais se unilateral, ou seja, quando o imputado decide cooperar com os órgãos de repressão estatal independentemente de qualquer pacto previamente ajustado. Se o prêmio à colaboração é um incentivo ao arrependimento sincero, tendente à regeneração, que vem a ser o fim último da pena, conforme aponta parte da doutrina, com maior razão ainda há de ser reconhecido, e retribuído, quando prestada unilateralmente. [...] Imagine, *v.g* ., uma operação policial a resultar na apreensão de 100 kg de cocaína, depositada em um armazém. Entre os capturados em flagrante, um indica outros 2 galpões nos quais haveria material entorpecente estocado, vindo a Polícia a arrecadar mais 200 kg de cocaína e a prender mais 4 infratores, além do gerente do tráfico. Tais informações culminaram na identificação e captura de outros coautores e na recuperação parcial do produto do crime, concretizando 2 dos resultados delineados no art. 4.º, incisos I e IV, da Lei n.º 12.850/13. Não há como negar a esse imputado o prêmio, nada obstante a ausência de acordo formalizado, em prol de uma reles atenuante genérica – confissão, versada no art. 65, III, *d* do Código Penal –, sob pena de legitimar uma postura *contra legem*".[196]

Numa posição intermediária (**3.ª corrente**), ao apreciar *caso que não envolvia a criminalidade organizada* (Lei 12.850/2013), a 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu *desnecessária a*

*formalização do acordo* para a concessão de algum benefício, o que deve ser aferido por ocasião do julgamento. Assim, a **colaboração premiada unilateral** ou **informal** (não precedida de acordo), "por si só, não exclui a possibilidade de eventual aplicação de benefícios ao delator. No entanto, a gradação de eventual redução de pena e mesmo a aplicação do perdão judicial deverão ser analisados na fase de julgamento".[197]

Do mesmo modo, a 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a viabilidade da colaboração premiada unilateral, porquanto esse meio especial de obtenção de prova se apresenta como negócio jurídico processual personalíssimo *no regime da Lei das Organizações Criminosas* – pois a Lei 12.850/2013 efetivamente prevê a celebração de um acordo formalizado entre o réu colaborador e o órgão acusatório, cabendo ao Juízo a homologação e, por ocasião da sentença, a avaliação da eficácia para fins de concessão dos benefícios ajustados –, o que não ocorre, por exemplo, na esfera das Leis de Drogas (art. 41) e de Lavagem de Capitais (art. 1.º, § 5.º). Nestes casos, o consectário lógico da ausência de previsão de pacto premial prévio é a possibilidade de colaboração premiada unilateral, "que independe de negócio jurídico prévio celebrado entre o réu e o órgão acusatório e que, desde que efetiva, deverá ser reconhecida pelo magistrado, de forma a gerar benefícios em favor do réu".[198] *In ipsis litteris*, veja-se:

"7. O art. 1.º, § 5.º, da Lei n. 9.613/1998, contempla hipótese de colaboração premiada que *independe de negócio jurídico prévio* entre o réu e o órgão acusatório (**colaboração premiada unilateral**) e que, desde que efetiva, deverá ser reconhecida pelo magistrado, de forma a gerar benefícios em favor do réu colaborador. 8. Ao menos um dos efeitos exigidos pela norma foi alcançado, qual seja, a apuração das infrações penais, pois há explícita referência no acórdão à existência de escritura pública na qual o recorrente prestou esclarecimentos substanciais à apuração do delito antecedente (peculato) e subsequente (lavagem). 9. A instância ordinária reconheceu que o recorrente faz jus à atenuante da confissão espontânea, circunstância que evidencia, de forma irrefutável, o caráter espontâneo da colaboração. 10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido, a fim de reconhecer que o recorrente faz *jus ao disposto no art. 1.º, § 5.º, da Lei n. 9.613/1998, devendo o Tribunal* a quo*, após a baixa dos autos, decidir, de forma fundamentada, qual ou quais benefícios, dentre os previstos na norma, serão aplicados em favor do recorrente, redimensionando a pena no que couber*; mantido incólume o efeito da decisão de fls. 3.024/3.029 (suspensão da execução provisória da pena) até que o ponto acolhido seja solucionado no Tribunal *a quo*".[199]

Sob outro ângulo, no que importa às cláusulas do pacto, tem-se estipulado na práxis que o acordo perderá efeito e considerar-se-á rescindido se o colaborador

(a) vier a praticar qualquer infração penal posterior, após a homologação da avença; (b) fugir ou tentar furtar-se à ação da justiça criminal; (c) não efetuar o pagamento da multa compensatória ou não oferecer garantias a título de fiança com que se compromete etc.[200]

Há ainda várias outras possibilidades de assunção de compromissos por parte do colaborador,

o qual pode, por exemplo, "obrigar-se a depor em juízo, a fazer reconhecimentos, a acarear-se com corréus. [...] pode também fornecer aos órgãos de persecução informações de inteligência, como números de telefone que permitam a realização de interceptação telefônica, ou endereços nos quais seja possível instalar escutas ambientais, ou ainda indicar a localização de bens, direitos e valores sujeitos a medidas de busca e apreensão, arresto e sequestro cautelar".[201]

Por outro lado, é controversa a admissibilidade de eventual **cláusula de *performance*** ou **taxa de sucesso**, havendo quem considere inadmissível que o colaborador "em razão da sua cooperação, fique com percentual do proveito ilícito recuperado". Assim, para alguns, "sem lei expressa, essa 'cláusula' ou 'taxa' não pode ser estabelecida, por se tratar de dinheiro público".[202] Por outro lado, quando do julgamento do HC 127.493 (Tribunal Pleno do STF, *DJe*-021 de 04.02.2016), o Min. Dias Toffoli externou seu entendimento favorável a essa possibilidade, *in ipsis litteris*:

"Embora o confisco, de acordo com o art. 92, II, *c*, do Código Penal, não se qualifique como pena acessória, mas sim como efeito extrapenal da condenação, uma interpretação teleológica das expressões *redução de pena*, prevista na Convenção de Palermo [art. 26, 2], e *mitigação de pena*, prevista na Convenção de Mérida [art. 37, 2], permite que elas *compreendam*, enquanto abrandamento das consequências do crime, não apenas a sanção penal propriamente dita, como *também aquele efeito extrapenal da condenação*. Logo, havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas 'as medidas adequadas para encorajar' formas de colaboração premiada, tais como a redução ou mitigação da pena (no sentido, repita-se, de abrandamento das consequências do crime), *parece-me lícito*, sem prejuízo de ulterior e mais aprofundada reflexão sobre o tema, *que o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador* dentre as 'condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia' (art. 6.º, II, da Lei n.º 12.850/13), *possa também dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador, em seu nome ou de interposta pessoa*. Aliás, *se a colaboração exitosa pode afastar ou mitigar a aplicação da própria pena cominada ao crime [...],* a fortiori*, não há nenhum óbice a que também possa mitigar os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação*, como o confisco 'do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso' (art. 91, II, *b*, do Código Penal), e de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 7.º, I, da Lei n.º 9.613/98). [...] Dessa feita, [...] *parece-me plausível que determinados bens do colaborador possam ser imunizados contra esse efeito no acordo de colaboração, no caso de uma sentença condenatória*. [...] se um dos objetivos do programa de proteção [Lei 12.850/2013, art. 5.º, I, c.c Lei 9.807/199, art. 7.º] é conferir meios de subsistência ao colaborador e a sua família, impondo ao Estado o dever de fornecer-lhe residência e ajuda financeira mensal, *possibilitar-se que o colaborador permaneça com determinados bens ou valores mostra-se congruente com os mencionados fins, inclusive por desonerar o Estado daquela obrigação*. Em suma, não soa desarrazoado que o Estado-Administração, representado pelo titular da ação penal pública, possa dispor, no acordo de colaboração, sobre questões de natureza patrimonial, *ressalvado o direito de terceiros de boa-fé*".[203]

Da mesma forma, como visto alhures, é polêmica a possibilidade de homologação de acordos de colaboração premiada que traga predefinida a quantidade de pena a ser aplicada e o seu respectivo regime, em caso de condenação.

Todavia, se a respeito da fixação negociada da sanção reina a controvérsia, é quase[204] uníssona a concepção segundo a qual é plenamente possível a homologação da avença que estipule o prêmio – dentre aqueles vertidos no art. 4.º da Lei 12.850/2013 – que se tenciona conferir ao delator, na hipótese de se verificar a eficácia objetiva da colaboração. Aliás, nisso parece consistir a essência da proposta do Ministério Público (LCO, art. 6.º, II). Em consenso com a defesa, estabelece-se o benefício a que fará jus o colaborador que auxiliar o estado a alcançar ao menos um dos resultados dispostos no art. 4.º da Lei do Crime Organizado, submetendo o acordo à homologação judicial. Assim, deve haver uma **cláusula (premial)** prevendo "o compromisso de o Ministério Público pleitear judicialmente as vantagens negociadas".[205]

Desse modo, o pacto não gera obrigações somente para o investigado/réu que se propõe a colaborar com a Justiça. Ao contrário, "o Estado também assume obrigações, e uma delas é justamente conceder os prêmios nos moldes do que foi pactuado e devidamente homologado pelo juiz".[206]

Justamente por isso, e com o máximo respeito, a nós pareceu **incompreensível** a decisão do Min. Lewandowski, na Pet. 7.265/DF, no sentido de que, no acordo de colaboração premiada,

"**não é lícito às partes contratantes fixar**, em substituição ao Poder Judiciário, e de forma antecipada, [...] **o perdão judicial**. [...] **Cabe ao *Parquet*, tão apenas** – e desde que observadas as balizas legais – **deixar de oferecer denúncia** contra o colaborador, na hipótese de não ser ele o líder da organização criminosa e se for o primeiro a prestar efetiva colaboração, nos termos do que estabelece o § 4° do art. 4° da Lei de regência".

Por que motivo poderia o *Parquet* conceder a *imunidade* ao colaborador, que é o prêmio máximo previsto na lei, e que o livrará de ser denunciado, mas não poderia pactuar com ele a concessão, pelo magistrado (no momento da sentença), do *perdão judicial*, que é um claro *minus* em relação à imunidade? Realmente não encontramos resposta a esse questionamento.

Além do mais, também não nos pareceu pertinente a ponderação do Min. Lewandowski no sentido de que, ao estabelecer o perdão judicial como prêmio, estariam as partes a "substituir o Poder Judiciário". Nada disso acontece. Ao elegerem o perdão judicial como prêmio, as partes condicionam a benesse ao alcance dos resultados elencados pelo legislador no art. 4.º da Lei 12.850/2013 e submetem a avença à *homologação judicial*. Considerando exagerada a benesse, em vez de rejeitar o pacto, pode o juiz realizar uma *adequação da proposta* (LCO, art. 4.º, § 8.º) e oferecer solução jurídica diversa aos contratantes, indicando a pertinência de outro prêmio (*v.g.:* redução da pena). Ao contrário, se o magistrado homologar o acordo, ainda assim não se pode dizer

que as partes estão a *substituir o Judiciário*. Mesmo com a homologação, não há para o colaborador uma certeza absoluta da incidência do perdão, que ficará condicionado à verificação, *pelo juiz*, da eficácia da colaboração, no momento da sentença (LCO, art. 4.º, § 11).

Com bem sintetiza Frederico Valdez Pereira, o "acordo preliminar homologado judicialmente *não importa a concessão antecipada do benefício*, mas significa que, preenchidos os seus termos, cumprindo o agente com suas obrigações e ônus assumidos no acerto, passa a ter direito a tratamento favorável, o que deveria mesmo constar no termo, o qual é condicional, mas vinculado pelo seu conteúdo".[207]

Por outro lado, tem-se entendido que **não devem ser homologadas** as avenças que tragam expressos, por exemplo, o "local de prisão preventiva ou de cumprimento de pena, promessas de celas especiais (ressalvado o que consta do art. 5.º, inciso VI, da Lei 12.850/13) ou outras benesses cujo atendimento dependa de outro órgão ou autoridade, em momento presente ou futuro. Ninguém pode prometer e o juiz não pode homologar aquilo que não se saberá se poderá ser efetivado".[208]

Em síntese, conforme o Min. Teori Zavascki (Petição 5.209-STF), quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, "não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo". Portanto, se os termos acordados guardam harmonia com a Constituição e as leis, a homologação do pacto é medida de rigor. Ao contrário, foi **decotada** da homologação a cláusula que estipulava a renúncia pelo colaborador ao direito de recorrer em caso de condenação, em razão de configurar um malferimento "ao pleno exercício, no futuro, do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pelo art. 5.°, XXXV, da Constituição".

**b)** pedido de homologação do acordo a ser sigilosamente distribuído (LCO, art. 7.º). *Vide* Capítulo II, item 4.1.16.

**c)** homologação judicial do acordo de colaboração premiada (LCO, art. 4.º, § 7.º). O citado dispositivo preconiza que, realizado o acordo na forma do § 6.º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

A decisão homologatória do acordo de colaboração premiada tem a "**natureza de jurisdição voluntária**, vale dizer, trata-se de uma decisão judicial (não jurisdicional) que a lei exige para a concretização e eficácia de um determinado negócio jurídico. Aqui, não temos pretensão (no sentido técnico, Carnelutti) e muito menos lide (não há como resistir ao que não existe, pretensão)".[209]

A homologação judicial funciona como verdadeira "condição de validade do acordo de colaboração".[210] Mas é preciso ficar claro desde logo que nesse momento não há espaço normativo para que o Judiciário realize, por assim dizer, uma sindicalidade quanto ao mérito da avença.

Portanto, o **filtro meritório** é tão impertinente nesse átimo quanto é conveniente o **filtro da legalidade (atividade de delibação)**.[211]

Bem por isso, e tendo como linha de entendimento que a colaboração premiada, para além de se apresentar como um meio especial de obtenção de prova (técnica especial de investigação), representa, igualmente, "exercício do direito de defesa, os benefícios propostos ao agente colaborador pelo Ministério Público, quando manifestada a aceitação e prestado o consequente depoimento, assumem a condição de direito subjetivo, de maneira que *o magistrado*, salvo situação excepcional, *não deve deixar de homologar o acordo*, máxime no cenário de um processo penal de modelo acusatório, no qual o *parquet* é o *dominus litis* da ação penal".[212]

Descabida, pois, a aferição judicial acerca da *personalidade do colaborador*, a qual "não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4.º, § 11, da Lei n.º 12.850/13)".[213]

Assim, mantendo o acordo submetido ao crivo judicial harmonia com a Constituição e as leis, a homologação é o caminho a ser trilhado, competindo ao magistrado pronunciar-se apenas sobre os critérios da regularidade, legalidade e voluntariedade. Dessarte:

"**Não seria emitido qualquer juízo de valor a respeito das declarações** eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, **tampouco seria conferido o signo da idoneidade a depoimentos posteriores**. Em outras palavras, **homologar o acordo não implicaria dizer que o juiz admitira como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas** pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa".[214]

Em suma, por ocasião do *juízo de delibação*, o juiz apenas verificará o preenchimento dos pressupostos materiais (cláusulas válidas, legais e que respeitem os princípios gerais de direito, a moral, a ordem pública e os bons costumes) e formais (relato da colaboração e seus possíveis resultados, legitimidade das partes, voluntariedade, declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor, as assinaturas, a presença de defensor e a especificação das medidas de proteção, quando for o caso), sem externar qualquer juízo valorativo acerca da extensão e da eficácia da colaboração.[215]

Noutra frente, dissertando sobre a homologação judicial do acordo de colaboração premiada em **casos de competência do Júri**, Marcelo Batlouni Mendroni assevera:

"questões interessantes serão abordadas em plano de casos de crimes dolosos contra a vida, onde a competência, por determinação constitucional e legal é do Tribunal do Júri. Quando o acordo for

realizado na fase investigatória, portanto ainda sem processo ou jurisdição instalada, parece coerente a desnecessidade da 'homologação' por jurados do Tribunal do Juízo. Mas a questão será mais debatida quando a colaboração ocorrer durante a fase da *judicium causae* ou da *judicium acusationes*. Nessas hipóteses, a admissibilidade das vantagens da colaboração deverá, ao final, ser apresentada em forma de quesitos aos jurados".[216]

Assim não pensamos. Para nós, independentemente do momento em que ocorra a celebração do acordo de colaboração premiada, a sua homologação ficará a cargo do juiz togado. Até porque não há apreciação de *mérito* nesse momento, apenas aferição sobre a "regularidade, legalidade e voluntariedade" do acordo. E, uma vez homologada, competirá exclusivamente ao magistrado apreciar, na sentença (LCO, art. 4.º, § 11), a eficácia da colaboração, sendo descabida a quesitação nesse particular ao conselho de sentença.[217]

Por fim, o estudo de uma questão interessantíssima parece ainda não ter recebido a devida abordagem em sede doutrinária, a saber: caso o investigado possua foro por prerrogativa de função (**hipótese de competência originária**), a homologação do acordo de colaboração premiada pode se operar monocraticamente pelas mãos do relator ou, ao contrário, deve a matéria ser submetida ao Plenário?

Consoante a lição de Afrânio Silva Jardim (**1.ª corrente**):

"na medida em que existe um entendimento majoritário de que o Poder Judiciário, ao homologar o acordo de cooperação premiada, fica vinculado a seus termos, não podendo negar os benefícios do delator ali previstos, em sua futura sentença condenatória, entendo que a sua **homologação deve resultar de decisão do colegiado, nas hipóteses de crimes da competência originária dos tribunais**. Não sendo assim, de duas uma: ou a homologação do relator obrigaria a todos os julgadores do colegiado, violando a liberdade de julgar segundo sua convicção, ou eles poderiam condenar de forma diversa da prevista no acordo. Tal não seria sequer ético, pois o colaborador seria enganado".[218]

Conquanto sedutora a opinião do notável mestre, caminho diferente percorreu o Supremo Tribunal Federal (**2.ª corrente**) em acórdão proferido no âmbito da Operação Lava Jato. Para a Corte:

"Nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (*v.g.*, busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal). Considerando-se que o **acordo de colaboração premiada** constitui meio de obtenção de prova (art. 3.º da Lei n.º 12.850/13), **é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo** (art. 4.º, § 7.º, da Lei n.º 12.850/13)".[219]

Esse posicionamento foi recentemente reafirmado (Pet. 7.074 QO/DF) pelo Plenário do

Supremo Tribunal Federal, que, por maioria de votos, fixou a orientação segundo a qual, em casos de competência originária, compete ao **relator**, *monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada*, limitando-se ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença. O ato homologatório independe, pois, de ulterior referendo ou confirmação por parte do **órgão colegiado**, ao qual caberá *avaliar, em decisão final de mérito, o cumprimento dos termos bem como a eficácia do acordo*.[220]

**d)** colaboração efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal, devendo dela advir um ou mais dos seguintes **resultados** elencados no art. 4.º, *caput*, da LCO, a saber:

*I – identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;*

Como essa colaboração almeja a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa bem como das demais infrações por ela praticadas, para alguns,[221] o inciso I do art. 4.º, *caput*, trata especificamente da **delação premiada ou chamamento de corréu**, *espécie do gênero colaboração premiada.*

Veja-se que a lei impõe a **cumulatividade** dos resultados, estipulando que a colaboração redunde na descoberta dos demais agentes (coautores e partícipes) da organização criminosa **e** das infrações penais por eles cometidas, independentemente do patamar máximo da pena prevista no preceito secundário desses delitos. A pena máxima superior a 4 (quatro) anos interessa para a definição legal do *crime organizado por natureza*, mas não para o *crime organizado por extensão*.

Conquanto seja obrigação do colaborador dizer a verdade, por vezes será impossível o apontamento por ele de *todos* os integrantes da organização e de *todos* os crimes cometidos por seu grupo, dado o elevado número de membros e infrações penais que podem ser praticadas por uma organização de amplo alcance.

Além disso, é comum que dentro de uma estrutura criminosa de poder haja diferentes níveis de conhecimento e atuação (compartimentada) por parte dos seus integrantes, o que inviabiliza uma delação completa sobre *tudo* o que se passou durante a atuação do grupo. Portanto, o que deve ser exigido é que o colaborador não faça reservas mentais e revele o que sabe, de modo a permitir o alcance *possível* desse resultado esperado pelo legislador.

Ainda sobre o ponto, há uma **interessante questão** que divide a doutrina. Trata-se de saber se a colaboração pode se referir a outros fatos que não aquele que constitui o objeto central da investigação em curso.

**1.ª corrente**: Andrey Borges de Mendonça, citando o exemplo de um doleiro que está sendo investigado ou processado por crime contra o sistema financeiro e resolve colaborar com investigações distintas, incriminando agentes por corrupção e lavagem de capitais, entende que tal é

possível por não haver vedação legal. Para ele, "o que é relevante para a colaboração premiada é a eficácia da contribuição para a persecução penal, atingindo um dos fins do art. 4.º, seja em relação a fato próprio ou alheio. A possibilidade de colaboração na fase da execução reforça essa tese, pois após o trânsito em julgado, em geral, a colaboração ocorrerá em relação a fatos de terceiros, em razão da vedação da revisão criminal *pro societatis*".[222]

**2.ª corrente**: Renato Brasileiro de Lima entende que, como o dispositivo legal faz uso das expressões *demais coautores e partícipes*, as informações prestadas pelo colaborador "devem se referir ao crime investigado (ou processado) para o qual o colaborador também tenha concorrido em concurso de agentes. A título de ilustração, se o agente estiver sendo investigado pelo fato de ser integrante de organização criminosa especializada na prática de crimes de roubo de cargas, suas informações devem ser eficazes para a identificação dos demais coautores e partícipes envolvidos nesta prática delituosa. Logo, se este agente resolver colaborar com o Estado, fornecendo informações pertinentes a crimes diversos que não são objeto do procedimento investigatório contra ele instaurado (*v.g.* , associação criminosa responsável pela prática de tráfico de drogas da qual o agente sequer era integrante), não fará jus aos benefícios".[223]

Dessarte, conforme essa corrente, para surtir efeitos, a colaboração deve se referir ao crime investigado ou processado no qual ela foi produzida, de maneira que "não terá nenhum efeito, assim, a delação que faça referência a outros crimes que não são objeto do procedimento investigatório ou do processo pelos quais responde o colaborador".[224]

Adotamos um posicionamento intermediário (**3.ª corrente**) a respeito da questão. Com efeito, deve-se reconhecer que a colaboração pode culminar no alargamento do objeto da investigação, alcançando fatos que até então não eram de conhecimento das autoridades públicas. A colaboração premiada, assim, pode ir **além** do objeto investigado (mas não pode ficar **aquém** dele) para alcançar fatos diversos (conexos ou não). O que não nos aparenta viável, pois, é que o colaborador nada mencione sobre a organização criminosa que integra e as infrações penais por ela praticadas e, optando por delatar terceiros sobre fatos completamente distintos do objeto investigado, venha assim mesmo a receber um prêmio. Nesse caso, a colaboração não será minimamente eficaz para o deslinde do caso originalmente investigado.

Nessa perspectiva, os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexos ao objeto da investigação primária, na compreensão do Supremo Tribunal Federal, "devem receber o mesmo tratamento conferido à **descoberta fortuita** ou ao **encontro fortuito de provas** em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica".[225]

O Superior Tribunal de Justiça, de igual modo, sedimentou a concepção segundo a qual o acordo de colaboração não se confunde com seu conteúdo, razão pela qual as informações prestadas pelo colaborador podem se referir a crimes ou pessoas diversas do objeto inicial da investigação,

ficando configurado, nessa hipótese, o encontro fortuito de provas. Assim, "como consequência da **serendipidade**, aplica-se a *teoria do juízo aparente*, segundo a qual não há nulidade na colheita de elementos de convicção autorizada por juiz até então competente para supervisionar a investigação". Portanto, "ocorrendo a descoberta fortuita de indícios do envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro, os autos devem ser encaminhados imediatamente ao foro prevalente, definido segundo o art. 78, III, do CPP, o qual é o único competente para resolver sobre a existência de conexão ou continência e acerca da conveniência do desmembramento do processo", sob pena de restar configurada eventual usurpação de competência.[226]

*II – revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;*

A hipótese trata da chamada **colaboração reveladora da burocracia da organização**. Como é cediço, a revelação sobre a composição estrutural e funcional da organização criminosa importa ao Estado para que, de posse dessas valiosas informações, possa atuar de modo a desmantelar a atuação do grupo e responsabilizar criminalmente seus membros.

Contudo, tal como dissemos acima, nas grandes organizações criminosas, que possuem estruturação piramidal, nem sempre será possível exigir do colaborador uma descrição completa e detalhada sobre a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização, porquanto "a frequente e promíscua relação entre o crime organizado e o Estado, por exemplo, com a indicação da tarefa que cabe a cada um, é dado ao qual, provavelmente, não terá acesso um membro menos graduado do grupo, ocupante de uma posição inferior na hierarquia da organização. Sua estruturação piramidal impede o acesso dos componentes da base aos mais graduados".[227] Portanto, "**ainda que aponte somente parte dessa estrutura, mas desde que tal informação seja eficaz no desmantelamento da organização criminosa, merecerá, certamente, ver reconhecida sua colaboração**".[228]

*III – prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;*

No mais das vezes, esse caráter preventivo da colaboração (daí falar-se em **colaboração preventiva**) instituído pelo inciso III do *caput* do art. 4.º será de difícil comprovação. Contudo, ficando demonstrado que as informações prestadas pelo colaborador foram eficazes para o fim de prevenir a prática de infrações penais pela organização criminosa – por ter culminado na prisão em flagrante de seus comparsas na ocasião em que estavam novamente agindo criminosamente, *v.g* . –, restará alcançado o resultado prático almejado com a celebração do acordo.

A fim de viabilizar a aferição dessa necessária relação de causa (colaboração) e efeito (prevenção), o ideal é que se realize um juízo de "**causalidade hipotética**, nos mesmos padrões do que se faz com as imputações de crimes omissivos, porém, **às avessas**. Ou seja, a verificação de que, caso não houvesse determinada intervenção derivada da colaboração, um resultado delitivo teria sido produzido".[229]

*IV – recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;*

O dispositivo trata da chamada **colaboração para localização e recuperação de ativos**.

A recuperação pode ser viabilizada por meio da indicação pelo colaborador das contas bancárias mantidas por ele e pelos demais integrantes da organização no Brasil e no exterior; da declinação dos nomes das empresas *offshore* e seus verdadeiros proprietários etc. Com esteio nessas informações, o Ministério Público poderá requerer em juízo a quebra de sigilo bancário dos investigados/réus e até dar início às medidas de cooperação internacional a fim de "repatriar" valores.[230]

De mais a mais, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador, "**pode dispor sobre questões de caráter patrimonial**, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador".[231] Portanto, como bem ressaltam Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva, pode-se estabelecer na avença:

"a renúncia, em favor do Estado, a qualquer direito sobre valores mantidos em contas bancárias no exterior, dando autorização ao *Parquet* ou a outros órgãos, nacionais ou estrangeiros, indicados pelo Ministério Público, para acessarem todos os dados de sua movimentação financeira no exterior e acesso a todos os documentos cadastrais, extratos, assinatura, aplicações e identificação de depositantes e beneficiários financeiros. Ademais, é possível, para além disso, estipular como condição para recebimento dos benefícios legais advindos da cooperação o pagamento de expressiva multa e um valor a título de fiança".[232]

Assim, quanto maior for a recuperação em razão da colaboração, tanto maior haverá de ser o prêmio legal.

*V – localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.*

O inciso V trata do último resultado elencado no art. 4.º, *caput*, e consagra a denominada **colaboração para a libertação de pessoas**. Evidentemente, esse escopo da colaboração só se compraz com os casos de crimes com vítima identificada e não localizada, como ocorre, por exemplo, na extorsão mediante sequestro.

Não basta apenas a indicação pelo colaborador do exato local do cativeiro, exigindo-se que a vítima seja encontrada com a sua integridade física preservada.

Portanto, se a colaboração levar a polícia a localizar o cadáver da vítima, não terá havido a necessária eficácia da cooperação e a concessão do prêmio será indevida. Todavia, "se a vítima veio a ser assassinada pelos integrantes da organização criminosa em decorrência de mau procedimento das investigações ou da ação da polícia quando do seu salvamento, terá o colaborador direito ao prêmio [...], pois a vítima foi localizada com vida em um primeiro momento, mas por erro

da ação estatal veio a ser assassinada".[233]

O prêmio também não ocorrerá se a vítima fugir do cativeiro ou vier a ser resgatada pela ação de terceiros, porque nesses casos não ocorre propriamente a *localização* da vítima por decorrência direta da colaboração.

Para além de tudo isso, em quaisquer dessas hipóteses, a colaboração efetiva pressupõe **confissão** do agente, tal como expresso em alguns dos dispositivos legais que tratam da matéria em outras leis,[234] circunstância que "decorre da própria essência do instituto, que prevê a mitigação da persecução penal em relação ao colaborador, pressupondo, então, que tenha ele, em tese, responsabilidade penal pelos fatos. Aquele que se limita a imputar a responsabilidade a terceiros, sem confessar a sua própria, não é considerado colaborador, mas informante ou testemunha".[235]

Por oportuno, observe-se que, **especificamente para a obtenção do prêmio de "deixar de oferecer denúncia"**, além das consecuções apontadas no *caput* do art. 4.º, dois outros pressupostos deverão ser cumulativamente observados, a saber: a) que o colaborador não seja o líder da organização criminosa; b) e que seja ele o primeiro a prestar efetiva colaboração (art. 4.º, § 4.º).

**e)** observância das circunstâncias objetivas e subjetivas consignadas no art. 4.º, § 1.º, da LCO, segundo o qual: "em qualquer caso, 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".

Como ressai claro desse dispositivo, além dos demais pressupostos, para a obtenção de algum prêmio legal não basta o alcance de ao menos um dos resultados mencionados no *caput* do art. 4.º (eficácia da colaboração). As circunstâncias objetivas e subjetivas indicadas no § 1.º devem igualmente ser observadas, tanto por ocasião da formulação do acordo quanto no momento da homologação judicial deste.

Com efeito, seria completamente desproporcional e ilógico, por exemplo, entabular um acordo de colaboração premiada com o líder de uma organização criminosa formada por milicianos e vocacionada ao extermínio de pessoas mediante paga (pistolagem) e, ao fim, atingido ao menos um dos resultados previstos no *caput* do art. 4.º ("a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa", *ad exemplum*), agraciar o colaborador com o prêmio do perdão judicial. Na hipótese, as circunstâncias objetivas e subjetivas do § 1.º funcionariam como óbices intransponíveis a vedar a benesse.

Insta perceber que, mesmo antes desse regramento (LCO, art. 4.º, § 1.º), sob a égide da Lei 9.807/1999, o STJ seguiu essa exegese e negou o benefício do *perdão judicial* a investigador de polícia "envolvido com extorsão mediante sequestro", optando por aplicar, contudo, o prêmio da *diminuição de pena*. A natureza e a gravidade concreta do delito foram determinantes para a decisão, na esteira da esclarecedora ementa:

"1. Não preenchimento dos requisitos do perdão judicial previsto no artigo 13 da Lei n.º 9.807/99. Paciente investigador de Polícia, envolvido com extorsão mediante sequestro. Circunstância que denota maior reprovabilidade da conduta, afastando a concessão do benefício. 2. A delação do paciente contribuiu para a identificação dos demais corréus, ao contrário do entendimento esposado pelo Tribunal de origem, pois, inclusive, exerceu papel essencial para o aditamento da denúncia. 3. Ordem concedida, aplicando-se a causa de diminuição de pena prevista no artigo 14 da Lei n.º 9.807/99, reduzindo a reprimenda imposta em 2/3, tornando-a, em definitivo, em quatro anos de reclusão, em regime inicial fechado".[236]

Nesse passo, mesmo que a colaboração tenha sido objetivamente eficaz para a obtenção de um dos resultados indicados nos incisos do art. 4.º da Lei do Crime Organizado, poderá o magistrado negar a homologação do ajuste (ou readequá-lo), se a análise conglobada das demais circunstâncias judiciais for desfavorável ao colaborador.

Disso resulta que os acordos de colaboração premiada devem ser celebrados, em geral, com os investigados/réus *sem poder de liderança*, pois, como bem observa Sérgio Moro, "o método deve ser empregado para permitir a escalada da investigação e da persecução na hierarquia da atividade criminosa. Faz-se um acordo com um criminoso pequeno para obter prova contra o grande criminoso ou com um grande criminoso para lograr prova contra vários outros grandes criminosos".[237] A propósito, especificamente no que tange ao acordo de imunidade, há expressa proibição de realizar a avença com o líder da organização criminosa (art. 4.º, § 4.º, I).

Em arremate, merecem destaque as anotações de Renato Brasileiro de Lima acerca do dispositivo ora em estudo, *in verbis*:

"**Diversamente** da colaboração premiada prevista no art. 13, *caput*, da Lei n.º 9.807/99, onde o legislador faz referência expressa à necessidade de o colaborador ser primário, o art. 4.º, § 1.º, da Lei n.º 12.850/13 nada diz acerca do assunto. Por consequência, partindo da premissa de que não é dado ao intérprete restringir onde a lei não estabeleceu qualquer restrição, pelo menos para fins de colaboração premiada na nova Lei de Organizações Criminosas, **não há necessidade de que o acusado seja primário, nem tampouco que tenha bons antecedentes**.
Quanto à gravidade do fato criminoso citada no art. 4.º, § 1.º, da Lei n.º 12.850/13, parece-nos que **a gravidade em abstrato da infração penal não pode ser utilizada como óbice à concessão dos prêmios legais** inerentes à colaboração premiada. Ora, a gravidade da infração pela sua natureza, de per si, é uma circunstância inerente ao delito, funcionando, aliás, como verdadeira elementar do próprio conceito de organização criminosa. [...] Todavia, **demonstrada a gravidade em concreto do delito, seja pelo modo de agir, seja pela condição subjetiva do agente, afigura-se possível o indeferimento dos benefícios legais decorrentes da celebração do acordo de colaboração premiada**".[238]

À guisa de conclusão, e **em epítome, os cinco pressupostos para a aplicabilidade dos prêmios legais são**: a) formalização adequada; b) pedido de homologação; c) homologação judicial; d)

eficácia objetiva da colaboração; e) observância das circunstâncias especiais do art. 4.º, § 1.º, da LCO.

### *4.1.8 Eficácia objetiva da colaboração*

O art. 4.º da Lei 12.850/2013 é taxativo ao preceituar que:

"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 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".

Não há de se exigir, pois, a presença concomitante dos resultados elencados nos incisos de I a V do art. 4.º. Para que o colaborador possa fazer jus a algum dos prêmios legais, basta o alcance de apenas um deles. Não sendo alcançado nenhum dos resultados esperados, o acordo de colaboração restará inadimplido e, por isso mesmo, não renderá azo à incidência do prêmio. Nesse sentido é a orientação do STF:

"[...] a aplicação da sanção premial prevista no acordo **dependeria do efetivo cumprimento**, pelo colaborador, das obrigações por ele assumidas, com a produção de um ou mais dos resultados legais (Lei 12.850/2013, art. 4.º, I a V). **Caso contrário, o acordo estaria inadimplido, e não se aplicaria a sanção premial respectiva**".[239]

Portanto, conforme Carla de Carli, "se, apesar de prometer, o réu não trouxer qualquer vantagem à investigação ou à recuperação do produto ou do proveito do crime, revelando apenas fatos que já eram do conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, não fará jus"[240] à obtenção do prêmio.

Assim, em razão da colaboração, **ao menos um** dos resultados práticos mencionados no art. 4.º deve ser atingido por força das declarações do colaborador. Ou seja, as declarações devem ser determinantes para a aferição da eficácia da colaboração. Não se quer dizer com isso que o *Parquet* deva obter êxito nos "processos que intentar contra os coautores expostos ou delatados. O que realmente importa é que o colaborador tenha prestado seu depoimento de forma veraz e sem reservas mentais sobre todos os fatos ilícitos de que tinha conhecimento, colaborando de maneira plena e efetiva".[241]

E mais: o acordo de colaboração premiada não tem vida própria, de maneira que, com a sua homologação judicial, ter-se-á apenas "uma promessa do juiz quanto à aplicação dos benefícios"[242] oriundos do acordo formalizado, não garantindo "a fruição dos benefícios se a colaboração prestada não for efetiva".[243]

Em verdade, a eficácia do acordo ficará "condicionada à sentença final condenatória, sem a qual não se poderia pensar na aplicação de redução, de substituição de qualquer pena, ou mesmo de perdão judicial".[244] Portanto, somente ao término do processo penal, verificando-se que o crime se aperfeiçoou, e não sendo caso de absolvição (nada impede que o juiz absolva o colaborador), poderá o magistrado premiar o colaborador. Ou seja, os benefícios pactuados no acordo de colaboração premiada só serão "suscetíveis de efetiva outorga se e quando o órgão judiciário competente, por ocasião do julgamento final da causa penal, constatar, a partir do exame dos elementos de informação produzidos ao longo da instrução probatória, que o agente colaborador realmente cumpriu as obrigações que assumiu perante o Estado, tal como definidas no pacto negocial celebrado com o Ministério Público".[245]

Com efeito, a Lei 12.850/2013 é clara ao prescrever que "**a sentença apreciará** *os termos do acordo homologado* **e** sua *eficácia*" (art. 4.º, § 11). Por isso, uma vez homologado o acordo de colaboração premiada, o juiz em hipótese alguma poderá desconsiderar a avença. A lei é taxativa ao impor ao magistrado o **dever** de *apreciar os termos do acordo* e *sua eficácia*. Assim, o juiz deverá analisar se o colaborador efetivamente cumpriu o acordo de maneira a atingir um ou mais dos resultados grafados no *caput* do art. 4.º. Cumprido totalmente o acordo realizado, competirá ao magistrado aplicar o benefício proposto ao colaborador, sendo sensível à avença entabulada entre as partes e homologada em juízo.

Há, por assim dizer, uma **vinculação judicial** ao benefício acordado em caso de cumprimento integral da avença, pois, do contrário, "a noção de processo cooperativo restaria esvaziada e haveria um clima de indesejável insegurança jurídica na aplicação do instituto, pois o Ministério Público não teria como cumprir a sua obrigação no acordo, ante a possibilidade de o juiz não conceder o perdão judicial na sentença". O imprescindível controle judicial ocorrerá quando da homologação do acordo e de seu cumprimento, entretanto, "uma vez homologado e cumprido o acordo sem revogação ou retratação, não há como o juiz retratar-se na sentença".[246]

Tal como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, "os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam **indeclinável** o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador".[247]

Nesse sentido, parece ter se robustecido desde há muito a jurisprudência do STF e do STJ:

"4. A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo

criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí por que, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no *caput* do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade. 5. Ordem parcialmente concedida para o fim de determinar que o Juízo processante aplique esse ou aquele percentual de redução, mas de forma fundamentada".[248]
"8. Ao delator deve ser assegurada a incidência do benefício quando da sua efetiva colaboração resulta a apuração da verdade real. 9. Ofende o princípio da motivação, consagrado no art. 93, IX, da CF, a fixação da minorante da delação premiada em patamar mínimo sem a devida fundamentação, ainda que reconhecida pelo juízo monocrático a relevante colaboração do paciente na instrução probatória e na determinação dos autores do fato delituoso. 10. Ordem concedida para aplicar a minorante da delação premiada em seu grau máximo [...]".[249]

Dessa maneira, é correto dizer que o juiz que homologou o acordo fica de certa forma **vinculado** aos seus termos, devendo conferir ao colaborador o benefício ajustado quando a colaboração tiver sido efetiva.[250] O cumprimento das obrigações assumidas pelo colaborador, dessa maneira, "impede que o Poder Judiciário recuse-lhe a concessão dos benefícios de ordem premial, sob pena de o Estado-Juiz incidir em comportamento desleal, absolutamente inaceitável e de todo inadmissível".[251] Ou seja, caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o "**direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiais** estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial".[252]

**Em síntese:**

"o juiz da sentença está também vinculado aos termos do acordo homologado, por si ou por outro magistrado. No entanto, é no momento da sentença, após concluída a instrução e obtido o conjunto da prova, que o juiz poderá aferir com maior precisão o requisito da eficácia da colaboração, podendo, então, suprimir, total ou parcialmente, o benefício concedido, de forma justificada, caso, ao final, se comprove que a colaboração não foi eficaz. Na sentença também poderá ser avaliada a constância do colaborador, que poderá perder o benefício prometido em caso de retratação ou modificação da versão inicialmente apresentada, em descumprimento ao dever de falar a verdade, imposto pelo § 14 do art. 4.º. [...]
**Caso o juiz entenda por afastar ou reduzir o benefício proposto e aceito no acordo homologado**, tanto o MP quanto a defesa poderão, por meio de **apelação**, questionar a avaliação sobre a eficácia levada a efeito pelo magistrado na sentença.
Quer dizer, então, que **o juiz, ao proferir a sentença, está vinculado ao acordo homologado, ressalvada a possibilidade de avaliação quanto à sua eficácia**, com base nos dados apurados na instrução".[253]

A Lei 12.850/2013 não disciplinou, contudo, a forma pela qual o magistrado deve fazer incidir

na sentença condenatória a benesse pactuada no acordo de colaboração. Sem embargo da omissão legislativa, há certo consenso doutrinário no sentido de que o juiz deve seguir o critério trifásico inscrito no art. 68 do Código Penal a fim de estabelecer a pena adequada ao caso, como se não existisse a *delação*. Depois disso, para concretizar o prêmio avençado, aí sim, forte na vinculação judicial ao acordo, ocorrerá a substituição da *pena aplicada* pela *sanção barganhada*, o que denominamos **substituição premial**. Ademais, deverá o julgador deixar "consignado que, caso não cumprida qualquer cláusula do acordo, ocorrerá a **reconversão da pena aplicada**".[254]

Por derradeiro, calha assinalar que, para Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva, ainda que não se alcance a eficácia objetiva da colaboração, excepcionalmente, pode incidir o prêmio em favor do colaborador, na hipótese em que ocorra a perda de uma chance probatória. Na visão dos autores,

"tendo o colaborador prestado informações relevantes em razão do acordo de colaboração premiada devidamente homologado, mas o Ministério Público, o delegado de polícia ou o próprio Judiciário ou seus respectivos serventuários deixarem vazar o conteúdo do acordo e com isso gerar a ineficácia do pacto, poderá o colaborador, a depender das informações prestadas, pedir a concessão proporcional dos prêmios pactuados, isso em razão da incidência da **teoria da perda de uma chance probatória**".[255]

Essa possibilidade não nos parece adequada, porque a lei exige, sem exceção, a eficácia da colaboração para a premiação. Sem o alcance de ao menos um dos resultados elencados no art. 4.º, não há falar em concessão de benesses ao colaborador.

### *4.1.9 Momento (colaboração posterior ao trânsito em julgado da sentença?)*

Conforme o art. 4.º, § 5.º, da LCO, "se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos".

De início, extraímos do regramento em exame que, se a colaboração for posterior à sentença, **não** poderão ser aplicados os seguintes prêmios legais: a) perdão judicial; b) redução da pena privativa de liberdade em até dois terços; c) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; d) não oferecimento de denúncia, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração. Portanto, nessa ocasião, só são permitidos dois benefícios ao colaborador, a saber: a) a redução de pena até a metade; e b) a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Em verdade, a Lei 12.850/2013 não delimitou um **momento** estanque para a celebração de acordo de colaboração premiada, de modo que a medida pode ser levada a cabo em qualquer fase da persecução penal ou mesmo no estágio da execução penal. Se a Lei do Crime Organizado previu a

possibilidade de ocorrência da cooperação em momento *posterior à sentença*, o § 5.º do art. 1.º da Lei de Lavagem de Capitais foi ainda mais categórico ao prever que a medida pode se operar *a qualquer tempo*.

Portanto, sem embargo de respeitáveis opiniões em sentido contrário,[256] pensamos ser perfeitamente possível a utilização do instituto em sede de execução penal, porque há espaço normativo para essa interpretação e não há vedação legal nesse particular e, sobretudo, porquanto, "segundo a experiência italiana, é nessa fase que é realizada a maioria dos acordos de colaboração premiada, pois o colaborador já tem sua situação processual definida".[257]

Destarte, a avença pode ser celebrada na fase anterior ao oferecimento da denúncia (**colaboração pré-processual, inicial ou investigatória**), entre o recebimento da denúncia e o trânsito em julgado (**colaboração processual ou intercorrente**) e mesmo depois do trânsito em julgado (**colaboração pós-processual ou tardia**).

Entrementes, a formalização do pacto premial após a sentença condenatória exige redobrada atenção e cuidado do Ministério Público e do Poder Judiciário, pois, como ilustram Rogério Sanches e Ronaldo Pinto, o réu condenado a uma pena de 50 anos de reclusão em regime fechado, caso resolva colaborar com a Justiça, logo após a sentença recorrível ou mesmo em seguida ao trânsito em julgado da condenação, "merecerá, a teor da lei, a progressão para o regime semiaberto, mesmo tendo descontado pouquíssimo tempo de sua pena".[258] Ademais, a colaboração tardia potencializa o risco de prestação de informações falsas em troca de benefícios como derradeira busca do sentenciado por minorar as consequências da sanção que lhe foi imposta.

Quanto ao **juízo competente** para homologar o acordo de colaboração premiada, temos que: a) na colaboração pré-processual: juízo criminal a qual for distribuído o pedido;[259] b) na colaboração processual antes da sentença: juízo perante o qual tramita a ação penal; c) na colaboração processual após a sentença condenatória recorrível: competirá ao tribunal, como órgão recursal, a homologação e a aplicação dos prêmios; d) na colaboração tardia: entendemos que a competência homologatória do acordo será definida por distribuição autônoma. Uma vez homologado o acordo, haverá de ser feito o encaminhamento dos autos ao juízo da ação penal a ser movida contra os delatados para que, por ocasião da sentença contra estes, aprecie os termos do acordo homologado e sua eficácia (art. 4.º, § 11). Reconhecida a eficácia objetiva da colaboração, caberá ao juízo da execução penal aplicar o prêmio. Caso já se encontre ajuizada a ação penal contra os demais coautores do condenado colaborador, a homologação da avença será feita por prevenção, perante o juízo da causa. Nesse sentido:

"**Se transitada em julgado a sentença condenatória, a competência homologatória do acordo define-se por distribuição**, não mais dependente do juízo da causa, vez que encerrado para este a função jurisdicional. O procedimento homologatório apresenta, aqui, natureza de procedimento autônomo. Tudo recomenda, porém, em atenção à análise percuciente e informada dos termos do

acordo de colaboração, que este se faça instruído com cópias das principais peças dos autos do processo findo. **Os benefícios do acordo deverão ser acatados pelo juízo da execução**.
**Impertinente que o juízo da execução se coloque como competente para a homologação do acordo**, vez que este, conquanto venha a surtir efeitos na fase de execução da pena, tem por escopo não apenas os benefícios que se atribuirão ao colaborador ora sentenciado, mas antes a obtenção de elementos de prova que se destinarão à instrução da causa em processo a ser ajuizado. Não se poderia tomar a homologação do acordo pelo juízo da execução como um incidente da execução da pena, vez que seus objetivos são mais amplos. A se compreender de modo diverso, estar-se-ia centrado nos benefícios cabíveis ao colaborador em detrimento da coleta de informações por este propiciada, a qual se mostrará apta a produzir efeitos em outro processo.
Caso o acordo de colaboração se faça após o trânsito em julgado de sentença em que condenado o colaborador, porém as informações do referido acordo se reportem a crime e participantes em relação aos quais **já se encontre ajuizada ação penal**, caso de a homologação ter por juízo competente aquele em que tramita esta última. Afastada a distribuição do acordo para homologação vez que o juízo da causa para o crime delatado restaria **prevento**.
Como o acordo de colaboração firmado após sentença deverá produzir efeitos probatórios em outro processo – exceto na situação acima exposta – ou em investigação não iniciada ou já em curso, deverão ser encaminhadas às autoridades competentes e com atribuição cópias, após a homologação".[260]

Convém observar, ademais, que a colaboração tardia somente será viável se os coautores ou partícipes do condenado delator não tiverem sido definitivamente absolvidos no processo eventualmente movido contra eles. É que, uma vez formada a coisa julgada material, não se poderá falar em colaboração eficaz diante da impossibilidade de revisão criminal *pro societate* em nosso ordenamento jurídico.

### *4.1.10 Negociações sem a participação do magistrado (*proffer session *ou* queen for a day*) e homologação*

Conforme o § 6.º do art. 4.º da Lei 12.850/2013, "**o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes**[261] **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".

A fase da negociação, prévia à formalização do acordo, é sempre muito difícil. O membro do *Parquet* não irá se comprometer com a solicitação de aplicação de um prêmio ao colaborador sem antes saber de fato como (declarações, apresentação de documentos, extratos bancários etc.) o investigado poderá cooperar eficazmente com as investigações. O colaborador, por seu turno, tem o justo receio de se autoincriminar preliminarmente, relatando o que sabe e apresentando provas, sem que o acordo de colaboração venha a ser formalizado. Diante do dilema, o que fazer?

O estabelecimento de uma mínima relação de confiança é primordial para o desenvolvimento

das negociações. Sem esse elemento, é impossível imaginar a celebração de um acordo entre as partes. Mas há algo de concreto, para além desse vínculo subjetivo, que pode efetivamente alavancar as tratativas, qual seja: um **trato preliminar** mediante o qual o investigado **revela uma amostra** das evidências probatórias que possui e os investigadores se comprometem a não as utilizar enquanto não celebrado formalmente o acordo de colaboração premiada.[262]

Convém, pois,

"ser firmado um pré-acordo, indicando que as provas produzidas antes da concretização do acordo não poderão ser usadas, o que deve ser respeitado. Assim, para que o réu/investigado colaborador não fique em situação desconfortável, enquanto o acordo não for formalizado, o membro do MP não deve utilizar, em hipótese alguma, os elementos e provas apresentados nestas reuniões preliminares pelo colaborador em seu desfavor. Nos EUA são chamadas ***proffer session*** [sessão de apresentação], também denominadas '***queen for a day***' ['rainha por um dia']. E caso o acordo não se concretize ao final, deve-se desconsiderar todas as informações apresentadas pelo colaborador durante as tratativas. Do contrário, haveria afronta ao dever de lealdade, que deve pautar a atuação do membro do MP.[263] Assim, somente após a realização do acordo definitivo (por escrito e homologado) é que o membro estará autorizado a utilizar das provas e elementos apresentados pelo colaborador".[264]

Em suma, a solução para o dilema apresentado, denominado ***Catch 22***[265] pelo juiz norte-americano Stephen S. Trott, é pedir uma amostra. Respondendo ao questionamento sobre quem deve ter a iniciativa na fase das negociações, o investigador ou o pretenso colaborador, explica Trott:

"O primeiro problema que usualmente aparece é a situação denominada de *Catch 22*, na qual se pretende saber exatamente o que a testemunha tem a oferecer antes de comprometer-se com um 'acordo', mas a testemunha, mesmo desejando cooperar, está receosa de falar, por ter medo de se autoincriminar, a não ser que lhe seja prometido algo primeiro. Quando você estiver nessa situação difícil, nunca 'compre um porco dentro de um saco'! Se conceder primeiro a um criminoso imunidade absoluta em relação ao processo ou comprometer-se irremediavelmente com um acordo generoso, e só então perguntar a ele o que sabe, provavelmente você não vai conseguir nada, salvo ar quente. Remova o incentivo para a testemunha cooperar e você vai perder todos os peixes, o grande e o pequeno. Nunca se esqueça que quase sempre eles estão cooperando porque você os tem bem amarrados. Abra a porta muito cedo e o desejo dele de cooperar vai evaporar.
A resposta para esse dilema aparente é muito simples. *Peça uma amostra! Prometa à testemunha por escrito que você não vai usar o que ela lhe disser nesse estágio do processo contra ela, mas deixe igualmente claro que a sua decisão de fazer ou não um acordo e do que o acordo irá ou não conter não será feita antes que você tenha oportunidade de verificar o valor e a credibilidade da informação*. Diga-lhe: É uma oportunidade que você tem para se ajudar, aceite-a ou deixe-a. Se eles não confiam em você o suficiente para dar o primeiro passo – como você poderá confiar neles? Você pode falar de possibilidades, mas é tudo!".[266]

Ainda sobre o estágio das negociações, andou bem o legislador ao afastar o magistrado das

tratativas entre o Estado e o delator, porquanto competirá exatamente a ele a homologação do acordo formalizado, oportunidade na qual "deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade" (§ 7.º).

Para possibilitar essa verificação, o juiz inclusive poderá, "sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor". Veja-se que a lei não menciona a presença da autoridade policial ou do membro do Ministério Público nesse ato. A omissão parece se justificar, pois, ao menos em tese, a presença deles nessa **audiência especial** poderia inibir o colaborador a expressar livremente ao magistrado os reais motivos que o levaram a celebrar o acordo (p. ex.: promessa de elaboração de pedido de revogação de prisão cautelar se houver a delação dos comparsas). Não constatada a regularidade-legalidade-voluntariedade do acordo, cabe ao magistrado recusar a homologação (§ 8.º).

A propósito, antes de homologar o acordo de colaboração premiada firmado entre o Ministério Público Federal e o colaborador Delcídio do Amaral, o Min. Teori Zavaski (Pet. 5.952/STF) delegou a um juiz instrutor a realização da audiência especial de que trata o § 7.º. A oitiva do colaborador, na presença de seus defensores constituídos, foi devidamente registrada em meio audiovisual e deu ainda mais sustentação à homologação do pacto.

Além da sobredita audiência, outra providência eficaz para o controle judicial da legalidade da negociação entabulada entre as partes vem capitulada no § 13 do art. 4.º, donde se extrai que, "*sempre que possível*, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de **gravação** magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações". Veja-se que não há uma obrigatoriedade legal de que as declarações do colaborador sejam captadas por meio audiovisual, "mas somente uma **recomendação** para assegurar maior fidelidade das informações. Inexiste, portanto, nulidade ou prejuízo à defesa pela juntada apenas de termos escritos, sobretudo quando não foi realizada a gravação dos depoimentos".[267]

O afastamento do magistrado da etapa das negociações, portanto, encerra norma que francamente homenageia o sistema processual acusatório, sobretudo na vertente do *nullum iudicium sine accusatione* (um dos dez axiomas[268] da teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli) que expressa a separação das funções de julgamento e acusação.

Perceba-se, entrementes, que esse distanciamento do juiz da fase das tratativas não obsta de forma absoluta a possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada na presença do magistrado. Ora, como o pacto pode ocorrer em qualquer fase da persecução penal, anota Walter Nunes da Silva Jr. ser "possível que a proposta e a respectiva aceitação sejam formalizadas, inclusive, na própria audiência, embora, pelos mais diversos fatores, essa circunstância seja uma exceção, e não a regra". Havendo a pactuação na presença do magistrado, durante a audiência de instrução, "tudo recomenda que o procedimento referente à coleta do conteúdo se dê

extrajudicialmente".[269]

Ousamos divergir parcialmente desse ponto de vista. Não obstante reconheçamos a possibilidade de o réu propor-se a colaborar por ocasião de seu interrogatório, em nossa ótica, o mais adequado é que o ato judicial seja suspenso, para que as partes possam tranquilamente negociar os termos da avença longe da presença física do magistrado (como pretende a Lei 12.850/2013, *ex vi* do art. 4.º, § 6.º).[270]

Sublinhe-se, por derradeiro, que "o juízo que homologa o acordo de colaboração premiada não é, necessariamente, competente para o processamento de todos os fatos relatados no âmbito das declarações dos colaboradores".[271] Nada obstante, havendo "dentre esses episódios, ao menos um em que se verifique a presença de conexão com objeto de feito previamente distribuído, adequada é a observância da regra prevista no art. 79, *caput*, do Código de Processo Penal, a demandar a distribuição por prevenção".[272]

### *4.1.11 Homologação recusada e adequação judicial da proposta*

Emana do art. 4.º, § 8.º, da Lei 12.850/2013 a disposição segundo a qual "o juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto".

A recusa pode ser *total* ou *parcial*. Na primeira hipótese, o acordo em sua completude torna-se imprestável. Na segunda, mantém-se a validade da avença, porém, com uma redução de conteúdo, desde que não a desnature. Há, por assim dizer, o **decotamento** de uma ou mais cláusulas tidas, por exemplo, por inconstitucionais.

Foi precisamente o que fez o Min. Teori Zavascki (Pet. 5.244/STF) – quando da homologação do acordo de colaboração premiada firmado entre o Ministério Público Federal e o colaborador Alberto Youssef – ao decotar uma cláusula que indicava prévia e definitiva renúncia pelo investigado ao direito de recorrer, o que afrontaria o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário (CR/88, art. 5.º, XXXV).

Consoante a pacífica orientação jurisprudencial, ao receber os autos com o pedido de homologação, o magistrado deve exercer um **juízo de delibação** e se limitar à verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, "não lhe sendo permitido, neste momento, proceder à realização de juízo de valor acerca das declarações prestadas pelo colaborador e nem à conveniência e oportunidade acerca da celebração deste negócio jurídico processual",[273] pois, como é cediço, o exame quanto à eficácia objetiva da colaboração deve ser realizado quando da prolação da sentença. Por isso, **nula** é a decisão que, a pretexto de recusar a homologação da avença, ingressa no mérito do pacto. Veja-se, a propósito:

"6. No caso dos autos, *nula* a decisão do Desembargador Relator que, para justificar a rejeição do acordo de colaboração premiada, procede a amplo *juízo de valor* acerca das declarações prestadas

pela colaboradora, bem como da *conveniência e oportunidade* sobre o acerto ou desacerto da realização do acordo entre o Ministério Público e a ré e do momento processual em que efetivado, por ter excedido à análise dos requisitos de legalidade, voluntariedade e regularidade do negócio jurídico processual, exame ao qual encontrava-se limitado. 7. Ordem concedida para anular a decisão proferida pelo Desembargador Relator nos autos do Procedimento Cautelar Criminal n. 0000371-47.2016.8.03.0000 referente à decisão acerca da homologação de acordo de colaboração premiada nos autos da Ação Penal n. 0001417-13.2012.8.03.0000, *devendo ser proferida nova decisão pelo Relator nos limites do artigo 4.º, § 7.º, da Lei n. 12.850/2013*".[274]

Ademais, do art. 4.º, § 8.º, emerge uma dúvida: recusada a homologação do acordo de colaboração premiada, e discordando o Ministério Público da recusa, porquanto, a seu juízo, estariam preenchidos todos os pressupostos para a homologação, o que fazer? Caberia o manejo de algum recurso?

A lei é silente nesse particular. Nada obstante, há de se reconhecer que a decisão que rejeita o acordo de colaboração premiada possui *conteúdo decisório*, porquanto é "capaz de produzir modificação na esfera jurídica material e processual daqueles que o celebraram, bem como gerar-lhes prejuízos, razão pela qual *a simples ausência de previsão normativa na Lei n. 12.850/2013 quanto a eventual recurso cabível, não tem o condão de tornar o* decisum *irrecorrível*".[275] E mais: "tratando-se de decisão monocrática proferida por Desembargador Relator, cabível o recurso de **agravo interno** por aplicação analógica das disposições do artigo 1021 do Código de Processo Civil".[276]

Por outro lado, não há consenso na doutrina sobre o recurso cabível em caso de a recusa (total ou parcial) à homologação ocorrer em primeiro grau de jurisdição, havendo, no ponto, dois entendimentos:

**1.ª corrente:** Eugênio Pacelli apregoa que "em tais situações deveria o Ministério Público apresentar **recurso em sentido estrito** contra referida decisão (de não homologação do acordo). Embora não se trate de decisão que rejeite (não receba) a denúncia ou queixa, não restam dúvidas que haverá rejeição de iniciativa postulatória do órgão da acusação, a merecer a aplicação da norma contida no art. 581, I, CPP, por analogia".[277]

**2.ª corrente:** Ana Luiza Almeida Ferro, Gustavo dos Reis Gazzola & Flávio Cardoso Pereira argumentam que, "como o ato tem natureza de decisão com força de definitiva, desafia **recurso de apelação**, conforme dispõe o art. 593, inciso II, do Código de Processo Penal".[278]

Para nós, como o prazo para a interposição do recurso em sentido estrito e da apelação é o mesmo (cinco dias), o silêncio legislativo e o dissenso doutrinário estão a indicar fortemente a aplicação do **princípio da fungibilidade** (CPP, art. 579), tão aclamado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Noutro prisma, a parte final do § 8.º permite ao juiz, em vez de recusar a homologação da

proposta (acordo de colaboração), "**adequá-la ao caso concreto**". Para nós, sob pena de mácula ao sistema acusatório e violação ao próprio § 6.º do art. 4.º – *"o juiz não participará das negociações*" –, não poderá o magistrado modificar os termos do acordo de colaboração premiada. Juiz não é parte nem participa das negociações. Como poderá então *adequar a proposta*?![279]

Pretendendo conferir uma **interpretação possível** ao § 8.º, *in fine*, após tecer duras críticas à adequação da proposta pelo juiz, Pacelli vislumbra como viável, para a hipótese de o juiz não concordar com a modalidade de benefício negociado pelas partes, a possibilidade de ele *recusar*

"a homologação do acordo com fundamento na *inadequação* da solução ajustada. Com isso, o juiz poderia, ao invés de rejeitar o acordo, oferecer consequência jurídica diversa para o caso, como, por exemplo, reduzir a pena privativa ao invés de conceder o perdão judicial. Ou reduzir em um terço e não em dois, conforme ajustado [...]. Em tais situações, é certo, poder-se-ia pensar em afronta ao disposto no art. 4.º, § 6.º, que impede o juiz de participar das negociações. Semelhante óbice, porém, poderia ser afastado pela aplicação de outro dispositivo (§ 8.º), o da recusa à homologação, **desde que concordem as partes com a solução aventada pelo juiz**. Não havendo concordância, haverá que se ter por recusado judicialmente o acordo [...]".[280]

Portanto, sendo o acordo readequado sem qualquer retificação substancial (de conteúdo), não haverá necessidade para a sua homologação de nova manifestação das partes. Entretanto, "se para a readequação tiver havido qualquer **alteração de conteúdo**, vale dizer, do tipo de benefício concedido (perdão judicial, redução da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, progressão da pena [...] etc.), só será possível se for expressamente **ratificada pelas partes**, Ministério Público e Investigado com seu defensor".[281]

Noutra frente, há quem defenda a possibilidade de o juiz *ampliar* – nunca *diminuir* – o benefício acordado entre o colaborador e o Ministério Público, desde o que o faça fundamentadamente, tendo em mira a profundidade da colaboração. Assim, a adequação judicial do acordo poderia ocorrer a fim de possibilitar a concessão do perdão judicial mesmo na fase da execução penal, quando o caso concreto "justificar a admissão de perdão nesse momento, desde que haja interesse do Estado na colaboração".[282]

A decisão judicial que promova uma adequação substancial sem a oitiva das partes pode ser impugnada por meio da correição parcial.

### *4.1.12 Rescisão, anulabilidade e retratação*

Apesar de devidamente homologado, o acordo de colaboração premiada pode ser *desfeito* (em sentido amplo) pela ***rescisão***, pelo reconhecimento de circunstância que imponha a sua ***anulabilidade*** ou mesmo pela ***retratação***.[283]

A **rescisão** do pacto premial vem inserida na avença em forma de cláusula e diz respeito ao

descumprimento daquilo que foi acordado entre as partes. Quando a causa de sua ocorrência é *imputada ao colaborador*, duas são as principais consequências da rescisão: *a*) a perda do prêmio negociado; *b*) a manutenção das provas – inclusive das autoincriminatórias – produzidas pelo colaborador (o que não acontece na *anulabilidade* e na *retratação*). Assim, caso a sentença ainda não tenha sido proferida, havendo a rescisão do acordo de colaboração premiada por *fato imputável ao colaborador*, é possível a utilização pelo MP de todas as provas já produzidas em seu desfavor ou contra terceiros. Se o fato já estiver julgado, extingue-se o que foi acordado e desconsidera-se o prêmio alcançado pelo condenado, impondo-se o cumprimento da pena tal como fixada na sentença.

A propósito, tem sido comum a inserção de cláusula nos acordos de colaboração premiada, entabulados no âmbito da Operação Lava Jato, dispondo que: "a qualquer tempo, uma vez *rescindido o acordo por responsabilidade exclusiva do colaborador, todos os benefícios* nele previstos *deixarão de ter efeito*, sem prejuízo do *aproveitamento integral das provas produzidas pelo colaborador*". Portanto, a rescisão por responsabilidade exclusiva do colaborador acarreta a perda das benesses avençadas, mas mantém hígidas e válidas todas as provas produzidas, inclusive os depoimentos que houver prestado e os documentos que houver apresentado.

Calha observar que, na práxis, têm-se considerado motivo suficiente para a rescisão do acordo, entre outros, os seguintes *fatos atribuídos ao colaborador* que age de má-fé: *a)* reserva mental (pela qual se sonega a verdade) ou mentira em relação aos fatos em apuração; *b)* adulteração ou destruição de provas que tinha em seu poder ou sob sua disponibilidade, após a celebração do acordo; *c)* recusa a prestar informações de seu conhecimento relacionadas ao objeto do acordo; *d)* recusa a entregar documento ou prova que tenha em seu poder ou sob a guarda de pessoa sujeita a sua autoridade ou influência, salvo se, diante da eventual impossibilidade de obtenção direta de tais documentos ou provas, o colaborador indicar a pessoa que o guarda e o local onde poderá ser obtido; *e)* prática de crime doloso da mesma natureza dos fatos em apuração após a homologação judicial da avença; *f)* fuga; *g)* tentativa de furtar-se à ação da Justiça Criminal etc.

De outro lado, também se reconhece a possibilidade de rescisão do acordo de colaboração premiada por *fatos atribuídos ao Ministério Público*. Com efeito, são comuns cláusulas de rescisão do pacto fundados na circunstância (*a*) de o Parquet não pleitear em favor do colaborador os benefícios legais acordados; (*b*) de não serem assegurados ao colaborador os direitos previstos no art. 5.º da Lei 12.850/2013; e (*c*) de o MP quebrar a sigilosidade da avença. Nesses casos, deve-se prever no acordo que "o colaborador poderá, a seu critério, fazer cessar a cooperação, *assegurada a manutenção dos benefícios concedidos e as provas já produzidas*".[284]

Por sua vez, o instituto da **anulabilidade** do acordo de colaboração premiada terá vez quando o negócio jurídico contiver *defeito*. Assim, por exemplo, provada a eventual *coação* ao colaborador, torna-se factível a anulação do acordo, mesmo porque, *in casu*, restará maculada a necessária voluntariedade (LCO, art. 4.º, § 7.º).

Como visto alhures, homologada a avença, e após a conclusão da instrução probatória, cabe ao Judiciário avaliar se os termos da colaboração premiada foram cumpridos e se os resultados concretos foram devidamente atingidos (eficácia da colaboração). Há, por isso, uma verdadeira vinculação judicial ao benefício acordado em caso de cumprimento integral do pacto, "*salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico*",[285] consoante a judiciosa decisão do Plenário do Supremo proferida na Pet 7.074.

Ou seja, também na seara do acordo de colaboração premiada vale a prescrição do § 4.º do art. 966 do Código de Processo Civil, segundo o qual "os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes [...] e *homologados pelo juízo*, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão *sujeitos à anulação*, nos termos da lei".

Declarando-se a anulabilidade do acordo, cai por terra todo e qualquer elemento probatório dele emanado. Assim, exemplificativamente, se o colaborador declinou os nomes dos demais membros da organização criminosa a que pertence, revelou a estrutura hierárquica do grupo, individualizou condutas, apontou os números das contas utilizadas para a lavagem do dinheiro obtido com a narcotraficância e o local onde são escondidos os veículos ilicitamente adquiridos, mas tudo mediante grave ameaça exercida contra sua esposa e filhos, há de ser reconhecida a *anulação* da avença e, por conseguinte, a *ilicitude das provas obtidas por meio do acordo* e daquelas que dele derivarem, por força da teoria dos frutos da árvore envenenada.

O instituto da **retratação**, por seu turno, encontra previsão no § 10 do art. 4.º da Lei 12.850/2013, segundo o qual: "as partes podem *retratar-se* da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor".

Com esse regramento, portanto, o legislador previu a possibilidade de retratação do acordo de colaboração premiada por uma ou por ambas as partes (Ministério Público e investigado/réu – *delegado de polícia não é "parte"*). Não se exige nenhum fim especial para tanto, tampouco apreciação judicial (se operada *antes* da homologação judicial).

O distrato pode, pois, se operar simplesmente pela vontade de qualquer das partes (ou de ambas) de não mais dar prosseguimento à avença. Assim, tanto o Ministério Público quanto o investigado/réu podem se arrepender da proposta formulada. Guilherme Nucci[286] cogita a hipótese de *não ter havido sucesso na obtenção de provas, tal como prometido pelo delator*, como circunstância que daria azo à retratação pelo Ministério Público; e *a compreensão pelo colaborador de que a delação lhe trará mais prejuízos do que vantagens*, como motivação para o distrato pelo investigado/réu. A retração, como se vê, não é impulsionada nem por má-fé (*rescisão*), nem por defeito do negócio jurídico (*anulabilidade*).

Diversamente, há quem repute a retratação como um ato estranho ao Ministério Público, de maneira que, se os resultados almejados com a colaboração não forem alcançados, competirá ao

*Parquet* apenas pugnar pela condenação do colaborador, sem a outorga de qualquer prêmio. A retratação, portanto, seria uma faculdade personalíssima do colaborador.[287]

Demais disso, sendo possível a **retratação total** do acordo, haverá de ser igualmente cabível a **retratação parcial**. Para tanto, é importante que haja consenso, haja vista que "a retratação parcial [pelo colaborador] não pode ser imposta ao Ministério Público, que pode, em face dessa proposta, retirar a oportunidade de acordo".[288]

Quanto ao **momento** juridicamente adequado para ocorrer a retratação, a lei é omissa. A doutrina, por seu turno, diverge sobre o ponto:

**1.ª corrente**: Partindo da premissa de que a lei prevê a retratação *da proposta*, e não *do acordo*, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva consideram que a retratação pelas partes só será possível até o momento da assinatura do acordo de colaboração premiada pelas partes, e não até a homologação pelo magistrado.[289]

**2.ª corrente:** Guilherme Nucci entende que "essa retratação deve ocorrer *depois* da homologação do juiz e *antes* da sentença condenatória".[290]

**3.ª corrente:** Renato Brasileiro considera que a retratação deve ocorrer "*antes* da homologação do acordo pela autoridade judiciária competente".[291] Bem assim, Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto aduzem que a retratação "somente é possível antes da homologação. Depois disso, passa a compor o acervo probatório, não mais se admitindo que uma das partes conteste os seus termos".[292] Esse entendimento parece ter sido trilhado, também, pelo Min. Dias Toffoli, o qual, no julgamento do HC 127.483, ressaltou que não se confundem *proposta* e *acordo*, "tanto que a *proposta* é retratável, nos termos do art. 4.º, § 10, da Lei n.º 12.850/13, mas não o *acordo*. Se o colaborador não mais quiser cumprir seus termos, não se cuidará de retratação, mas de simples *inexecução de um negócio jurídico perfeito*".

**4.ª corrente:** a retratação pode ocorrer *desde a celebração do acordo*, portanto, em momento anterior à homologação judicial, *até a sentença*. Contudo, *da celebração até a homologação*, poderá acontecer pela vontade de *apenas uma das partes*. A qualquer delas é dado desistir da avença. Uma vez *homologado*, o acordo poderá ser desfeito *até a sentença*, entretanto, nesse caso, *ambas as partes* deverão subscrever o distrato a ser chancelado em juízo.[293] Esse entendimento visa a evitar a má-fé e a deslealdade processual (*v.g.* , imagine-se a hipótese em que, após a homologação do acordo, o MP lograsse conseguir do colaborador as informações de que necessitava para desmantelar uma organização criminosa. Depois disso, e antes da sentença, por cego desejo de justiça, poderia o membro do *Parquet* retratar-se do acordo tão somente para retirar do colaborador a possibilidade do prêmio. Evidente a deslealdade, no exemplo). De todo modo, *após a sentença*, não há falar em distrato. Como se sabe, é na sentença que o benefício acordado será efetivamente aplicado. Prolatada a sentença, e efetivado o prêmio, não se pode mais falar em retratação. É a posição que sustentamos.

Endossando o nosso entendimento, Américo Bedê Jr. e Alexandre de Castro Moura lecionam que a retratação pode ocorrer *antes* ou *depois* da homologação pelo juiz. E explicam:

"*Na hipótese de ser anterior à homologação*, entendemos que não é necessária decisão judicial validando retratação acerca de algo que ainda não foi sequer homologado. Sem a homologação judicial, o acordo ainda não se aperfeiçoou. Nesse caso, as partes deverão apenas comunicar ao juiz que o acordo foi retratado, sem necessidade de autorização judicial, prévia ou *a posteriori*. A ideia de retratação sugere oportunidade e conveniência, não cabendo ao juiz imiscuir-se nessa esfera de autonomia das partes. Deve o magistrado, todavia, valorar todas as provas trazidas que possam incriminar terceiros, uma vez que a retratação não impede essa análise.
*Existindo a homologação do acordo pelo juiz*, faz-se mister uma *nova decisão judicial acerca da retratação, para homologá-la*. Não estamos afirmando, com isso, que o juiz poderá negar-se a homologar a retratação por razões de conveniência e oportunidade ou por quaisquer fundamentos funcionais, do ponto de vista da instrução processual. [...]. Trata-se de direito potestativo que, por isso mesmo, pode ser exercido *sem justificativa"*.[294]

A *desnecessidade* de **motivação** da retratação, aventada por Bedê Jr. e Moura, não é reconhecida de forma uníssona na doutrina, sobretudo quando o distrato parte do órgão ministerial. Com efeito, apesar do silêncio da lei, a Walter Nunes da Silva Jr. parece óbvia a *imprescindibilidade* de a retratação "ser fundamentada por quem a manifestar, no escopo de permitir o seu exame, notadamente quando da lavra do Ministério Público, uma vez que, para todos os efeitos, ao aceitar a colaboração, o acusado o faz como estratégia de defesa, o que, para tanto, exige renúncia expressa ao direito ao silêncio, assumindo o compromisso legal de dizer a verdade".[295]

Ademais, ocorrendo a retratação, o § 10 do art. 4.º disciplina que "**as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador** não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor". Mas é de se perguntar: e as demais provas produzidas pelo colaborador – por assim dizer, as *não autoincriminatórias* –, poderão elas ser utilizadas contra ele? Pensamos que não. Como se sabe,

"a colaboração premiada é um acordo de vontade concretizado pelas partes. Se as partes resolveram realizá-lo, depois de homologado ele passará a produzir todos os seus efeitos. Porém, se após a sua homologação as partes retratam-se dele, é porque elas não o querem mais, logo ele não mais poderá produzir efeitos. Se a manifestação de vontade das partes é fundamental para a sua validade, a manifestação de vontade das partes tem também o condão de fazer com que ele não produza efeitos a partir do momento da retratação. Se houve retratação, houve mudança de vontade das partes. Se as partes se retratam de todo o acordo, ele não pode produzir efeitos parcialmente fazendo com que somente as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não sejam utilizadas exclusivamente em seu desfavor".[296]

Note-se, ainda, que a retratação obsta a utilização do acervo probatório **exclusivamente em**

**desfavor do colaborador**. Assim, *a contrario sensu*, as provas colhidas validamente, ainda que derivadas do acordo de colaboração *desfeito* (retratado), poderão ser regularmente introduzidas no processo e valoradas quando da sentença no tocante aos demais réus/investigados.[297]

Portanto, os efeitos da retratação devem ficar limitados, exclusivamente, às provas que incriminem o colaborador, e não o delatado. Ou seja, uma vez apresentadas as provas pelo delator, "ele não possui mais o controle sobre a utilização e alcance das provas entregues. O Estado tem o dever de apurar a veracidade daquelas provas e utilizá-las, quando possível. O limite legal com a retratação é a prova que incrimina o delator. Em relação a essa prova, o legislador vedou a utilização".[298] Assim,

"Até mesmo **em caso de revogação do acordo, o material probatório colhido em decorrência dele pode ainda assim ser utilizado em face de terceiros**, razão pela qual não ostentam eles, em princípio, interesse jurídico em pleitear sua desconstituição, sem prejuízo, obviamente, de formular, no momento próprio, as contestações que entenderem cabíveis quanto ao seu conteúdo. Precedentes".[299]

Noutro giro, sobreleva notar que o *caput* do art. 4.º da Lei do Crime Organizado utiliza-se da partícula aditiva "e" ao mencionar que a colaboração efetiva e voluntária deve se operar "com a investigação **e** com o processo criminal". Para nós, isso não quer dizer que o sujeito que não colaborou na fase inquisitorial esteja proibido de fazê-lo na fase judicial, até porque, conforme a prescrição do § 5.º do art. 4.º, a colaboração pode ser até mesmo posterior à sentença.

Assim, em nossa leitura, esse dispositivo está em verdade apenas a exigir uma **postura coerente por parte do colaborador**, a fim de que ele possa fazer jus a obtenção de algum prêmio. Dessa maneira, a colaboração efetiva e voluntária *com a investigação* deverá se refletir também e principalmente *na fase processual*. Seria ilógico considerar uma colaboração "efetiva" se no inquérito o colaborador percorreu uma trilha e, por ocasião do processo, outra. Em termos mais simples, a retratação desqualifica as declarações e torna *sem efetividade* a colaboração, do ponto de vista da concessão do prêmio.[300]

Aliás, é nesse sentido o entendimento do STF no que diz respeito à retratação da confissão extrajudicial:

"Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a retratação em juízo da anterior confissão policial obsta a invocação e a aplicação obrigatória da circunstância atenuante referida no art. 65, inc. III, alínea 'd', do Código Penal".[301]

Em síntese, "é natural que se exija do delator a mesma cooperação dada na fase investigatória quando transposta à fase judicial; noutros termos, tal como a confissão, de nada adianta apontar cúmplices durante o inquérito para, depois, retratar-se em juízo. A **cumulação** é razoável. Entretanto,

se o investigado não colabora durante a investigação, mas o faz na fase processual, pode-se acolher a delação premiada, dispensando-se a cumulatividade".[302]

Conquanto essa seja a sistemática ordinária, **excepcionalmente**, e apesar de ter havido retratação por parte do colaborador, se a colaboração (*causa*) prestada tiver servido para o alcance de seus resultados práticos esperados (*efeito*), a premiação, sem embargo da retratação, será devida, sobretudo quando as evidências trazidas pelo colaborador forem consideradas na sentença.[303] Ou seja, vale nessa seara a mesma linha de raciocínio percorrida pela jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça quanto à incidência da atenuante (CP, art. 65, III, *d*) na hipótese de a confissão posteriormente retratada servir para fundamentar a condenação.[304]

Como exemplifica Dutra Santos, imaginemos que, a partir da avença entabulada na fase investigatória, tenham sido coligidas variadas "provas que permitiram, no caso da organização criminosa, por si sós, a identificação dos demais coautores e partícipes da organização, bem como a elucidação das infrações penais praticadas, inclusive com a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito dos injustos: é óbvio que tal colaboração há de ser recompensada! E muito bem!"[305]

### *4.1.13 Renúncia ao direito ao silêncio e compromisso de dizer a verdade*

"Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade", é o que dispõe o § 14 do art. 4.º da LCO.

Em nosso entender, o legislador não se valeu da melhor técnica legislativa ao redigir o texto desse dispositivo. Ao se referir de forma imperativa à *renúncia* ao direito fundamental (Constituição da República, art. 5.º, LXIII, e Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.º, § 2.º, "g") ao silêncio, o legislador parece ter ferido justamente uma das características marcantes dos direitos fundamentais, qual seja: a **irrenunciabilidade**.

Na nota do Prof. Pedro Lenza, em temas de direitos fundamentais "o que pode ocorrer é o seu **não exercício**, mas nunca a sua renunciabilidade".[306] Sendo assim, com a celebração do acordo de colaboração premiada, o colaborador faz, em verdade, uma *opção pelo não exercício* do direito constitucional ao silêncio, tudo mediante a supervisão e orientação de seu defensor ("Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor" – § 15 do art. 4.º).

Essa questão não deve causar maiores questionamentos, sem embargo de respeitáveis opiniões em sentido contrário.[307] Com efeito, todo e qualquer réu/ investigado pode espontaneamente *confessar* os fatos que lhe são imputados por meio da denúncia ou que sejam objeto de investigação, circunstância esta inclusive fomentada com o abrandamento da pena pela legislação (art. 65, III, "d", do CP).[308] Disso resulta evidente que **não há** entre nós um dado **dever ao silêncio**.

Além do mais, se o acordo de colaboração premiada depende de **ato voluntário do**

**colaborador** (art. 4.º, *caput*); se, ainda, a obtenção de qualquer prêmio legal carece da **eficácia** das declarações por ele prestadas (art. 4.º, *caput*, e § 1.º), não há de se cogitar em "renúncia" do direito ao silêncio. Tem-se, isso sim, mera *opção* pelo seu não exercício. O réu/investigado, assistido por seu defensor, *escolhe* falar em troca de um benefício. Apenas isso. Aliás, ao homologar a colaboração premiada avençada entre o MPF e o senador Delcídio do Amaral, o Min. Zavascki (Pet. 5.952/STF) confirmou que a dita "renúncia" deve ser interpretada "com a adição restritiva '*ao exercício*"'.

De mais a mais, Eugênio Pacelli de Oliveira bem observa que

"**o dever de dizer a verdade na hipótese, tal como previsto no referido dispositivo, decorreria unicamente de** *ato voluntário* **do colaborador e não como imposição da norma legal**! Se antes dessa decisão pessoal ele não era obrigado a depor – direito ao silêncio – não se pode dizer que ele tenha renunciado a esse direito, mas, sim, que resolveu se submeter às consequências de sua confissão".[309]

Por essas razões, de *renúncia* propriamente dita ao direito fundamental ao silêncio não trata o preceptivo em estudo, tanto é que a lei faculta às partes a possibilidade de retratação do acordo (§ 10), hipótese em que "as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor".

Nesse contexto, o colaborador voluntariamente *opta* por não exercer o direito ao silêncio comprometendo-se a dizer a verdade com intuito de atingir ao menos um dos resultados vertidos no *caput* do art. 4.º da LCO. Ou seja, espontaneamente, e sob a orientação de seu defensor, o sujeito compromete-se com a eficácia da colaboração em troca da obtenção de um prêmio. Por outro lado, se quiser manter hígido o seu direito constitucional ao silêncio, basta não celebrar o acordo de colaboração premiada ou, uma vez entabulado, exercer o seu poder de retratação.

Nesse caminho, o § 14 alude também à sujeição do colaborador ao **compromisso legal de dizer a verdade**. Para nós, esse *compromisso* decorre da própria celebração do acordo de colaboração premiada. Se o colaborador quer o prêmio pelas informações prestadas, deve dizer a verdade até para garantir a eficácia da colaboração. Com *mentira* não se pode cogitar de colaboração eficaz.

Além disso, esse compromisso do colaborador com a verdade encontra lastro no art. 19 da Lei 12.850/2013, que tipifica como crime a conduta de "imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas".

Na práxis, pois,

"o colaborador deverá ser arrolado como **testemunha** da acusação na denúncia, se o acordo for pré-processual e implicar o não oferecimento da acusação (§ 4.º da lei); porém, se o acordo versar sobre o perdão judicial, redução da pena ou sua substituição (§ 4.º e *caput* do art. 4.º), deverá ser

denunciado como **coautor ou partícipe** da organização e de eventuais outros crimes praticados pelo grupo. Mesmo como corréu, por força do acordo, estará sujeito 'ao compromisso de dizer a verdade', ante a renúncia [*em verdade, opção pelo não exercício*] do direito ao silêncio e em razão da efetividade de sua colaboração, sob pena de revogação do acordo, pelo descumprimento dos seus termos. Nada impede, contudo, que o próprio colaborador se retrate do acordo (§ 10 do art. 4.º) para fazer valer o seu direito ao silêncio ou para apresentar nova versão dos fatos".[310]

Em nossa interpretação, portanto, se for feito o *acordo de não denunciar ou acordo de imunidade* (art. 4.º, § 4.º), o colaborador poderá ser arrolado na denúncia na qualidade de *testemunha* ou *informante*.[311] Contudo, se o acordo disser respeito a qualquer outro prêmio, obtido apenas ao final do processo e desde que seja caso de condenação, o colaborador deverá ser *denunciado*. Como *réu* (e não como *testemunha*) que almeja honrar os termos do acordo, optará por abrir mão do seu direito ao silêncio e falar o que sabe (sem, no entanto, prestar *formalmente* o compromisso legal do art. 203 do CPP),[312] num verdadeiro *depoimento impróprio* (*testemunho impróprio*) – na parte em que delata outros réus –, do qual deverá participar a defesa do corréu delatado em observância à amplitude de defesa.[313] Nesse rumo é a melhor orientação jurisprudencial:

"[...] 1. Embora o interrogatório mantenha seu escopo eminentemente como meio de defesa, quando envolve a acusação ou participação de outro denunciado, **cria a possibilidade à defesa do litisconsorte passivo realizar reperguntas**, assegurando a ampla defesa e a participação ativa do acusado no interrogatório dos corréus. 2. **Não há que se confundir, nessa situação, o corréu com testemunha**, pois o interrogado não estará obrigado a responder as perguntas dos demais envolvidos, preservado o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si. Precedentes desta Turma e do Supremo Tribunal Federal. [...] 4. *Habeas corpus* concedido em parte para determinar a renovação dos interrogatórios dos acusados, assegurando o direito das defesas dos corréus realizarem reperguntas, resguardado o direito dos interrogados à não autoincriminação e ao de permanecer em silêncio, mantidos os demais atos da instrução".[314]

Com a mesma inteligência, a Súmula 675 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sintetiza que "o interrogatório de corréu, incriminando outro, tem, com relação a este, natureza de depoimento testemunhal, devendo, por isso, se admitir reperguntas".

Destarte, a sujeição do colaborador ao "compromisso legal de dizer a verdade" previsto no § 14 do art. 4.º da LCO não guarda relação com o "juramento" do art. 203 do Código de Processo Penal, restrito às testemunhas propriamente ditas. O compromisso com a verdade previsto da Lei do Crime Organizado relaciona-se com a sua *opção* pelo não exercício do direito ao silêncio e com a eficácia da colaboração, sem a qual não haverá prêmio. A verdade é condição para que a colaboração seja premiada. Não querendo mais o benefício acordado com o Ministério Público, poderá a parte se retratar e guardar o silêncio que a Constituição da República lhe garante.[315]

### *4.1.14 A regra da* corroborative evidence *e a corroboração recíproca ou cruzada*

Assim como na regra do Código de Processo Penal (art. 155) "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão **exclusivamente** nos elementos informativos colhidos na investigação" (ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas), apregoa o § 16 do art. 4.º da Lei do Crime Organizado que "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento **apenas** nas declarações de agente colaborador".

Desse panorama resulta nítido que as declarações prestadas pelo colaborador podem ser utilizadas pelo magistrado para dar substrato à sentença condenatória. O que veda a lei é que a sentença se alicerce *apenas* nas declarações do colaborador.

Veja-se que o art. 4.º, § 16, não delimitou quais ou quantos meios de prova são necessários para que um fato seja considerado verdadeiro. Ao contrário, o citado preceptivo consagrou um **regime de prova legal negativa**, por meio do qual se determina que "somente a delação premiada é insuficiente para a condenação do delatado. O legislador não estabeleceu, abstratamente, o que é necessário para condenar, mas apenas, em reforço à presunção de inocência, o que é insuficiente para superar a dúvida razoável".[316]

Portanto, caso o magistrado não disponha de nenhum outro elemento probatório, mas apenas e tão somente das declarações do colaborador, a absolvição será de rigor (CPP, art. 386, VII).[317] Por sua vez, "mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de corréus. Se de um lado a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas".[318]

Dessarte, as declarações prestadas em virtude de colaboração premiada têm **valor probatório relativo**, pois reclamam *corroboração*. Vale nesse campo a mesma sistemática processual delineada há muito pelo art. 197 do Código de Processo Penal para definir o valor da confissão, *in verbis*: "O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá *confrontá-la com as demais provas do processo* , verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância".

Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal tem proclamado que "os termos de depoimento prestado em acordo de colaboração premiada são, *de forma isolada*, **desprovidos de valor probatório**", razão pela qual necessitam "ser submetidos ao **procedimento de validação** frente aos respectivos elementos de corroboração fornecidos pelo colaborador, até mesmo para que seja aferido o grau de eficácia da avença celebrada com o Ministério Público, imprescindível para a eventual aplicação dos benefícios negociados".[319]

Reina, pois, no terreno do valor probatório da colaboração a doutrinariamente chamada **regra da corroboração** (*corroborative evidence*), a qual impõe que "o colaborador traga elementos de informação e de prova capazes de confirmar suas declarações (*v.g* ., indicação do produto do crime, de contas bancárias, localização do produto direto ou indireto da infração penal, auxílio para a

identificação de números de telefone a serem grampeados ou na realização de interceptação ambiental etc.)".[320] Em síntese: a lei exige a corroboração da colaboração.

Nesse sentido, instituindo a *chiamata di correo vestita* ("**chamada de corréu vestida**"), o **Código de Processo Penal italiano** (art. 192, item 3)[321] preconiza que "as declarações do corréu do mesmo crime devem ser avaliadas em conjunto com as outras provas que confirmam a confiabilidade". Em razão dessa disposição, "decorre o entendimento – que já era consagrado na **jurisprudência italiana** – de que a colaboração do corréu não pode ser classificada como prova plena, mas tão somente como indício, cuja eficácia probatória é reduzida ante a necessidade de confirmação por outras provas".[322]

Sem embargo de a regra da corroboração ser *impositiva* apenas no momento da sentença – como deixa claro o art. 4.º, § 16, da Lei 12.850/2013 –, desde o oferecimento da denúncia "é importante que o Ministério Público traga ao menos a indicação dos meios de prova corroborativa, para reforçar a justa causa para a ação penal".[323]

Por fim, importa saber se duas ou mais delações com identidade de conteúdo poderão ser consideradas conjuntamente suficientes para a condenação do "delatado" ou, ao contrário, se haveria nesse caso violação à regra da corroboração.

Exemplo: Tício celebra acordo de colaboração premiada com o Ministério Público e, em declarações, delata Caio, indicando-o como líder da organização criminosa da qual faz parte. Também investigados como integrantes da organização criminosa, Mévio e Graco delatam Caio e apontam-no como líder do grupo. Nenhuma outra prova surge nesse sentido. Têm-se três declarações de delatores no mesmo caminho, nada mais. O magistrado, nesse cenário, deverá condenar ou absolver Caio? Nosso sistema jurídico é compatível com a **corroboração recíproca ou cruzada (*mutual corroboration*)?**

O § 16 do art. 4.º da Lei 12.850/2013 é expresso ao dizer que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento "apenas nas declarações de agente colaborador". Ao se utilizar da expressão *apenas* nas declarações *de agente colaborador*, redigida no singular, o legislador parece ter consentido abstratamente com a condenação do delatado se estribada em mais de uma declaração prestada por *colaboradores distintos*, desde que harmônicas e robustas. É o que emana da interpretação a *contrario sensu* do dispositivo citado.

Com outro entendimento, Gustavo Badaró repudia a condenação do delatado fulcrada apenas em corroboração cruzada. Para ele, a prova que emana da colaboração premiada é admissível, mas "recebe um descrédito valorativo, por ser proveniente de uma fonte considerada 'impura', o que justifica seu ontológico *quid minus* em relação ao testemunho". E prossegue:

"Se assim é, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostenta a mesma debilidade ou inferioridade?

Assim sendo, não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada. Sendo uma hipótese de grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. Neste, como em outros casos, deve se optar por absolver um delatado culpado, se contra ele só existia uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um delatado inocente, embora contra ele existissem delações cruzadas".[324]

Em síntese, para Badaró, a regra da corroboração não se realiza na hipótese de o elemento de confirmação de uma delação premiada ser outra delação premiada, de um diverso delator, ainda que ambas tenham conteúdo concordante. Em outras palavras, exige-se corroboração por fontes extrínsecas às da delação propriamente dita (**credibilidade objetiva**).

No ponto, insta destacar que o Min. Celso de Mello seguiu o raciocínio do professor do Largo de São Francisco e, em *obiter dictum*, ressaltou que "o Estado não poderá utilizar-se da denominada '**corroboração recíproca ou cruzada**', ou seja, não poderá impor condenação ao réu pelo fato de contra este existir, unicamente, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, tão somente, por outros delatores".[325]

Tanto a regra da corroboração como o impedimento da utilização da corroboração recíproca para estear uma condenação criminal já eram objeto das clássicas lições do professor Heleno Cláudio Fragoso, nos anos 70. Sem se utilizar das referidas denominações, ao tratar do tema *chamada de corréu e prova insuficiente*, assentava o afamado jurista carioca:

"Sempre se considerou a chamada do corréu prova insegura. [...] Substancialmente, numa perspectiva que nos parece mais valiosa, os tratadistas da prova – sob múltiplas razões – sempre encararam com cabais reservas a acusação do cúmplice. […]
A unanimidade dos autores, ao apreciar este tipo de depoimento, consagra o seu desvalor. MALATESTA, no seu clássico *A lógica das provas em matéria criminal*, vol. 2, 201, afirma o '**descrédito** do testemunho do acusado sobre o fato alheio.' Mesmo ALTAVILLA, que admite na chamada de corréu um 'indício sempre aproveitável' exige que ela seja '**vestida**', ou seja, 'deve estar de acordo com outros indícios, que a revestem, por assim dizer, tornando-a no núcleo central', assinalando que 'a acusação do corréu não deve ser uma simples afirmação, antes precisa de ser enquadrada numa narração completa. Efetivamente, não basta dizer que alguém tomou parte no crime, mas é necessário descrever a modalidade dessa participação, pois o pormenor pode revelar a veracidade ou a falsidade do que se narra.' (*Psicologia judiciária*, 1953, 3, 177 e segs.). MITTERMAYER, em sua notável obra, [...] dá especial relevo ao depoimento do cúmplice, observando: 'O depoimento do cúmplice apresenta também graves dificuldades [...]. Têm-se visto criminosos que, desesperados por conhecerem que não podem escapar à pena, se esforçam em arrastar outros cidadãos para o abismo em que caem; outros denunciam cúmplices, aliás inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complicado ou mais difícil, ou porque esperam obter tratamento menos rigoroso, comprometendo pessoas colocadas em altas posições.' (C.J.A. MITTERMAYER, *Tratado das provas em direito criminal*, trad. 1909, 295 e 296).

Após condicionar o valor do depoimento do cúmplice à sua **confrontação com a prova do processo**, especialmente à acareação, que se faça com o apontado cúmplice, o antigo professor de Heidelberg, ao seu estilo, questiona: **'Pode uma condenação ser baseada no testemunho de dois cúmplices?'** Responde em seguida: **'No direito comum alemão a questão deve ser negativamente resolvida.'** (Id. Ibidem, 297).
No direito brasileiro, a questão deve ser posta em termos de *prova suficiente*, e **o chamamento de corréu, é, desenganadamente, prova insuficiente para a condenação**.
No julgamento da AC 1.216, a 1.ª Turma do TFR [...] assentou, com exatidão: 'A palavra isolada de um corréu juridicamente não convence ninguém da materialidade do crime nem de sua autoria.' [...] Na AC 1.877 [...], a 3.ª Turma do mesmo tribunal decidiu: '**Não se concebe a condenação com apoio na palavra do corréu, sem corroboração dos autos.**' [...]".[326]

Em linhas conclusivas, sublinhe-se que a **jurisprudência espanhola** também foi sedimentada no sentido de que "*la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada* [...] *por la declaración de otro coimputado*".[327]

## *4.1.15 Direitos do colaborador*

A Lei 12.850/2013 criou em prol do colaborador um verdadeiro **estatuto de proteção da intimidade**, ao arrolar em seu art. 5.º os **"direitos do colaborador"**.

Com esses *direitos,* para além de se tutelar a intimidade e até mesmo incolumidade física do colaborador, almeja-se garantir a plena eficácia da colaboração premiada como meio especial de obtenção da prova (LCO, art. 3.º, I).

Seis foram os direitos do colaborador preconizados pelo legislador, a saber:

**I – usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;**

Essas medidas de proteção previstas na *legislação específica* são delineadas na Lei 9.807/1999 (Lei de Proteção a Colaboradores, Testemunhas e Vítimas). De início, o art. 7.º da citada lei arrola nove medidas protetivas a serem aplicadas isolada ou cumulativamente em benefício do protegido, *in verbis*:

"Art. 7.º 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: I – segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; II – escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; III – transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; IV – preservação da identidade, imagem e dados pessoais; V – ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; VI – suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos

vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; VII – apoio e assistência social, médica e psicológica; VIII – sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; IX – apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal".

Outra medida a ser adotada apenas em caráter excepcional, "e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça", encontra previsão no art. 9.º da Lei 9.807/1999 e diz respeito à possibilidade de **alteração do nome completo** da pessoa sob proteção e até dos familiares que com ele tenham convivência habitual (§ 1.º do art. 2.º).

Ademais, em capítulo dedicado particularmente ao réu colaborador, disciplina o art. 15 da Lei 9.807/1999 que serão aplicadas em seu benefício, na prisão ou fora dela, **medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física**, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. Dos parágrafos do art. 15 ressai que: a) estando em prisão cautelar, o colaborador será custodiado em *dependência separada* dos demais presos; b) durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas que visem a *eficácia da proteção*; c) no caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o magistrado determinar *medidas especiais* (de caráter geral) que proporcionem a *segurança* do colaborador em relação aos demais apenados.

De registrar, ainda, que terão *prioridade na tramitação o inquérito e o processo criminal em que figure o colaborador* como sujeito das medidas de proteção concebidas pela Lei 9.807/1999 (art. 19-A). De mais a mais, visando diminuir o risco para o sistema legal de proteção, "qualquer que seja o rito processual criminal, o juiz, após a citação, tomará *antecipadamente* o depoimento das pessoas incluídas nos programas de proteção previstos nesta Lei, devendo justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo no caso concreto ou o possível prejuízo que a oitiva antecipada traria para a instrução criminal" (art. 19-A, parágrafo único).

Não obstante a *mens legis*, temos para nós que esse *interrogatório antecipado* do colaborador mais lhe prejudica do que beneficia, pois que ele "não terá o direito de ser interrogado após tomar conhecimento de todas as provas produzidas contra si".[328] Assim, consideramos que essa oitiva antecipada não deve ocorrer, sobretudo porque na ocasião do julgamento do **HC 127.900**, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, os Ministros fixaram a orientação segundo a qual: "**A norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se** [...] **a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial** [...]".[329]

Portanto, o réu colaborador não deverá ser interrogado antes de serem inquiridas as testemunhas. Muito embora o depoimento do colaborador "deva anteceder os interrogatórios dos demais réus, se ele figurar, também com réu no mesmo processo, deverá ser ouvido antes dos corréus, porém após as testemunhas".[330]

Em desfecho, duas observações são pertinentes: **a)** o termo de acordo da colaboração premiada

deverá ser feito por escrito e *conter a especificação* das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, *quando necessário* (art. 6.º, V, da Lei 12.850/2013); **b)** o ingresso no programa de proteção, as restrições de segurança e demais medidas por ele adotadas terão sempre a *anuência* da pessoa protegida ou de seu representante legal (art. 2.º, § 3.º, da Lei 9.807/1999).

**II – ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;**

Esse direito é robustecido pelo art. 18 da Lei do Crime Organizado, segundo o qual constitui crime punido com reclusão de um a três anos e multa a conduta de "revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito".

Questão interessante diz respeito ao modo de se proceder à oitiva em juízo do colaborador em relação aos demais acusados. Seria nosso ordenamento jurídico compatível com o **testemunho anônimo ou sem rosto** (*aquele em que a parte não tem conhecimento dos dados qualificativos do depoente*)? Os demais **acusados** têm o direito de conhecer a identidade do colaborador? A doutrina é divergente nesse particular:

**1.ª corrente:** Renato Brasileiro de Lima entende que, "caso seja necessária a oitiva do colaborador no curso do processo judicial, não temos dúvida em afirmar que sua verdadeira identidade deve ser mantida em sigilo. Afinal, é a própria Lei das Organizações Criminosas que dispõe que o colaborador tem o direito de ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados, devendo, ademais, participar das audiências sem contato visual com os outros acusados. Em síntese, [...] **o colaborador deve ser ouvido como testemunha anônima**. Afinal, não faria sentido guardar o sigilo da operação durante o curso de sua execução para, após sua conclusão, revelar aos acusados a verdadeira identidade civil e física do colaborador".[331]

Para essa corrente, não se deve permitir, em absoluto, que o colaborador seja identificado pelos demais réus. "Não se ignora que este colaborador terá contato com os defensores dos acusados, mas estes, sob compromisso de seu grau, decerto que não irão desvendar-lhe a identidade".[332]

**2.ª corrente:** Andrey Borges de Mendonça assevera que "**o legislador não disciplinou aqui hipótese de 'testemunho anônimo'** […]. Conforme visto, os atingidos pelo acordo possuem direito de ter acesso ao acordo e, portanto, saberão quem foi o colaborador, pois esse assina o termo e terá seu nome identificado neste. Aqui não se deve negar aos atingidos o conhecimento da identidade do colaborador".[333]

Esse direito (ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados) subsiste apenas até o recebimento da denúncia (termo *ad quem* máximo – LCO, art. 7.º, § 3.º), de modo que, uma vez encerrado o sigilo do termo de colaboração premiada, "não há como negar às partes a identidade do delator, até para que o contraditório e a ampla defesa possam ser exercidos – a fim de rebater as alegações, há de se conhecer a fonte".[334]

Destarte, na síntese do Min. Celso de Mello, é irrecusável o fato de que o delatado possui, "constitucionalmente, o direito de confrontar, em sede processual, o colaborador ou delator em razão da prerrogativa do contraditório, assegurada, em juízo, a quem sofre imputação penal deduzida pelo Estado". [335]

Por tudo isso, consideramos que a lei não criou, na hipótese, o chamado *testemunho anônimo* ou *sem rosto*. Em verdade, "o que a lei visa proteger é a intimidade do colaborador contra o público em geral, sobretudo para resguardá-lo da 'pecha' de delator ou *dedo-duro*. O que o magistrado pode assegurar é que o endereço e demais dados qualificativos do colaborador não sejam acessíveis aos acusados, visando preservá-lo.[336] Segundo nos parece, o acesso do advogado constituído ao endereço do colaborador poderá ser negado, pois isto em nada é relevante para a defesa".[337]

Nessa perspectiva, apreciando a *vexata quaestio*, e após reconhecer que, de acordo com o art. 5.º da Lei 12.850/2013, no bojo da colaboração premiada, é direito do colaborador ter a sua qualificação e dados pessoais preservados, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "a decisão do magistrado de vedar o acesso às informações referentes ao local de residência e às autorizações para deslocamentos do colaborador está assente com a legislação de regência, bem como não tem o condão de inviabilizar o direito defesa do ora paciente".[338]

Noutro giro, em razão do entendimento segundo o qual "o interrogatório de corréu, incriminando outro, tem, com relação a este, natureza de depoimento testemunhal, devendo, por isso, se admitir reperguntas" (Súmula 675 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP), prepondera o entendimento segundo o qual não se pode negar ao **defensor** do corréu o conhecimento acerca da identidade do colaborador.[339]

De ressaltar, contudo, a abalizada opinião de Américo Bedê Jr. e Gustavo Senna (**3.ª corrente**), para os quais, "em casos extremos, quando existem provas concretas de ameaça à integridade física e à própria vida das testemunhas e vítimas e informantes", seria possível a restrição do "acesso à identidade do depoente até mesmo em relação ao advogado, com base na ponderação de interesses". Segundo os autores, "especialmente nos casos de criminalidade organizada é que a medida extrema de ocultamento da identidade da testemunha terá maior aplicação, pois é notório que uma das características marcantes dessas organizações é a intimidação, impondo a 'lei do silêncio', não raramente por meio da eliminação da testemunha".[340]

No mesmo sentido, Marcelo Mendroni:

"Se interpretarmos que a ocultação desses dados em relação aos advogados (que podem trocar muitas vezes durante o processo) impede a ampla defesa e o contraditório, o dispositivo, em face da sua amplitude de informação, perde completamente a eficácia, ainda mais se tratando de integrantes de uma mesma organização criminosa. Prefiro então interpretar que esses dados devem ser preservados em relação aos advogados dos réus processados (não colaboradores), devendo o magistrado zelar para que essa informação não seja usada – em si – como circunstância probatória

decisiva e relevante ao julgamento".[341]

**III – ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;**

A lógica desse direito do colaborador salta aos olhos. Visando preservar a integridade física do colaborador, o legislador estabeleceu um comando ao Poder Executivo, responsável pelas escoltas dos presos, no sentido de separar o "delator" dos demais coautores e partícipes. É de todo conveniente que essa cautela separatista seja adotada nos recintos forenses pelos administradores da Justiça.

**IV – participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;**

Tem-se aqui o que Antonio Scarance Fernandes chama de **testemunho oculto** (diferente de *testemunho anônimo*), que ocorre quando o depoente não é visto pelo réu, mas sua identidade é conhecida.[342]

Em tal situação é possível lançar mão de barreiras físicas para se preservar a imagem do colaborador. Estas podem se materializar "por meio de telas, cabines, biombos, distorção de voz e imagem nos casos de oitivas por videoconferência, utilização de perucas ou máscaras etc.".[343]

Esse tratamento encontra similar no art. 217 do Código de Processo Penal, cuja redação estatui que, "se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor". Entretanto, **diversamente** do disposto no parágrafo único do art. 217 do CPP, que exige do juiz uma motivação para a retirada do réu, o inciso em comento dispensa fundamentação judicial, sendo cogente a realização da audiência sem contato visual entre o colaborador e os demais acusados.

Por fim, na hipótese de o colaborador residir em local *certo* e *sabido* no **estrangeiro**, acreditamos possível que seu interrogatório se opere por meio de videoconferência (CPP, art. 185, § 2.º, II). Conquanto o Código de Processo Penal pareça indicar a expedição de carta rogatória como o meio adequado (CPP, art. 222-A), a Convenção de Palermo agasalha a *audição por videoconferência* (art. 18, item 18), medida mais célere e efetiva.

**V – não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;**

Esse direito do colaborador é uma decorrência natural da preservação de seus dados pessoais, conforme a previsão do inciso II *supra*. Convém sublinhar, novamente, que "revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito" constitui **crime** conforme o art. 18 da Lei 12.850/2013.

O inciso em análise direciona-se claramente aos "meios de comunicação" – a imprensa em geral – que têm doravante o dever de guardar sigilo acerca da identidade do colaborador (ressalvada a prévia autorização por escrito), independentemente da fonte de conhecimento. Para nós, **não há incompatibilidade** desse inciso V com o art. 220, § 1.º, da Constituição Republicana, haja vista que, na situação,

"Há somente um conflito aparente de normas, pois a liberdade de informação jornalística cede espaço ao direito à intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas (art. 5.º, X, CF). Diante disso, é viável que a lei ordinária possa disciplinar algumas situações em que a liberdade de imprensa não é total. Ademais, não se trata unicamente de tutelar a imagem do delator, mas a sua segurança individual, e também o interesse público em jogo".[344]

Se de um lado a nossa Lei Suprema garante o direito à liberdade de expressão e informação, de outro, preserva igualmente o direito de privacidade. Portanto, na esteira de Luís Roberto Barroso, "a divulgação de uma informação obtida por via manifestamente ilícita torna os meios de comunicação coadjuvantes de uma prática criminosa. Parece que ninguém se deu conta disso".[345]

**VI – cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.**

Trata-se de direito semelhante ao titularizado pelo "funcionário da administração da justiça criminal" (art. 84, § 2.º, da Lei de Execução Penal), que cumprirá sua pena "em dependência separada".

Há uma razão plausível para o discrímen, haja vista que a colocação do "delator" e dos "delatados" no mesmo presídio poderia redundar na *sentença de morte* do primeiro, em razão dos conhecidos "códigos de ética" que disciplinam as relações entre os membros das organizações criminosas mais sanguinárias, que têm no *pacto de silêncio* a cláusula primeira. Violada esta, a morte costuma ser utilizada com caráter de "exemplaridade".

É de perceber que esse direito não alcança só o *colaborador-condenado*. Com esteio na conjugação dos arts. 5.º, I, e 6.º, V, da Lei 12.850/2013 com o art. 15, § 1.º, da Lei 9.807/1999, é possível que mesmo o *colaborador cautelarmente preso* seja "custodiado em dependência separada dos demais presos", como medida de proteção. Veja-se, por necessário, que a lei é expressa ao permitir a celebração de acordos de colaboração premiada com quem esteja preso (cautelar ou definitivamente).

Por último, insta mencionar a presença em nossa legislação de um "adorno legislativo" sobre o tema. Conforme o art. 19 da Lei 9.807/1999, "a União poderá utilizar *estabelecimentos especialmente destinados ao cumprimento de pena de condenados que tenham prévia e voluntariamente prestado a colaboração* de que trata esta Lei".

Não se tem notícia da existência de estabelecimentos prisionais desse jaez em nosso país.

Assim, enquanto não se cumpre o disposto no art. 19, deve-se assegurar ao colaborador preso o direito de ser segregado em estabelecimento penal diverso daqueles em que se encontram os corréus delatados, ainda que em presídios comuns.

### *4.1.16 Sigilo legal do pedido de homologação*

Vimos anteriormente que o pedido de homologação do acordo a ser sigilosamente distribuído (LCO, art. 7.º) é um dos cinco pressupostos para a incidência dos prêmios legais introduzidos pela Lei do Crime Organizado.

O acordo de colaboração premiada formalizado entre as partes deve, na esteira do *caput* do art. 7.º, ser submetido ao crivo judicial por meio de um *pedido de homologação* que será **distribuído em sigilo** e conterá "apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto", observando-se, no que forem compatíveis, as regras fixadas nos arts. 2.º a 4.º da Res. 59/2008-CNJ, que disciplina as rotinas do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas.

Nem sempre, contudo, haverá necessidade de *distribuição*. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de mais de um juízo igualmente competente já haver firmado sua competência pelo deferimento de alguma medida cautelar. Nesse caso, tendo-se tornado prevento (CPP, art. 78, II, "c", c/c o art. 83) para o julgamento da própria causa, não haverá necessidade de distribuição do pedido de homologação. O prevento conhecerá dele.[346]

Consumada a distribuição ou a prevenção, as informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz que receber a petição, o qual decidirá sobre a homologação no prazo de **48 horas** (§ 1.º do art. 7.º). Nas ocasiões em que não houver regular expediente forense (recessos, por exemplo), a fim de evitar qualquer prejuízo para a persecução penal, competirá ao juiz plantonista a apreciação do pedido de homologação.

Preconiza a *primeira parte* do § 2.º do art. 7.º que "o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações". Trata-se de decorrência lógica da distribuição sigilosa prevista no *caput*, sendo certo que os *autos* reportados no dispositivo em questão dizem respeito ao *pedido de homologação* do acordo de colaboração premiada, e não ao caderno investigatório propriamente dito, cujo sigilo é disciplinado no art. 23.

Já a *segunda parte* do mencionado § 2.º, inspirada na Súmula Vinculante 14,[347] assegura "ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento". Ou seja, o acesso deve ser garantido caso estejam presentes **dois requisitos**, a saber: "*um, positivo*: o ato de colaboração deve apontar a responsabilidade criminal do requerente [...]. *Outro, negativo*: o ato de colaboração não deve referir-se à diligência

em andamento".[348]

Ademais, não constitui nulidade o indeferimento do *acesso universal* do investigado/acusado à integralidade dos termos de colaboração premiada de terceiro, mormente se franqueado o conhecimento àquilo que seria pertinente ao exercício do direito de defesa.[349] Assim,

"Tratando-se de colaboração premiada contendo diversos depoimentos, envolvendo diferentes pessoas e, possivelmente, diferentes organizações criminosas, tendo sido prestados em ocasiões diferentes, em termos de declaração separados, dando origem a diferentes procedimentos investigatórios, em diferentes estágios de diligências, não assiste a um determinado denunciado o acesso universal a todos os depoimentos prestados. *O que a lei lhe assegura é o acesso aos elementos da colaboração premiada que lhe digam respeito*".[350]

Essa *segunda parte*, tal como redigida, dá margem a **questionamentos**. Quem seria o *representado* aludido no preceptivo? O colaborador ou outro investigado?

A lei não esclarece, e a redação truncada do dispositivo não ajuda na compreensão. Entretanto, se é certo que, "em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor" (§ 15 do art. 4.º), quer nos parecer que o *representado* não é o colaborador.

Ora, se o colaborador e seu defensor já tinham prévio conhecimento total e irrestrito do acordo de colaboração premiada submetido ao juízo para homologação – mesmo porque são elementos essenciais da avença a "declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor" (art. 6.º, III) e "as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor" (art. 6.º, IV) –, qual seria o sentido de se passar a exigir deles "autorização judicial" (§ 2.º do art. 7.º) para o acesso a elementos de prova que já conheciam?!

Assim, para nós, o *representado* é outro investigado (que não o colaborador) integrante da organização criminosa.[351] É ao defensor dele que o § 2.º quer garantir acesso aos elementos de prova que concernem ao exercício do direito de defesa, ressalvados os referentes às diligências em andamento (como uma interceptação telefônica que esteja ocorrendo) e, por isso mesmo, não documentadas no inquérito.[352]

Conquanto entendamos ser essa a interpretação mais razoável para a *segunda parte* do § 2.º, não se pode olvidar a **crítica** feita por Ana Luiza Almeida Ferro, Gustavo dos Reis Gazzola & Flávio Cardoso Pereira, para os quais:

"de pouca valia é o permissivo do acesso a elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa (art. 7.º, § 2.º), uma vez que a fórmula é vaga e calcada em uma **ilogicidade** já que o defensor de delatado não teria como saber de tais elementos de prova, se sequer conheceria da existência do acordo e tanto menos de seus termos e objeto".[353]

Sem embargo da crítica supracitada, eventualmente, se o delatado tomar conhecimento da existência do acordo de colaboração premiada (não se pode negar a possibilidade de vazamentos), aí sim entrará em cena o direito consagrado na *segunda parte* do § 2.º do art. 7.º, pois, "mesmo tratando-se de procedimento em regime de sigilo, instaurado com apoio em depoimento prestado por agente colaborador na forma da Lei n.º 12.850/2013, revela-se plenamente legítima a pretensão de acesso aos autos daquele cuja suposta participação em alegada prática delituosa constitui objeto da delação manifestada ao Ministério Público e/ou à Polícia Judiciária, cabendo ao Poder Judiciário garantir-lhe a possibilidade de conhecimento das peças (inclusive das declarações do agente colaborador) a ele referentes".[354]

Desse emaranhado extraímos duas conclusões: **a)** que o *representado* citado no dispositivo legal é investigado diverso do colaborador; e **b)** que o amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa guarda relação com o *procedimento investigatório*, não com o pedido de homologação (sigiloso por determinação legal) de que trata o *caput* do art. 7.º.[355] Contudo, se por alguma razão a formação dos autos do pedido homologatório chegar ao conhecimento de algum delatado, não se poderá negar, ressalvadas as diligências em andamento, o acesso à defesa.

Demais disso, outra questão que tem gerado polêmica na doutrina diz respeito à **prévia autorização judicial** mencionada ao fim da *segunda parte* do § 2.º, tendo-se formado dois entendimentos em torno da questão:

**1.ª corrente:** para Gabriel Habib, "a parte final do dispositivo é flagrantemente inconstitucional por violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois o defensor do colaborador deve ter acesso aos autos independentemente de autorização judicial".[356] Em sua concepção, a exigência de prévia autorização judicial deve ser "desprezada".

**2.ª corrente (nossa opinião):** é legítima a cautela de ser a vista dos autos precedida de autorização judicial pois esse mecanismo de controle permite a verificação de "qual defensor acessou a investigação".[357] Destarte, conforme já compreendeu o STF, "*é ônus da defesa requerer o acesso ao juiz que supervisiona as investigações*".[358] Caso o magistrado indefira a vista, sem adequada fundamentação, poderá o defensor do investigado lançar mão do mandado de segurança ou da reclamação diretamente protocolada no Supremo Tribunal Federal como meio apto a fazer-se cumprir o comando da Súmula Vinculante 14 (CR/88, art. 103-A, § 3.º[359] c/c Lei 11.417/2006, art. 7.º, *caput*).[360]

Por último, o § 3.º do art. 7.º giza que "o acordo de colaboração premiada **deixa de ser sigiloso** assim que **recebida a denúncia**, observado o disposto no art. 5.º". Ou seja, recebida a peça acusatória, os autos judiciais formados a partir do pedido de homologação do acordo de colaboração premiada serão **apensados** aos autos da ação penal, respeitando-se, obviamente, os direitos do

colaborador catalogados no art. 5.º.

Dessarte, a partir do recebimento da denúncia retira-se o sigilo então existente e tanto o termo do acordo de colaboração premiada homologado quanto eventuais declarações prestadas poderão ser acessadas pelos demais imputados. Porém, a questão pode se mostrar complexa, sobretudo quando o colaborador se comprometer a contribuir em diversas investigações, como bem ilustra Andrey Borges de Mendonça:

"Por exemplo, no caso de doleiro que prestasse serviços para várias organizações criminosas. Em situações deste jaez, deve-se ter bastante cautela, pois se for feito apenas um acordo para todas as investigações, haverá o risco de que diligências e investigações em curso sejam desveladas quando do recebimento da denúncia. Portanto, **o ideal**, nestes casos, **é que haja um termo de colaboração para cada investigação**. Ou seja, 'a prudência reclama que se colham termos separados, individualizando as empreitadas, a fim de não prejudicar o resguardo do sigilo das investigações vindouras'. Assim, para a organização criminosa 'A', um termo de colaboração; para a organização criminosa 'B', outro termo, e assim por diante. Com isso, à medida que forem recebidas denúncias em relação a cada organização criminosa, o termo respectivo será apresentado aos imputados, sem prejuízo de que investigações e, sobretudo, diligências em curso sejam prejudicadas".[361]

Ressalte-se que, mesmo considerando que o regime do sigilo do acordo de colaboração premiada e procedimentos correspondentes (art. 7.º, § 3.º), "**em princípio, perdura até a decisão de recebimento da denúncia**", ao homologar (Pet. 5.952/STF) o pacto premial entabulado entre o MPF e o senador Delcídio do Amaral, o saudoso **Min. Teori Zavascki entendeu possível levantamento do sigilo antes desse momento**, a pretexto de que a Constituição proíbe a restrição a publicidade dos atos processuais, salvo quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5.°, LX), e estabelece, com as mesmas ressalvas, que a publicidade dos julgamentos do Poder Judiciário é pressuposto inafastável de sua validade (art. 93, IX).

*In casu*, Zavascki não julgou presente o interesse social apto a justificar a reserva da publicidade, sobretudo porquanto considerou que a sigilosidade tem **duas finalidades precípuas**, a saber: a) proteger a pessoa do colaborador e de seus próximos (art. 5.º, II); e b) garantir o êxito das investigações (art. 7.º, § 2.º). Entretanto, na situação em concreto, avaliou o Ministro que o colaborador já havia tido sua identidade exposta publicamente e que o desinteresse manifestado pelo órgão acusador revelava não mais subsistir razões a impor o regime restritivo de publicidade.[362]

No dia 12.09.2017, esse entendimento veio a ser sufragado pela 1.ª Turma do STF, por ocasião do julgamento do Inq. 4.435 Agr/DF. Na oportunidade, sob a fundamentação de que, no âmbito da Administração Pública, a publicidade é a regra e o sigilo a exceção (CR/88, art. 5.º, LX), decidiu o órgão fracionário do Supremo que o sigilo sobre o conteúdo da colaboração premiada (a) deve permanecer, **como regra**, até o recebimento da denúncia, mas (b) deve perdurar, **no máximo**, até esse momento. Deixou-se claro, pois, que o § 3.º do art. 7.º "**não encerra observância absoluta,**

**mas termo final máximo**", razão pela qual o sigilo deve ser mantido até o recebimento da denúncia "**apenas se houver necessidade concreta**".[363]

Dessa maneira, "uma vez realizadas as diligências cautelares, cuja indispensabilidade tiver sido demonstrada a partir das declarações do colaborador, ou inexistentes estas, não subsiste razão para o sigilo", até mesmo porque "**não há direito subjetivo do colaborador a que se mantenha, indefinidamente, a restrição de acesso ao conteúdo do acordo**, ao argumento de que o sigilo teria sido elemento constitutivo da avença", sendo certo que o delito vertido no art. 19 da Lei 12.850/2013 "reforça a necessidade de conhecimento do que veiculado no acordo".[364]

De mais a mais, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou a tese segundo a qual falece ao "delatado" legitimidade para impugnar o levantamento do sigilo do acordo de colaboração premiada firmado entre o Ministério Público e o colaborador, "seja porque dele não é parte", seja porque o acordo "é negócio jurídico processual personalíssimo, cujo segredo existe apenas em prol do colaborador e não de delatados".[365]

### *4.1.17 Reflexos do acordo de colaboração premiada em outras áreas: extensão das benesses e compartilhamento*

Questão pouco debatida na doutrina diz respeito à possibilidade (ou não) de extensão dos efeitos do acordo de colaboração premiada judicialmente homologado pelo juízo criminal a outras áreas, particularmente ao âmbito da improbidade administrativa.

Há dois entendimentos sobre o tema. Para uma corrente, os prêmios legais advindos do acordo de colaboração premiada devem ficar restritos à esfera criminal, não havendo previsão de sua utilização na Lei de Improbidade Administrativa; para outra, a extensão analógica dos efeitos seria perfeitamente possível e até recomendada, servindo de estímulo ao colaborador. Veja-se:

**1.ª corrente:** "[...] Não há como aplicar, analogicamente, os benefícios da delação premiada e do perdão judicial nos casos de ações nas quais se debate a existência de atos de improbidade administrativa, eis que se trata de institutos específicos da esfera penal. A indisponibilidade do patrimônio público e do interesse público primário obstam a aplicação, em sede de ação de improbidade administrativa, do 'perdão judicial' decorrente de celebração de Acordo de Delação Premiada. [...]".[366]

**2.ª corrente (nossa posição):** apregoa que "a utilização da delação premiada, para fixação de sanção mínima, redução ou até afastamento de algumas das sanções, além de poder contribuir com as investigações e a instrução processual, mostra-se princípio de equidade e de igualdade jurídica, já que, em diversas outras situações legais, a renúncia ao direito constitucional de manter-se em silêncio converte-se em benefícios, com redução expressiva da sanção imposta".[367]

Karina Gomes Cherubini faz coro à segunda corrente, registrando que:

"A aplicação da analogia com fundamento no princípio da igualdade jurídica é, de forma geral, consenso entre os doutrinadores. Por outro lado, segundo Maximiliano e Castán Tobenas, haveria duas situações em que não seria possível a aplicação da lei através da analogia: 1.º) no caso das leis de caráter criminal; 2.º) nas de *iure singulare*. Ora, *nenhuma dessas limitações se aplica à extensão da delação premiada às ações de responsabilização por improbidade administrativa*. Como visto, não têm caráter penal. Tampouco a Lei n.º 8.429/92 trata-se de norma de direito singular ou excepcional, de modo a não poder comportar a decisão de semelhante para semelhante".[368]

Igualmente adepto do segundo entendimento, Nicolao Dino adverte que

"o próprio êxito da colaboração premiada ou do acordo de leniência firmados no âmbito da persecução penal ou do processo administrativo, pode ficar comprometido se a autoincriminação numa instância, em troca de um benefício, puder implicar responsabilização integral em outra instância, na esfera da improbidade administrativa. Isso iria de encontro, inclusive, ao princípio da proteção da confiança legítima, corolário do princípio da segurança jurídica, o qual preconiza que o cidadão, ao confiar no comportamento do Estado, não pode sofrer prejuízos em consequência direta do crédito a ele atribuído".[369]

Forte nessas considerações, deve mesmo ser admitida a extensão dos efeitos do acordo de colaboração premiada firmado perante o juízo criminal "para a esfera da improbidade administrativa, por força da interpretação das normas que compõem o microssistema de combate à corrupção".[370] E nem se diga que o art. 17, § 1.º, da Lei 8.429/1992 ("É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*") constitui óbice a essa extensão, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem ius*. Dessarte, não há o menor sentido

"em fornecer benefícios para alguém colaborar no âmbito criminal e esse mesmo agente ser punido pela Lei de Improbidade, exatamente em razão dos mesmos fatos. A incoerência na atuação estatal – reconhecendo benefícios em uma seara e negando em outra – demonstra até mesmo deslealdade do Poder Público com aquele que contribuiu para a persecução dos agentes ímprobos, abrindo mão de seu direito a não se autoincriminar. Esta incoerência é reforçada quando a Ação de Improbidade se baseia justamente nos elementos desvelados pelo colaborador".[371]

De mais a mais, é induvidoso que a vedação do § 1.º do art. 17 da Lei 8.429/1992 tem como finalidade impedir que o interesse público seja relegado. Portanto, especialmente nos casos em que a colaboração premiada redundar na recomposição do patrimônio público desfalcado, o interesse público estará protegido em sua inteireza. Além disso, se a Administração atingida é a mesma; se as partes são as mesmas; e se o acordo entabulado acelera a reparação do dano causado ao erário e a recuperação de ativos, que é justamente um dos resultados que se busca com o pacto premial (Lei n.º 12.850/2013, art. 4.º, IV), nada mais salutar que essa avença gere reflexos também na seara da improbidade administrativa.

A analogia *in bonam partem* viabiliza, pois, a irradiação dos efeitos do acordo de colaboração

premiada para o âmbito *não penal*, razão pela qual não há de se cogitar qualquer afronta ao devido processo legal (CR/88, art. 5.º, LIV), existente para resguardar o particular das arbitrariedades eventualmente praticadas pelo Estado,

"mas não para bloquear benesses – garantias trabalham a favor do titular, e não contra. *A cooperação, desde que resulte na reparação integral do dano causado ao patrimônio público, não ofenderia o preceituado no art. 17, § 1.º, da Lei n.º 8.492/92*. Se o Estado compôs penalmente, seara mais extremada do Direito, a ser acionada quando insuficientes os demais ramos (princípio da intervenção mínima), quanto mais administrativamente, considerada a razoabilidade, na espécie proporcionalidade. A cooperação, aliás, é um dos marcos do Novo Código de Processo Civil, diploma aplicável, subsidiariamente, à Lei n.º 8.429/92, bastando citar, nesse diapasão, os §§ 2.º e 3.º do art. 357 [...]".[372]

Observe-se que a homologação do acordo de colaboração premiada não faz surgir para o delator o direito de não ser processado na seara da improbidade administrativa ou mesmo de ter suas sanções mitigadas. Em verdade, o que defendemos é que o reflexo do benefício advindo da avença pode vir materializado em forma de **cláusula**,[373] sendo válido registrar que disposições desse jaez "não vêm sendo questionadas no Judiciário, nem na primeira instância (Vara Federal de Curitiba) nem no Supremo Tribunal Federal, que as tem homologado".[374]

Na práxis, pensamos ser conveniente que o termo de colaboração premiada seja assinado conjuntamente entre os membros do Ministério Público com atribuições criminal e de defesa do patrimônio público, para não remanescer dúvida quanto ao propósito do último em anuir com o prêmio acordado.[375]

Sob outro enfoque, não gera maiores questionamentos a possibilidade de **compartilhamento** das provas produzidas a partir da colaboração premiada, seja para fins *penais* perante juízos diversos ou mesmo para fins *não penais*. Mas há uma ressalva a ser feita: o transplante do acervo probatório e a remessa de informações sigilosas "decorrentes da colaboração somente poderão ser autorizados mediante decisão judicial (veja-se, nesse sentido, a PET 6.938/DF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli)".[376]

Com efeito, mediante autorização judicial, a prova obtida a partir do pacto premial homologado pode ser utilizada validamente para a instrução de inquéritos policiais e civis; procedimentos investigatórios criminais, administrativos e fiscais; ações penais; ações de improbidade administrativa etc. É viável, pois, que as provas produzidas em decorrência da colaboração sejam emprestadas para os diversos órgãos do Ministério Público, bem como para a Polícia Judiciária, a Receita Federal, a Controladoria-Geral da União, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE e para outros órgãos (nacionais ou estrangeiros), a fim de que o Estado possa atuar por suas mais diferentes instituições de controle, prevenção e repressão à criminalidade.

## 4.2 Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos

### *4.2.1 Introdução e conceitos*

A captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos é o segundo *meio [especial] de obtenção da prova* arrolado pela Lei 12.850/2013. Trata-se de meio de obtenção de prova *atípico*, porquanto não há previsão legal do respectivo **procedimento**[377] probatório a ser seguido. Entretanto, sendo a captação ambiental "considerada fluxo de comunicações em sistema de telemática, **aplica-se, no que couber, a Lei n.º 9.296/96**".[378]

Com efeito, o art. 3.º, II, da Lei 12.850/2013 dispôs apenas que a captação ambiental (que ocorre em determinado ambiente, não se confundindo com a interceptação *telefônica*) de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, seria permitida em qualquer fase da persecução penal como meio de obtenção da prova.[379]

O instituto (captação ambiental), também chamado de **vigilância eletrônica**, permite que "os agentes de polícia ou eventualmente do Ministério Público [...] instalem aparelhos de gravação de som e imagem em **ambientes fechados** (residências, locais de trabalho, estabelecimentos prisionais etc.) **ou abertos** (ruas, praças, jardins públicos etc.), com a finalidade de não apenas gravar os diálogos travados entre os investigados (**sinais acústicos**), mas também de filmar as condutas por eles desenvolvidas (**sinais óticos**). Ainda poderão os policiais registrar sinais emitidos através de aparelhos de comunicação, como rádios transmissores (**sinais eletromagnéticos**), que tecnicamente não se enquadram no conceito de comunicação telefônica, informática ou telemática".[380]

Acerca do tema, tradicionalmente, a doutrina trabalha com três conceitos básicos, a saber:

**a) Interceptação ambiental em sentido estrito:** é a captação sub-reptícia da conversa entre dois ou mais interlocutores, feita por um terceiro, em local público ou privado em que se desenvolve a conversa, sem que os comunicadores saibam da medida. Exemplo: A e B, membros de uma organização criminosa, marcam um encontro em determinado restaurante para detalhar os próximos passos do plano delitivo a ser deflagrado. Cientes do encontro, policiais instalam a aparelhagem necessária no ambiente escolhido e captam a conversa por eles travada.[381]

**b) Escuta ambiental:** também é levada a cabo por terceira pessoa, contudo a captação nesse caso ocorre com o consentimento de um ou alguns comunicadores.

Exemplo: agentes de polícia instalam em um dos interlocutores aparelhos que permitam gravar a conversa deste com outrem.

**c) Gravação ambiental:** é a captação da conversa, no ambiente em que ela se desenvolve, feita pelo próprio interlocutor sem o conhecimento do outro. Exemplo: Dantas, policial disfarçado, portando uma câmera escondida, comparece no reduto de falsificação de documentos de Fritz e registra o encontro (imagens) e o teor da conversa (sons) que manteve com ele.

Sublinhe-se que, "na atualidade, é consolidado o entendimento no sentido de que nenhuma das formas de interceptações ambientais *lato sensu* importa, necessariamente, em violação ao direito da intimidade. Até pode ser que haja essa violação, mas isso não é considerado a regra, e sim a exceção".[382]

### *4.2.2 A captação ambiental engloba quais conceitos?*

A revogada Lei 9.034/1995 dispunha ser possível a medida probatória consistente na "*captação* e a *interceptação ambiental* de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial". A Lei 12.850/2013, por seu turno, utiliza-se apenas da expressão *captação*, não mencionando a *interceptação*.

Diante dessa modificação legislativa, indaga-se: a Lei 12.850/2013 deixou de ser compatível com a interceptação ambiental em sentido estrito? Quais modalidades de interceptação ambiental em sentido amplo teriam sido contempladas pela lei na expressão *captação ambiental*? A questão não é pacífica, tendo-se formado três correntes:

**1.ª corrente (ampliativa):** Para nós, a Lei 12.850/2013 valeu-se do termo captação ambiental em sentido lato, de maneira a abranger a *interceptação ambiental em sentido estrito*, a *escuta ambiental* e a *gravação ambiental*. Portanto, entendemos o termo captação ambiental como sinônimo de *interceptação ambiental em sentido amplo* (gênero), mesmo porque não se pode negar que nas três subespécies retromencionadas há a ação de "captura", de obtenção, dos sinais. Esse parece ser, também, o entendimento de Guilherme de Souza Nucci.[383]

**2.ª corrente:** Preconiza que apenas a *interceptação ambiental em sentido estrito* e a *escuta ambiental* estariam abrangidas pela locução captação ambiental. Nesse sentido, para Renato Brasileiro de Lima, "não está abrangida pelo regime jurídico do art. 3.º, II, da Lei 12.850/2013, por consequência, a *gravação ambiental*, que será considerada válida como prova quando houver justa causa, como ocorre em casos em que a vítima grava uma conversa ambiental por ocasião do cometimento de crime de concussão. Evidentemente, por cautela, nada impede que o juiz autorize a gravação ambiental, se houver requerimento nesse sentido".[384]

**3.ª corrente:** Entende a expressão captação ambiental *não engloba a interceptação ambiental em sentido estrito*. Com esse pensar, Gabriel Habib anota que "a captação ambiental ocorre quando um interlocutor obtém dados de outro interlocutor. A conversa se dá entre ambos, havendo o contato pessoal entre os interlocutores. Aqui a gravação do teor da conversa é feita pelo próprio interlocutor. *O legislador não abrangeu a interceptação ambiental*, na qual a obtenção dos dados é feita por uma terceira pessoa, que não é nenhum dos interlocutores e grava a conversa que acontece entre outras duas ou mais pessoas".[385]

### *4.2.3 A captação ambiental reclama autorização judicial? Quando a prova será (i)lícita?*[386]

A Constituição da República não tratou explicitamente da interceptação ambiental em sentido amplo (captação ambiental), tal como o fez com a possibilidade de violação do sigilo das comunicações telefônicas no art. 5.º, XII.[387]

Resulta daí o entendimento segundo o qual é o art. 5.º, X, da CR/88[388] que confere *status* de direito fundamental pétreo à intimidade, que deve orientar a análise da licitude ou ilicitude das interceptações ambientais (sons e imagens), e não o inciso XII.[389]

Dessa diferença de tratamento emana uma constatação importantíssima: ao contrário do que ocorre no inciso XII, o inciso X **não** reclama necessariamente a expedição de ordem judicial como forma de viabilizar a devassa da privacidade por meio da captação ambiental. Ademais, a revogada Lei 9.034/1995 **exigia** "circunstanciada autorização judicial" para que se levasse a cabo a medida de interceptação ambiental, **exigência esta não repetida na Lei 12.850/2013**.

Diante desse bosquejo, indaga-se: em qualquer espécie do gênero captação ambiental (para nós: *interceptação ambiental em sentido estrito, escuta ambiental* e *gravação ambiental*) **é dispensável a autorização judicial?**

A despeito de a Lei do Crime Organizado nada salientar sobre o ponto, em alguns casos será necessária a autorização judicial; em outros, não. O alcance da resposta adequada perpassa pela definição da *espécie* de captação ambiental e, também, pelo *local* em que ela se desenvolve. Vejamos:

**Interceptação ambiental em sentido estrito:** *em regra*, se a interceptação ambiental em sentido estrito ocorrer em **local público,**[390] "a autorização judicial é totalmente desnecessária, devendo ser admitida em juízo da mesma forma que o testemunho ou a fotografia, sem que se constitua prova ilícita. Nesse sentido, Luiz Francisco Avolio (AVOLIO, 2003, p. 166)". [391] Por outro lado, se essa medida for colhida em **local privado**, "imprescindível será a autorização judicial que satisfaça todos os requisitos para a concessão da interceptação telefônica, aplicados analogicamente à interceptação ambiental".[392] Busca-se preservar com esse entendimento não só o direito à intimidade (CR/88, art. 5.º, X), mas, sobretudo, a cláusula constitucional que tutela o ambiente privado como "asilo inviolável do indivíduo" (CR/88, art. 5.º, XI).

Advirta-se, por curial, que, *ainda que se trate de local público*, será **ilícita** a captação ambiental realizada sem autorização judicial quando a medida acontecer em ambiente em que haja **expectativa de privacidade**.

Acerca do assunto, calha rememorar a *interceptação ambiental* realizada pelo programa televisivo "Fantástico" por meio da qual foi captada a conversa mantida entre Suzane Louise Von Richthofen e seu advogado, em um local aberto ao público. Apesar da concordância de Suzane em

conceder a entrevista, entendeu-se como *clandestina* e *ilícita* a captação ambiental efetivada pela Rede Globo no episódio, porquanto a conversa prévia entre o advogado e sua cliente haveria de ser reservada (intimidade) e preservada (não captada; não exposta), a teor do que se colhe a seguir:

"[...] 6. Na hipótese, conquanto tenha a paciente concordado em conceder a entrevista ao programa de televisão, a conversa que haveria de ser reservada entre ela e um de seus advogados foi captada clandestinamente. Por revelar manifesta infração ética o ato de gravação – em razão de ser a comunicação entre a pessoa e seu defensor resguardada pelo sigilo funcional –, não poderia a fita ser juntada aos autos da ação penal. Afinal, a ilicitude presente em parte daquele registro alcança todo o conteúdo da fita, ainda que se admita tratar-se de entrevista voluntariamente gravada – a fruta ruim arruína o cesto. 7. A todos é assegurado, independentemente da natureza do crime, processo legítimo e legal, enfim, processo justo. [...]".[393]

Ressalve-se, por cautela, que, ainda que realizadas as captações em um ambiente no qual haja **expectativa de privacidade**, "apesar de não serem admitidas como provas processuais lícitas, **podem servir como** *notitia criminis*, impondo às autoridades responsáveis o dever-poder de investigar",[394] conforme já decidiu a Suprema Corte brasileira.[395]

Repise-se à exaustão que, em **local privado,**[396] somente será válida a interceptação ambiental se embasada em **autorização judicial**. Com efeito, almejando viabilizar a instalação dos aparelhos aptos a efetuarem a interceptação ambiental, num caso em que determinado advogado estaria envolvido em práticas criminosas, o Supremo Tribunal Federal, com esteio no princípio da proporcionalidade,[397] chegou a reconhecer a validade da medida de **"exploração de local"**, consistente na autorização de ingresso no período noturno em domicílio (escritório de advocacia – art. 150, § 4.º, III, do CP) para a instalação dos equipamentos de escuta e registro dos sinais ópticos.

Como bem percebido pela Corte Suprema no julgamento supramencionado, "tais medidas não poderiam jamais ser realizadas com publicidade alguma, sob pena de intuitiva frustração, o que ocorreria caso fossem praticadas durante o dia, mediante apresentação de mandado judicial".[398]

**Escuta ambiental:** para uma primeira corrente, por também ser realizada por terceiro, a escuta ambiental deverá receber o mesmo tratamento conferido à interceptação ambiental em sentido estrito. Assim, se a medida acontecer em *local público*, desnecessária será a autorização judicial. Contudo, se se tratar de *local privado*, apenas com a respectiva autorização da justiça poderá ser levada a cabo a providência. De acordo com uma segunda corrente, o regime da escuta ambiental deverá seguir a mesma sistemática da gravação ambiental (*vide* item 4.6.1), haja vista que a escuta nada mais é do que uma gravação consentida.

**Gravação ambiental:** sobre a gravação ambiental "é forte o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, se o agente estiver sob o amparo de alguma *excludente de ilicitude* ou se demonstrar *justa causa* para assim proceder, como é o caso de ser registrada a conversa por quem está sendo vítima de extorsão, a prova deve ser admitida".[399]

Nessas condições, a **teoria da exclusão da ilicitude**[400] teria o condão de retirar da gravação ambiental qualquer pecha de irregularidade. Além do mais, o já bem antigo art. 233, parágrafo único, do Código de Processo Penal conclui pela **licitude** da utilização da comunicação epistolar sem o consentimento do interlocutor, quando presente o interesse do destinatário, *in verbis*:

"Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.
Parágrafo único. **As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário"**.

Assim sendo, a análise da licitude ou não da gravação ambiental clandestina (sem a ciência do outro) deve ser realizada *casuisticamente*. Em linha de princípio, valerá como prova **lícita** a gravação clandestina (ambiental ou telefônica), **ainda que despida de autorização judicial,**[401] se realizada como (a) **meio de defesa;**[402] (b) **em razão de investida criminosa;**[403] (c) **se não há reserva da conversação**[404] (obrigação de guardar segredo); ou, ainda, (d) **quando não restar caracterizada violação de sigilo,**[405] não havendo de se cogitar uma suposta (e inexistente) violação do direito à privacidade nesses casos.

A própria **teoria do risco**, que se apresenta como uma das exceções às *exclusionary rules* (inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos), "pode ser invocada em relação às filmagens que são feitas como forma de segurança e não de investigação, como são os casos das câmeras instaladas em estabelecimentos bancários, supermercados e outros locais, até mesmo em casas residenciais ou quando, fortuitamente, um cinegrafista amador ou profissional flagra alguém na prática de crime em via pública".[406]

A respeito do tema, na recente decisão em que a 2.ª Turma do STF (AC 4036 Referendo-MC/DF) referendou a prisão cautelar do Senador Delcídio do Amaral, decretada pelo Min. Teori Zavascki, foi reconhecida a validade da gravação ambiental levada a efeito pelo filho de Nestor Cerveró, um dos alvos da afamada Operação Lava Jato. *In verbis*:

"Embora o art. 5.º, LVI, da Constituição desautorize o Estado a utilizar-se de provas obtidas por meios ilícitos, considerados aqueles que resultem de violação às normas de direito penal, a gravação de conversa feita por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais é considerada lícita, para os efeitos da aludida vedação constitucional, quando não esteja presente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. [...] A Turma asseverou que a conduta por parte do filho do candidato à delação premiada no sentido de gravar reuniões com o senador e demais participantes não revelaria violação à normativa constitucional. Portanto, não macularia os elementos de provas colhidos [...]".[407]

De outro modo, a gravação ambiental clandestina será maculada pela **ilicitude** quando realizada **com violação de confiança decorrente de relações interpessoais**[408] (amizade, casamento etc.) **ou**

**de relações profissionais**[409] (advogado e cliente, psiquiatra e paciente etc.). A ilicitude nesses casos decorre do malferimento pelo interceptador da privacidade alheia, tutelada constitucionalmente pelo art. 5.º, X, da CR/88.

Ademais, será considerada **ilícita** eventual gravação ambiental clandestina extraída de **conversa informal** (verdadeiro *interrogatório sub-reptício*) estabelecida entre agentes policiais e o indivíduo preso ou investigado/processado, sem que a este seja dada ciência da gravação e, sobretudo, do seu **direito constitucional de permanecer em silêncio** (CR/88, art. 5.º, LXIII).[410]

Nesse mesmo cenário (gravação ambiental clandestina de "conversa informal"), entretanto, se o sujeito prestar informações que **incriminem terceiras pessoas**, e não a ele próprio, há precedentes do STF entendendo pela **licitude**[411] da prova até porquanto o princípio do *nemo tenetur se detegere* "não aproveita a terceiros" (HC 69.818).

Sintetizando, anote-se que,

"em se tratando de procedimento investigatório relativo a crimes praticados por associações e organizações criminosas, havendo prévia e fundamentada autorização judicial, toda e qualquer gravação e interceptação ambiental será considerada prova lícita, nos exatos termos do art. 3.º, II, da Lei n.º 12.850/13. Se não houver prévia ordem escrita da autoridade judicial competente, a licitude da prova deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade.
Portanto, em face do disposto na Lei das Organizações Criminosas, admite-se a filmagem (registro de sinais óticos) e a gravação (registro de sinais acústicos) no interior de residência ou local íntimo, seja pela captação (a chamada escuta ambiental, realizada entre presentes), seja pela interceptação ambiental (realizada por um terceiro). Assim, desde que haja prévia e circunstanciada autorização judicial, os registros obtidos não constituem prova ilícita por violação ao direito à intimidade ou à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio".[412]

Por fim, importa consignar que (a) "o provimento que autoriza a interceptação tem natureza **cautelar**, visando a assegurar as provas pela fixação dos fatos, assim como se apresentam no momento da conversa. Por isso mesmo a operação só pode ser autorizada quando presentes os requisitos que justificam as medidas cautelares (*fumus boni juris* e *periculum in mora*)";[413] (b) a transcrição das gravações (**degravação**) não exige conhecimentos técnicos especializados, podendo perfeitamente ser realizada pelos próprios policiais que atuaram na investigação.[414]

## 4.3 Ação controlada

### *4.3.1 Introdução e conceitos (flagrante retardado, flagrante preparado e entrega vigiada)*

A ação controlada é prevista no art. 3.º, III, da Lei 12.850/2013 como um **meio [especial] de obtenção da prova**. Nada obstante isso, parte da doutrina entende que "a ação controlada, a rigor,

não é *meio*, mas, sim, *fonte probatória*, que origina provas testemunhais e documentais".[415]

Conforme o art. 8.º, *caput*, da Lei do Crime Organizado, a ação controlada consiste "em **retardar** a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações".

É o que ocorre, por exemplo, quando policiais monitoram um porto à espera da chegada de um considerável carregamento de cocaína por parte de uma organização criminosa, até que, em determinado momento, atraca um pequeno bote com dois dos integrantes (já conhecidos) portando um saco plástico transparente contendo um pó branco, a indicar ser cocaína. Em vez de efetuarem a prisão flagrancial dos sujeitos diante do delito aparente, postergam o ato, esperando que a "grande carga" seja desembarcada em um navio que se sabe virá dentro em breve. Em suma, evita-se a prisão em flagrante na ocasião da prática do delito, a fim de que, em momento posterior, possa ser efetuada com maior eficácia a prisão de todos os participantes da organização criminosa, bem como se permita a apreensão da droga em maior quantidade.[416]

Assim sendo, guardando a ação controlada relação com a investigação de **crimes cometidos por organização criminosa ou a ela vinculada**, esse *retardamento* das providências ordinárias revela-se como medida de grande relevância para o esclarecimento da estrutura da organização, de seu *modus operandi* (divisão de tarefas) e, bem assim, da identificação dos seus membros.

Demais disso, esse *retardamento* da ação policial faz com que a ação controlada seja igualmente chamada de **flagrante retardado** (**prorrogado**, **postergado**, **diferido** ou **esperado),**[417] que não se confunde com *flagrante provocado* ou *preparado*,[418] disciplinado pela Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal ("Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação").

Entretanto, insta sublinhar que a ação controlada não consiste apenas no ato de deixar momentaneamente de efetuar a prisão em flagrante, englobando, ainda, as hipóteses de "não se cumprir mandado de preventiva, não se cumprir mandado de prisão temporária, não se cumprir ordens de sequestro e apreensão de bens", tudo "para que o investigado tenha a falsa impressão de que ele está incólume, quando na realidade o Estado está monitorando todos os seus passos, exatamente para que a ação repressiva estatal venha em bloco contra seus comparsas, fornecedores, distribuidores etc.".[419]

A grande maioria da doutrina nacional inclina-se por denominar a ação controlada também de **entrega vigiada** ou **entrega controlada,**[420] técnica esta definida pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) – promulgada internamente pelo Decreto Presidencial 5.015/2004 –, em seu art. 2.º, "i", como a que "consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles

entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática".

Doutrinariamente, essa modalidade especial de ação controlada subdivide-se em três subespécies, a saber:

**a) Entrega vigiada limpa (ou com substituição)**: as remessas ilícitas são trocadas antes de serem entregues ao destinatário final por outro produto qualquer, um simulacro, afastando-se o risco de extravio da mercadoria;

**b) Entrega vigiada suja (ou com acompanhamento)**: a encomenda segue seu itinerário sem alteração do conteúdo. Portanto, a remessa ilícita segue seu curso normal sob monitoramento, chegando ao destino sem substituição do conteúdo. À evidência, como não há substituição da mercadoria, essa espécie de entrega vigiada demanda redobrado monitoramento, exatamente para atenuar o risco de perda ou extravio de objetos ilícitos.[421]

**c) Entrega vigiada interdição:** trata-se de espécie *sui generis* de entrega vigiada, porquanto nesse caso "a entrega da remessa ilícita ao seu destino é interrompida com a apreensão desta, porém, desde que atingidos seus objetivos de desmantelamento da quadrilha e identificação dos envolvidos".[422] Esta modalidade encontra previsão no art. 20, item 4, da Convenção de Palermo.[423]

A ação controlada também encontra previsão na Lei de Drogas (art. 53, II e parágrafo único),[424] na Lei de Terrorismo e na Lei do Tráfico de Pessoas – de forma remetida – (art. 16 da Lei 13.260/2016[425] e art. 9.º da Lei 13.344/2016[426]) e, para alguns, na Lei de Lavagem de Dinheiro (art. 4.º-B da Lei 9.613/1998).[427] Aliás, o instituto já era previsto na revogada Lei 9.034/1995, em seu art. 2.º, II.[428] Contudo, **apenas com a edição da Lei 12.850/2013** a ação controlada foi brindada com a **regulamentação procedimental** mais precisa, que ousou ultrapassar os vagos lindes da definição legal e o arremedo de sistematização verificado na revogada lei das organizações criminosas e na Lei de Drogas, respectivamente. Justamente por isso, parece-nos que, em qualquer caso, convém seja **aplicada a *sistemática*** (fixação de limites, sigilo, elaboração do auto circunstanciado etc.) inaugurada pela LCO, nos seus arts. 8.º a 9.º.

Destarte, é forte a compreensão de que "a disciplina da *ação controlada* constante da Lei n.º 12.850, de 2013, derrogou *tacitamente* a previsão da ação controlada constante da Lei de Drogas, porque, sendo mais abrangente, tratou por completo desse instituto, devendo ser aplicada também nas hipóteses de tráfico de drogas, inclusive sua forma procedimental, sempre e quando o crime de tráfico seja praticado por organizações criminosas".[429]

De toda sorte, só há espaço para o postergamento da intervenção policial ou administrativa quando haja previsão legal para tanto, exatamente por constituir esse *não fazer momentâneo* uma **exceção** ao art. 301 do Código de Processo Penal. Todavia, nada obsta que, na práxis policial,

"o agente animado pela astúcia e perspicácia, eleja o momento mais adequado para agir. Ninguém afirmará, decerto, que o policial que aguardou o larápio deixar o supermercado com os bens furtados, ao invés de prendê-lo ainda no interior do estabelecimento comercial, teria praticado uma ação controlada. Tal conduta, com efeito, **não se trata de uma ação controlada propriamente dita**, com todos os requisitos elencados na lei em exame, senão uma mera e corriqueira diligência policial, inerente às atividades que lhe são próprias".[430]

### *4.3.2 Exceção à regra do dever de prender em flagrante*

Dispõe o art. 301 do Código de Processo Penal que "qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes *deverão prender* quem quer que seja encontrado em flagrante delito".

A rigor, o descumprimento pelas autoridades policiais quanto ao dever de levar a cabo uma prisão em flagrante pode constituir o delito de prevaricação (art. 319 do CP). Entretanto, a partir da previsão normativa do instituto da ação controlada, abre-se uma verdadeira **exceção** à regra geral do *dever de prender em flagrante* que esvazia a tipicidade da postura omissiva (de retardar a intervenção), por faltar, no ponto, o especial fim de agir consistente na satisfação do "interesse ou sentimento pessoal".[431]

Solução diversa ocorrerá, obviamente, "se a ação se frustrou em virtude da vontade livre e consciente dos policiais em não prender os criminosos, quando poderiam fazê-lo e não havia indicação para o retardamento do flagrante. Nesta última hipótese, [os servidores] serão apenados com as sanções criminais e administrativas cabíveis à espécie".[432]

### *4.3.3 Retardamento da intervenção policial ou administrativa*

Como já consignado, a ação controlada consiste "em retardar a **intervenção policial** ou **administrativa** relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações" (LCO, art. 8.º, *caput*).

A expressão *retardar a intervenção policial* não deve causar maior estranheza, pois revela exatamente em que ela consiste: na postergação da autuação em flagrante ou da execução de outras providências cautelares. Noutro vértice, ao se valer da locução *retardar a intervenção administrativa*, estaria a lei reconhecendo taxativamente os poderes investigatórios de outras instituições? Ou, de outro modo, qual seria o sentido correto da expressão *retardar a intervenção administrativa*?

Não há consenso na doutrina sobre as indagações anteriores, como se verá a seguir:

**1.ª corrente:** Eugênio Pacelli de Oliveira[433] ressalta "que, fora do âmbito policial, as autoridades administrativas que presidem investigações fazem-no no exercício do respectivo poder de polícia e não para a apuração de ilicitudes exclusivamente penais, tal como ocorre nas hipóteses

de procedimentos fiscais, tributários, nas ações do Banco Central, dos Tribunais de Contas etc.". Nesse embalo, Pacelli ressalta ainda os poderes investigatórios diretos das Comissões Parlamentares de Inquérito e do próprio Ministério Público. No entanto, para ele, a "norma contida no art. 8.º da Lei n.º 12.850/13 destina-se ou deve destinar-se exclusivamente à autoridade policial, única apta e devidamente estruturada para a investigação das organizações criminosas, consoante, aliás, se atesta pela interpretação mais sistemática da lei objeto dessas considerações. **A expressão intervenção administrativa contida no mencionado dispositivo legal, art. 8.º, parece-nos mais um excesso legislativo que qualquer outra coisa**".

**2.ª corrente:** preconiza que "**a menção à intervenção policial** *ou administrativa* **visa abranger todas as hipóteses de investigação que hoje tem lugar no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive a investigação levada a cabo pelo Ministério Público**. A nova lei reconhece implicitamente os poderes de investigação do Ministério Público e de outros órgãos administrativos. Não seria, de outro modo, explicável a menção à intervenção *administrativa*, se não fosse pela admissão da ação controlada em outros âmbitos investigatórios que não necessariamente o policial, aí compreendidos tanto a investigação pelo Ministério Público [...] quanto as realizadas pelas autoridades administrativas que presidem investigações de procedimentos fiscais, tributários etc., inclusive as Comissões Parlamentares de Inquérito, por força do disposto no art. 58, § 3.º, da Constituição da República".[434]

Em nossa leitura, o entendimento defendido pela segunda corrente é o mais adequado. Portanto, parece-nos ter sido expressamente admitida a possibilidade de o Ministério Público *requerer* (ou *comunicar*, conforme o entendimento que se adote) ao juízo competente a ação controlada, nos procedimentos de investigação criminal conduzidos diretamente pelo *Parquet*.

### *4.3.4 Requisitos mínimos*

Para o regular desenvolvimento da ação controlada, infere-se do disciplinamento da Lei do Crime Organizado a observância de **cinco requisitos mínimos**: **a)** que a medida vise a investigação de ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada; **b)** que a(s) ação da organização criminosa investigada sejam mantida sob observação e acompanhamento (vigilância perene); **c)** que essa vigilância perene tenha por escopo viabilizar que a intervenção policial ou administrativa se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações; **d)** que o retardamento da intervenção policial ou administrativa seja previamente comunicado ao juiz competente; **e)** que haja sempre (em nosso entendimento) controle pelo Ministério Público e fixação de limites pelo magistrado.

### *4.3.5 A autorização judicial é (des)necessária?*

A revogada redação do art. 2.º, II, da Lei 9.034/1995 **não** previa a *autorização judicial* como condicionante da ação controlada, situação que era chancelada pela jurisprudência[435] e muito criticada pela doutrina, que chegou a rotular o instituto de "**ação controlada descontrolada**" (por ficar simplesmente ao alvedrio da polícia, sem controle ministerial ou judicial).

Por sua vez, a ação controlada prevista na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006, art. 53, II) reclama manifestação do Ministério Público e **autorização judicial**, exatamente na mesma esteira do que disciplina o art. 4.º-B da Lei 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro).

Por seu turno, a Lei 12.850/2013, em seu art. 8.º, § 1.º, expressamente impôs que "o retardamento da intervenção policial ou administrativa **será previamente comunicado** ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público". Igual regramento aplica-se aos crimes previstos na Lei de Terrorismo (Lei 13.260/2016, art. 16) e ao tráfico de pessoas (Lei 13.344/2016, art. 9.º).

Para melhor visualização do cenário legislativo, veja-se o quadro a seguir:

| **AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A AÇÃO CONTROLADA** | |
|---|---|
| Lei 9.034/1995 (revogada) | Não exigia autorização judicial |
| Lei 11.343/2006 | Exige autorização judicial |
| Lei 9.613/1998 | Exige autorização judicial |
| Lei 12.850/2013 | Exige prévia comunicação ao juízo |
| Lei 13.260/2016 | Exige prévia comunicação ao juízo |
| Lei 13.344/2016 | Exige prévia comunicação ao juízo |

Sem embargo da taxatividade do texto legal, paira divergência na doutrina acerca da necessidade ou não de autorização judicial para se levar a cabo uma ação controlada com esteio na Lei 12.850/2013. É dizer: para um setor da doutrina, a prévia comunicação ao juízo deve ser entendida como requerimento; para outros, a comunicação não deve passar de mera informação oficial. Vejamos:

**1.ª corrente:** Para Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, "a comunicação ao juízo mencionada no § 1.º, definitivamente, **não pode ser interpretada como mera notícia de que se está procedendo através de uma ação controlada, mas sim de um pleito de autorização** para assim agir, tanto que faculta ao juiz impor-lhe limites. [...] A exigência de prévia apreciação ministerial e judicial, já exigida antes para o caso de *entrega vigiada* da Lei n.º 11.343/2006, não configura mera burocratização da medida investigatória, mas, pelo contrário, significa, isso sim, o controle de

possíveis abusos contra garantias individuais. Não é possível em um Estado democrático de direito transigir com a exigência deste controle, sob pena de transformar o próprio Estado em um Estado de Polícia. A *desburocratização* deve consistir na agilização do trâmite da medida, permitindo ao agente policial que está em ação, em pleno monitoramento, efetuar o pedido por via cibernética ao juízo de plantão e este, ouvido imediatamente o agente do Ministério Público de plantão, autorize, também *on line*, a realização da medida. O uso da tecnologia tem avançado muito e deve ser empregado no sentido da agilização da prestação jurisdicional".[436]

**2.ª corrente (majoritária):** Renato Brasileiro de Lima entende que, "até mesmo por uma questão de lógica, se o dispositivo legal prevê que o retardamento da intervenção policial ou administrativa será apenas comunicado previamente ao juiz competente, **forçoso é concluir que sua execução independe de autorização judicial**. De mais a mais, quando a Lei n.º 12.850/13 exige autorização judicial para a execução de determinada técnica especial de investigação, o legislador o fez expressamente. Nesse sentido, basta atentar para o quanto disposto no art. 10, *caput,* que faz menção expressa à necessidade de prévia, circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial para fins de infiltração de agentes. Se, ao cuidar da infiltração policial, o legislador mencionou expressamente a necessidade de prévia autorização judicial, limitando-se, todavia, ao tratar da ação controlada, a fazer menção apenas à necessidade de prévia comunicação, parece ficar evidente que a Lei n.º 12.850/13 quis dispensar tratamento diverso aos dois institutos". Ademais, "**a eficácia da ação controlada pode ser colocada em risco se houver necessidade de prévia autorização judicial**, haja vista a demora inerente à tramitação desses procedimentos perante o Poder Judiciário".[437]

Ressalve-se, entretanto, que para os crimes previstos na Lei de Drogas e na Lei de Lavagem de Dinheiro, e que não tenham sido cometidos no contexto da criminalidade organizada, a ação controlada deve ser lastreada em autorização judicial.

### *4.3.6 Fixação de limites à ação controlada e controle ministerial*

O art. 8.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013, para além de exigir a prévia comunicação ao juízo competente para que se possa legitimar o retardamento da intervenção policial ou administrativa, estabelece que, "se for o caso", o magistrado **estabelecerá os seus limites** e **comunicará ao Ministério Público**.[438]

Sem embargo do uso pela lei da expressão "se for o caso", entendemos de todo conveniente o **impositivo controle ministerial** da ação controlada, por ser o *Parquet* o "**verdadeiro destinatário das diligências executadas**", como bem ressaltado pelo saudoso Min. Teori Zavascki

"não cabe ao Supremo Tribunal Federal interferir na formação da *opinio delicti*. É de sua atribuição, na fase investigatória, controlar a legitimidade dos atos e procedimentos de coleta de provas,

autorizando ou não as medidas persecutórias submetidas à reserva de jurisdição, como, por exemplo, as que importam restrição a certos direitos constitucionais fundamentais, como o da inviolabilidade de moradia (CF, art. 5.º, XI) e das comunicações telefônicas (CF, art. 5.º, XII). Todavia, o modo como se desdobra a investigação e o juízo sobre a conveniência, a oportunidade ou a necessidade de diligências tendentes à convicção acusatória são **atribuições exclusivas** do Procurador-Geral da República (Inq 2.913-AgR, Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 21.06.2012), mesmo porque o Ministério Público, na condição de titular da ação penal, é o 'verdadeiro destinatário das diligências executadas' (Rcl 17.649 MC, Min. Celso de Mello, DJe de 30.05.2014)".[439]

Assim sendo, será o Ministério Público – *dominus litis* – quem "deverá ter a palavra final acerca do momento ideal para que a medida se concretize".[440]

De igual modo, cremos ser inafastável a fixação de **limites** pelo magistrado, a fim de que a *prévia comunicação* exigida literalmente não se torne apenas uma rotina burocrática despida de sentido e conteúdo. Esses limites podem ser de duas ordens, a saber:

**a) limites temporais:** parece lógico que a ação controlada não possa perdurar indefinidamente. Há de se delimitar um prazo máximo dentro do qual se possa legitimamente retardar a intervenção policial ou administrativa. Contudo, ao contrário do que fez quando disciplinou a infiltração de agentes, o legislador ordinário não fixou o termo *ad quem* da ação controlada. Assim, entendemos razoável a utilização, por analogia, do art. 10, § 3.º, da LCO (destinado a regular a infiltração de agentes) de maneira a se estabelecer como prazo-limite o lapso "de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade".[441]

**b) limites funcionais (materiais):** referem-se à necessidade de pronta intervenção da autoridade policial em situações de risco a bens jurídicos de maior relevo. Assim, se expostos a risco concreto a integridade física das pessoas e até mesmo seus bens, a ação controlada deve ser suspensa impondo-se a atuação policial.

Obviamente poderá o magistrado ir além dos mencionados *limites* e **desautorizar** (antes de iniciar) ou **mandar cessar** (após iniciada) a medida, sempre que os requisitos mínimos exigidos pela lei não forem atendidos (*v.g.*, poderá ser obstada uma pretendida ação controlada quando esta não disser respeito aos delitos com ela compatíveis) ou na eventualidade de alguma ilegalidade, respectivamente.

### *4.3.7 Sigilo da medida*

Preconiza § 2.º do art. 8.º que "a comunicação será **sigilosamente distribuída** de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada". Por certo, o dispositivo se reporta a *comunicação prévia* (do § 1.º) a ser feita ao juízo competente.

Tendo em conta a natureza sensível da medida, nada mais natural que a distribuição da comunicação prévia se dê de forma sigilosa. Seria mesmo de estranhar que, almejando-se uma

intervenção (postergada) que viesse a se operar "no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações", pudesse haver uma tramitação normal do expediente pelos âmbitos forenses, sem preocupação com a sigilosidade que lhe é intrínseca. Não custa dizer que qualquer vazamento de informação pode colocar em risco o sucesso da ação controlada e inviabilizar a obtenção das provas pretendidas.

Assim sendo, a comunicação será feita de forma confidencial, de maneira a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada. Ao juiz, por óbvio, deverão ser apresentados os dados fáticos, os fundamentos da medida e os nomes de pessoas que possam ser incluídas na vigilância postergada.

De fato, feita distribuição da comunicação e fixados os limites da ação controlada, "até o encerramento da diligência, o **acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia**, como forma de garantir o êxito das investigações" (§ 3.º do art. 8.º). Portanto, funcionários de cartórios estão expressamente excluídos do acesso a esses autos.

A preocupação do legislador com a manutenção do sigilo dessa técnica investigativa foi tanta que, por meio do art. 20 da Lei 12.850/2013, **criminalizou-se** a conduta de "descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes".

### *4.3.8 Término da diligência e elaboração do auto circunstanciado*

Ao término da diligência, o responsável pela ação controlada deverá elaborar **auto circunstanciado** acerca do retardamento da intervenção policial ou administrativa (§ 4.º do art. 8.º).

Nesse documento serão expostas com riqueza de detalhes todas as ações levadas a cabo (*v.g.* , campana, filmagens, fotografias etc.), a fim de que se possam cotejar os ganhos advindos da ação controlada. Ademais, entendemos de bom alvitre que se faça constar do auto circunstanciado uma via do auto de prisão em flagrante (retardado) do suspeito cuja intervenção policial foi postergada em prol da eficácia da investigação.

### *4.3.9 Consequências da frustração da medida*

Em razão da ação controlada é possível que a situação flagrancial existente quando da efetivação da medida se dissipe. Se isso ocorrer, remanescerá alguma responsabilização para a autoridade policial que optou por retardar a intervenção policial? E qual será a consequência para o investigado?

Tendo a ação controlada sido comunicada ao juízo competente e os responsáveis por sua execução seguido à risca os limites judicialmente fixados, e, ainda, tendo as ações da organização criminosa investigada permanecido sob perenes observação e acompanhamento, nenhuma consequência penal ou administrativa poderá pesar contra a autoridade policial. A ação controlada

estará, portanto, coberta pela atipicidade conglobante ou mesmo "pelo estrito cumprimento do dever legal, restando afastada a pretensão de ilicitude pela permissão forte de uma causa legal de justificação".[442]

No que importa ao autor do crime, dissipada a situação de flagrante durante a ação controlada, a autoridade policial de forma alguma poderá realizar a *prisão em flagrante* pelo ato pretérito que foi tolerado visando à eficácia da investigação. Assim, mesmo com a comunicação ao juízo competente do retardamento da intervenção policial, não forma a autoridade policial uma "carta de crédito" a ponto de poder prender em flagrante o alvo da ação controlada a qualquer tempo, ainda que não mais esteja em flagrante delito.

Destarte, como em nosso sistema constitucional ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (CR/88, art. 5.º, LXI), "a prisão a ser efetuada nesse momento posterior estará condicionada à verificação de situação de flagrância (*v.g.* , a localização da carga roubada com os receptadores autoriza a prisão em flagrante por se tratar, a receptação, de crime permanente), ou à decretação prévia de eventual prisão preventiva e/ou temporária".[443]

Ainda que desapareça a situação flagrancial, tendo havido a consumação do crime então mantido sob vigilância, a autoridade responsável pela ação controlada deverá proceder normalmente à coleta dos elementos de prova que futuramente darão sustentação à ação penal, devendo tudo ser registrado em auto circunstanciado (LCO, art. 8.º, § 4.º).

### *4.3.10 Transposição de fronteiras*

O art. 9.º da Lei do Crime Organizado preconiza que: "se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime".

O dispositivo legal impõe a cooperação do país que figurar no *iter criminis*,

"não apenas pelos motivos ali mencionados (risco de fuga do agente e de extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime), mas também em virtude de que, para a transposição de fronteiras e ingresso em outros países, há uma série de trâmites de cunho burocrático a serem cumpridos, além da observância de tratados bilaterais que cuidam da matéria.[444] Não é dado, por exemplo, a uma equipe de policiais que, prorrogando sua diligência, ingressem no Paraguai sem o conhecimento das autoridades daquela nação vizinha ou, pelo menos, sem a colaboração de agentes locais, como exige o dispositivo, tudo sob pena, inclusive, de ferir a soberania daquele país".[445]

### *4.3.11 Ação controlada conjugada com outros meios de investigação*

Conquanto a ação controlada seja um meio especial de investigação autônomo (LCO, art. 3.º, III), visando a obtenção de maior eficiência na formação do arcabouço probatório, não raramente outras medidas poderão a ela se somar. Assim, é possível que durante o *postergamento do flagrante* seja conveniente a adoção de outras medidas, tais como as captações ambientais, a interceptação de comunicações telefônicas, a infiltração de agentes, a quebra dos sigilos bancário e fiscal etc.

Nesses casos de **conjugação** de meios especiais de obtenção da prova,

"em relação a medidas que atinjam os direitos e garantias individuais, previstas nos dispositivos do artigo 5.º da CF, parece evidente que deverão ser requeridas ao juízo, separadamente ou juntamente com o próprio requerimento da ação controlada, fundamentando-se cada uma delas [...]. Já em relação às campanas, com binóculos, câmeras filmadoras ou fotográficas em locais públicos, não há necessidade de requerimento judicial, já que ninguém pode pretender se manter em situação privada (íntima), protegida pela CF, em locais públicos".[446]

Fundamental, portanto, é notar que a comunicação ao juízo (ou requerimento, conforme o entendimento que se adote) da ação controlada não dá ao investigador carta branca para levar adiante, de forma automática, todos os demais meios especiais de obtenção da prova previstos na Lei do Crime Organizado. Quando o caso exigir decisão judicial (reserva de jurisdição),[447] esta haverá de ser legitimamente pleiteada sob pena de ilicitude.

## 4.4 Acesso a dados cadastrais

O quarto meio especial de obtenção de prova previsto na Lei do Crime Organizado diz respeito ao "acesso [...] a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais" (art. 3.º, IV).

O acesso a esses dados ganha concretude no art. 15 da Lei 12.850/2013 que, de forma semelhante aos arts. 17-B da Lei 9.613/1998[448] e 13-A do Código de Processo Penal[449] (inserido no CPP pela Lei 13.344/2016, art. 11), disciplina o poder requisitório dos membros do Ministério Público e do delegado de polícia, independentemente de autorização judicial, nos seguintes moldes:

"O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, **independentemente de autorização judicial**, **apenas aos dados cadastrais** do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras,[450] provedores de internet e administradoras de cartão de crédito".[451]

Por seu turno, o art. 16 da mesma lei prevê que "as empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, **acesso direto** e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registro de viagens".

Em verdade, não se pode dizer que os dispositivos supracitados sejam pioneiros em nosso

ordenamento jurídico. Além do citado art. 17-B da Lei de Lavagem de Dinheiro, no que importa ao Ministério Público da União, a Lei Complementar 75/1993 (art. 8.º, II e VIII e § 2.º),[452] extensiva aos Ministérios Públicos estaduais por força do art. 80 da Lei 8.625/1993[453] e do princípio constitucional da unidade, já era taxativa ao permitir a requisição direta de informações dessa ordem.

Portanto, resulta desse plexo normativo que o poder requisitório direto – independentemente de autorização judicial – alcança **(a)** os dados cadastrais referentes à qualificação pessoal (nome, número de RG e CPF, estado civil, naturalidade, profissão, número de telefone, endereços etc.) mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito (art. 15); e **(b)** os bancos de dados de reservas (nome do passageiro, hotel de hospedagem etc.) e registro de viagens mantidos pelas empresas de transporte (aéreo, terrestre ou marítimo) de passageiros ou cargas, que deverão ficar disponíveis pelo prazo de cinco anos.[454]

Esse acesso direto aos dados cadastrais é amplamente aceito pela doutrina, que, de forma geral, reconhece a sua **constitucionalidade**. Isso porque

"os dados a que o legislador fez menção (qualificação pessoal, a filiação e o endereço) não estão inseridos na intimidade da vida privada do cidadão. Não são dados que interferem ou revelam a intimidade de uma pessoa. As informações referentes ao nome, estado civil, nacionalidade, nome do pai e da mãe e o endereço não denotam intimidade da pessoa, algo que não possa ser revelado à Autoridade Policial ou ao Ministério Público. [...] Assim, pensamos que o dispositivo é constitucional e não viola o princípio da reserva da intimidade da vida privada do indivíduo investigado [...]".[455]

Há que ficar claro, pois, que a normativa em tela harmoniza-se com a Constituição da República, porquanto, como bem ressalta Vladimir Aras,

"**a requisição direta de dados cadastrais de telefonia não se confunde com a interceptação de comunicações telefônicas**, medida de investigação criminal regulada na Lei 9.296/96, para a qual o artigo 5.º, inciso XII, da Constituição acertadamente exige autorização judicial. **Tampouco se confunde com a quebra de sigilo bancário**, prevista na Lei Complementar 105/2001, segredo cujo afastamento revela a vida financeira do investigado e pode sugerir outros elementos de sua personalidade.
Os dados cadastrais não estão protegidos pelo direito à intimidade (art. 5.º, X, CF), que sequer exige autorização judicial para sua flexibilização, diferentemente do que ocorre no inciso XI (busca domiciliar), inciso XII (interceptação) e inciso LXI (decreto de prisão) do mesmo artigo. Dizendo de outro modo, não há cláusula de reserva de jurisdição para o direito à intimidade".[456]

Esse entendimento também encontra ressonância na jurisprudência, tendo-se pacificado a ideia segundo a qual "a decisão que autoriza a quebra dos **dados cadastrais de certa linha telefônica**,

com o fito de saber quem é seu titular, não importa quebra do sigilo das telecomunicações".[457] Entretanto, entendemos que esses dados cadastrais "não podem fazer referência à data de início e fim de utilização da linha telefônica, números para os quais foram efetuadas (ou recebidas) ligações, data, hora e tempo da duração das ligações feitas e recebidas",[458] havendo nesses casos verdadeira reserva de jurisdição.

Deve-se tomar cuidado quanto ao conteúdo da requisição direta às **instituições financeiras**, sob pena de se violar indevidamente o sigilo bancário do sujeito. Assim, a própria Lei Complementar 105/2001 é precisa ao prever que "não constitui violação do dever de sigilo: I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais" (art. 1.º, § 3.º, I).

De outra banda, devem ser excluídas do âmbito das requisições diretas, reclamando assim autorização judicial, as "operações financeiras" (art. 5.º, § 1.º, da LC 105/2001) assim consideradas pela lei, tais como as informações relativas a operações com cartão de crédito; aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável; aplicações em fundos de investimentos; resgates em contas de depósitos etc.

Em síntese, quanto às requisições diretas às instituições financeiras, as informações devem se restringir, exclusivamente, aos dados cadastrais. Desse modo, pode o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia, na instrução de procedimentos investigatórios, "determinar que o banco informe o nome completo de um correntista, mas seria abusiva a pretensão no sentido de que extratos bancários da conta-corrente do investigado lhe fossem enviados".[459]

A requisição de dados aos **provedores de internet** também encontra eco na recente Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, que prevê como viável o acesso pelas autoridades que detenham poder de requisição aos dados de qualificação pessoal, filiação e endereço que permitam a identificação do usuário (art. 10, §§ 1.º e 3.º). Corretamente, o legislador cuidou de explicitar que "o conteúdo das comunicações privadas **somente** poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial" (art. 10, § 2.º), de modo a se estabelecer uma verdadeira "inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial" (art. 7.º, II).

Reforça-se, uma vez mais, a diferença entre dados cadastrais e fluxo de comunicações, de modo que "a simples titularidade e o endereço do computador do qual partiu o escrito criminoso não estão resguardados pelo sigilo de que cuida o inciso XII do artigo 5.º da Constituição da República, nem tampouco pelo direito à intimidade prescrito no inciso X, que não é absoluto".[460]

Convém noticiar que a Associação Nacional das Operadoras Celulares ingressou no Supremo Tribunal Federal com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.063/DF, arguindo a *inconstitucionalidade formal* dos arts. 15 e 17 da Lei 12.850/2013, por violação ao art. 129, VI, da Constituição da República, uma vez que a requisição de informações e documentos pelo Ministério Público deve ser regulamentada por lei complementar; a *inconstitucionalidade material* dos

dispositivos por ofensa ao direito fundamental à privacidade (CR/88, art. 5.º, X), pois permitiriam "acesso indiscriminado a dados cadastrais, independentemente de autorização judicial"; e a *inconstitucionalidade por arrastamento* do art. 21, que tipifica como crime a recusa ou a omissão de dados requisitados, sob o argumento de incompatibilidade com a Constituição, por violar o princípio da proibição do excesso.[461]

Por último, duas observações sobre o art. 15 devem ser colocadas em evidência.

A uma, conquanto o art. 15 tenha admitido a requisição para acesso aos dados cadastrais *do investigado*, entendemos que a mesma providência poderá ser tomada contra *o réu*. É que, ao proteger o poder requisitório, o legislador previu como crime (LCO, art. 21) as condutas de recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, "**no curso de investigação ou do processo**". Obviamente a requisição do delegado de polícia deverá ficar presa aos estritos lindes da investigação. Ao contrário, o membro do Ministério Público poderá lançar mão dessa atribuição em qualquer fase da persecução penal.

A duas, muito embora inserido na Lei 12.850/2013, o comando do dispositivo em alusão parece-nos extensivo à investigação de qualquer espécie de crime, não fazendo sentido sua aplicação restritiva ao campo das organizações criminosas.

## 4.5 Acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas

A primeira parte do inciso IV do art. 3.º da Lei do Crime Organizado prevê o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas[462] como meio especial de obtenção da prova.

Por registros telefônicos há de se entender os *extratos das chamadas* efetuadas e recebidas, com informações sobre os *números* de telefones que mantiveram contato com a linha-alvo da investigação, *data, hora* e *tempo da duração* das chamadas (**quebra do sigilo de dados telefônicos**). **Exclui-se** desse conceito, portanto, o acesso às comunicações telefônicas em si, ao conteúdo do diálogo entre os interlocutores (**interceptação das comunicações telefônicas**).[463]

Com efeito, pelo disposto no art. 17 da Lei 12.850/2013, "as concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais".

De início, chama a atenção o fato de a lei ter exigido a manutenção, pelo prazo de cinco anos, apenas dos registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas, omitindo-se quanto às comunicações telemáticas (por exemplo, *e-mail*). Em razão disso, para um setor doutrinário, o prazo de cinco anos também deve se estender às comunicações telemáticas:

"[...] é que, a despeito desta omissão pontual, o art. 3.º, inc. IV, da lei em exame, prevê como meio de obtenção da prova, o 'acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas'. A análise não apenas isolada deste dispositivo, mas em consonância e de forma sistemática com o disposto no art. 3.º, inc. IV, autoriza a conclusão que o acesso direto é possível também aos registros informáticos".[464]

Entretanto, ao menos no que importa à *guarda de registros de conexão* e à *guarda de registros de acesso a aplicações de internet*, a recente Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), nas cabeças dos arts. 13 e 15, estabeleceu prazos específicos para a manutenção desses registros, sendo um ano no primeiro caso e seis meses no segundo, admitindo-se, contudo, requerimento cautelar para a dilatação desses períodos (arts. 13, § 2.º, e 15, § 2.º).

De outra banda, especialmente em razão da locução "à disposição das autoridades mencionadas no art. 15", que parece dar a entender uma possibilidade de requisição direta de *dados telefônicos*, o art. 17 da Lei n.º 12.850/2013 tem suscitado intenso debate doutrinário, havendo três entendimentos sobre a sua (in)constitucionalidade:

**1.ª corrente:** o art. 17 é inconstitucional. Para Eugênio Pacelli de Oliveira, a regra em exame "avança sobre o sigilo de registros telefônicos pelo período dos últimos 5 (cinco) anos. Com efeito, aí já não se trata mais de informações acerca do nome, da qualificação e do endereço do investigado, mas de dados essencialmente conectados com o exercício da intimidade e da privacidade. Impõe-se a necessidade de autorização judicial, como desdobramento das comunicações dessa natureza (art. 5.º, XII, da CF)".[465]

No mesmo caminho, mas de forma bem mais incisiva, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato lecionam que:

"[...] o art. 17 é – usando expressão do Ministro Marco Aurélio – *desenganadamente* inconstitucional, infringindo o disposto no inciso XII do art. 5.º da Constituição Federal, *violando o sigilo das comunicações telefônicas*, ao determinar que as concessionárias de telefonia mantenham, por cinco anos, os 'registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais'. Ora, com esses dados, polícia e Ministério Público violam o sigilo das comunicações telefônicas, sem autorização judicial. Só faltou autorizar o fornecimento dos nomes dos interlocutores e o conteúdo dos diálogos; aliás, nem foi preciso, pois com todos esses dados identificam-se com absoluta facilidade os interlocutores.
Enfim, para não nos alongarmos em algo tão claro, trata-se de dispositivo legal *flagrantemente inconstitucional*. Mais: sutilmente o texto legal evitou mencionar expressamente 'delegado de polícia e Ministério Público' e, para não chamar a atenção, substituiu essa locução por 'autoridades mencionadas no art. 15'. Essas autoridades mencionadas no art. 15 receberam lá, nesse dispositivo, o direito de acessar somente os 'dados cadastrais do investigado que informem *exclusivamente* a qualificação pessoal, a filiação e o endereço'. Só! No entanto, a previsão do art. 17 autoriza que referidas autoridades repressoras quebrem o sigilo telefônico, *sem autorização judicial*, em

flagrante *inconstitucionalidade*".[466]

**2.ª corrente:** o art. 17 é constitucional, extraindo-se de sua redação a interpretação segundo a qual seria possível a requisição direta – desprovida de autorização judicial – de extratos das chamadas telefônicas. Para Marcelo Batlouni Mendroni, "os números pesquisados – *números dos terminais de origem e de destino das ligações* –, também se incluem em dados cadastrais, já que não atingem o sigilo do teor das conversas, que são, esses sim, por princípio, da intimidade da pessoa física. A mera chamada para outros números é apenas indício ou um elemento de prova, que pode se converter em parte de um contexto probatório (sentido amplo)".[467]

Na mesma trilha, José Paulo Baltazar Junior assevera que, "para além da informação sobre os dados cadastrais, determinada pelo art. 15, as empresas de telefonia estão obrigadas a fornecer também, independentemente de autorização judicial, as relações de chamadas dos últimos cinco anos. [...] o que seria compatível com a redação que determina estarem as informações à disposição das autoridades mencionadas no art. 15".[468]

**3.ª corrente:** o art. 17 é constitucional, entretanto deve-se conferir a ele uma interpretação conforme a Constituição. Assim,

"**se o dispositivo for interpretado** no sentido de que o Delegado de Polícia e o Ministério Público poderão ter acesso aos registros de identificação das ligações telefônicas do investigado independentemente de prévia autorização judicial, outro caminho não há senão o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo, porquanto tais informações fazem parte da vida privada e da intimidade das pessoas.
**No entanto, não parece ser esta a melhor interpretação a ser feita do art. 17**. Explica-se: quando o dispositivo diz que as concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição do Delegado de Polícia e do Ministério Público, os registros de identificação das ligações telefônicas, fica a impressão de que este acesso poderia ocorrer independentemente de prévia autorização judicial. Todavia, fosse esta a intenção do legislador, o acesso ao registro das ligações telefônicas independentemente de prévia autorização judicial já teria sido inserido no bojo do art. 15, sem que houvesse a necessidade de tratar da matéria em outro dispositivo legal.
Por isso, buscando uma **interpretação conforme à Constituição**, preferimos concluir que o art. 17 é perfeitamente constitucional, conquanto o acesso a tais informações seja feito com prévia autorização judicial. Trata-se, na verdade, de norma direcionada às concessionárias de telefonia fixa ou móvel, que, doravante, são obrigadas a preservar os registros de identificação das ligações telefônicas pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, permitindo a utilização dessas informações pela Polícia e pelo Ministério Público, desde que mediante prévia autorização judicial".[469]

Estamos com a terceira corrente por todos os seus fundamentos, aos quais adicionamos um derradeiro: bem lido o art. 17, há de se perceber que ele não repetiu as expressões "acesso independentemente de autorização judicial" e "acesso direto", presentes nos arts. 15 e 16,

respectivamente. Assim, também em razão da falta de previsão legal, negamos a possibilidade de (quebra de sigilo de dados telefônicos) acesso sem autorização judicial pelos membros do Ministério Público e delegados de polícia aos extratos telefônicos (e telemáticos) das ligações efetuadas e recebidas pelo investigado/réu.[470] *Ad argumentandum tantum*, se a lei houvesse permitido o acesso direto nesse caso, a norma haveria de ser declarada inconstitucional.

Demais disso, a natureza cautelar da medida de quebra de sigilo de dados telefônicos, a **exigir fundamentada decisão judicial,**[471] tem sido reconhecida pela justiça, *in verbis*:

"[…] *In casu*, **o magistrado**, em cumprimento do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, **motivou a quebra do sigilo de dados**, com base na intensa utilização de certo terminal telefônico, havendo a franca possibilidade de se desvendar, com base em dados cadastrais oriundos dos registros de companhia telefônica, a autoria de um quarto agente no concerto delitivo. [...]".[472]
"5. Não se vislumbra nenhuma ilegalidade no ponto em que foi **decretada a quebra do sigilo dos dados telefônicos** do paciente, quando verificado que esta foi **autorizada judicialmente**, de maneira que são lícitas todas as provas produzidas a partir daí, não incidindo, por isso mesmo, a Teoria dos 'frutos da árvore envenenada'. [...]".[473]

De igual modo, para que o Ministério Público Federal e a Polícia Federal lograssem êxito na obtenção do acesso aos extratos telefônicos de investigados na afamada Operação Lava Jato, o Superior Tribunal de Justiça (Inq 1.040/DF – 2015/0006612-0) houve por bem *autorizar* a providência *pleiteada*.[474]

Sem embargo desse raciocínio, impende ressaltar que a jurisprudência caminha no sentido de **dispensar** autorização judicial em **duas situações** nas quais, de certa forma, os registros telefônicos são relativamente afastados, a saber: **a)** "quebra de ERB"[475] (estação rádio-base); e **b)** verificação por policiais dos registros (gravados no celular apreendido) das chamadas telefônicas efetuadas e recebidas pelo investigado, logo após a sua prisão em flagrante.

Quanto ao primeiro caso, pela localização da estação rádio-base, é possível obter informações a respeito do local onde determinado telefone celular está (ou estava) operando, a fim de se estabelecer a localização aproximada do portador do aparelho (autor e/ou vítima). Com efeito, "a tecnologia atual permite que as operadoras de telefonia móvel identifiquem, por meio da antena utilizada para captar o sinal do celular, a região em que se encontram o emissor e o receptor de chamadas, viabilizando, assim, importantes diligências, tais como a realização de campanas por investigadores, acompanhamento de alvos durante ações controladas e até mesmo a contraprova em relação a eventual álibi apresentado pelo acusado, já que tal informação pode ser utilizada como forte indício de que o acusado estava no local do crime quando de sua execução".[476]

Nesse particular, o Superior Tribunal de Justiça entendeu possível a **"quebra da ERB" independentemente de autorização judicial**, *in ipsis litteris*:

"[...] 3. **Não se constata ilegalidade no proceder policial, que requereu à operadora de telefonia móvel responsável pela Estação Rádio-Base o registro dos telefones que utilizaram o serviço na localidade, em dia e hora da prática do crime**. 4. A autoridade policial atuou no exercício do seu mister constitucional, figurando a diligência dentre outras realizadas ao longo de quase 7 (sete) anos de investigação. 5. Ademais, eventuais excessos praticados com os registros logrados podem ser submetidos posteriormente ao controle judicial, a fim de se verificar qualquer achincalhe ao regramento normativo pátrio. 6. *In casu*, a autoridade policial não solicitou à operadora de telefonia o rol dos proprietários das linhas telefônicas ou o teor do colóquio dos interlocutores, apenas os numerários que utilizaram a Estação de Rádio-Base na região, em período adstrito ao lapso delitivo, **não carecendo de anterior decisão judicial para tanto**, sobressaindo, inclusive, a necessidade da medida policial adotada, que delimitou a solicitação para a quebra do sigilo das conversas dos interlocutores dos telefones e da identificação dos números que os contactaram, feita perante o Juízo competente, que aquiesceu com a obtenção do requestado".[477]

Quanto à segunda hipótese, o Supremo Tribunal Federal entendeu **lícita** a análise dos últimos registros telefônicos gravados nos aparelhos celulares (apreendidos) de investigado, **sem autorização judicial**, logo após a sua prisão em flagrante. Com efeito, no julgamento do HC 91.867, após ressaltar que "**não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos**" e que seria descabido interpretar a cláusula do art. 5.º, XII, da CR/88, "no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral", haja vista que a sobredita proteção constitucional seria "**da comunicação de dados e não dos dados**" em si, o Pretório Excelso, focado no art. 6.º do Código de Processo Penal, considerou que "proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal" é um "dever da autoridade policial". E prosseguiu assim:

"Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação".[478]

Conforme lavrado pelo Min. Rel. Gilmar Mendes, os últimos registros de ligações telefônicas gravados no celular apreendido não passam de uma "mera combinação numérica" que, de per si, "nada significa, apenas um número de telefone". Assim, abstraindo-se do meio material em que o dado estava gravado (aparelho celular), e em reforço argumentativo à tese por ele sustentada, indagou Sua Excelência: "e se o número estivesse em um pedaço de papel no bolso da camisa usada pelo réu no dia do crime, seria ilícito o acesso pela autoridade policial? E se o número estivesse anotado nas antigas agendas de papel ou em um caderno que estava junto com o réu no momento da prisão?". A obviedade das respostas a tais indagações serviu, também, para a fixação da orientação vencedora na Corte.

Situação diversa foi retratada no julgamento do RHC 51.531, de 09.05.2016, ocasião em que a 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu **ilícita a devassa das conversas de WhatsApp**, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no ato flagrancial, sem prévia autorização judicial.

As diferenças entre os casos em exame no RHC 51.531-STJ e no HC 91.867STF foram bem lembradas pelo Min. Rogerio Schietti, e podem ser assim sintetizadas: a) no julgamento ocorrido no STF entendeu-se lícito o acesso *ao registro de chamadas* efetuadas e recebidas; b) esse posicionamento alavancado pelo Min. Gilmar Mendes teve sedimentação na circunstância segundo a qual as autoridades policiais *não tiveram*, em nenhum momento, *acesso às conversas* mantidas entre os investigados.[479]

Fixadas as distinções, considerou-se que os atuais *smartphones* são dotados de aplicativos de comunicação em tempo real, razão pela qual a invasão direta ao aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilitaria à autoridade policial o acesso a inúmeros aplicativos de **comunicação *on-line*** (tais como WhatsApp, Viber, Line, Wechat, Telegram, BBM, SnapChat etc.), todos com as mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real. Uma vez baixados no aparelho, estes arquivos ficam armazenados na **memória do telefone**, daí a constatação do Min. Schietti de que existem **dois tipos de dados a serem protegidos**: (a) *os dados eventualmente interceptados pela polícia no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea* e (b) *os dados gravados no aparelho que são acessados pela polícia ao manuseá-lo* (p. ex.: comunicações pretéritas que estejam depositadas no *WhatsApp*).

Assim, citando o caso *Riley vs. California*, oriundo da **Suprema Corte norte-americana**,[480] o Min. Schietti asseverou que "o *Chief Justice* John Roberts, em nome da Corte, concluiu que um mandado é necessário para acessar o telefone celular de um cidadão na hipótese de prisão em flagrante, haja vista que telefones celulares modernos não são apenas mais conveniência tecnológica, porque o seu conteúdo revela a intimidade da vida. O fato de a tecnologia agora permitir que um indivíduo transporte essas informações em sua mão não torna a informação menos digna de proteção".

Por isso, e sob a ótica do chamado **direito probatório de terceira geração**[481] – *que trata de provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais* –, o Min. Schietti aduziu que o precedente do HC 91.867-STF não mais seria adequado para analisar a vulnerabilidade da intimidade dos cidadãos na hipótese da apreensão de um *smartphone* por ocasião de uma prisão em flagrante.

Por sua vez, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura asseverou que, conquanto seja correto afirmar que a interceptação da comunicação incide sobre a *conversa que está acontecendo* e que a obtenção do registro de outros dados armazenados em aparelhos celulares está voltada a informações

*ocorridas no passado*, de sorte que o art. 5.º, XII, da CR/88 tem vocação para a proteção da comunicação de dados, mas não os dados em si mesmos, tal não significaria que os **dados depositados em dispositivos móveis** estejam desprovidos de qualquer proteção constitucional. Pelo contrário, na visão da Ministra, "os dados constantes nestes aparelhos **estão resguardados pela cláusula geral de resguardo da intimidade**, estatuída no artigo 5.º, X, da Constituição", o que é ínsito ao direito fundamental à privacidade.

Na confluência dessas exposições, observou a magistrada da Corte Superior que, hodiernamente, os dados mantidos nos *smartphones* não mais se restringem a ligações telefônicas realizadas e recebidas e a uma agenda de contatos, como ocorria outrora. Hoje, tais aparelhos multifuncionais contêm "fotos, vídeos, conversas escritas em tempo real ou armazenadas, dados bancários, contas de correio eletrônico, agendas e recados pessoais, histórico de sítios eletrônicos visitados, informações sobre serviços de transporte públicos utilizados etc.", ou seja, "uma infinidade de dados privados que, uma vez acessados, possibilitam uma verdadeira devassa na vida pessoal do titular do aparelho".

Nesse passo, após reconhecer a existência de um relevante interesse constitucional a indicar a importância do acesso – como eficiente mecanismo de investigação – das autoridades de persecução penal aos dados armazenados em aparelhos celulares de pessoas presas em flagrante, consubstanciado no **direito à segurança pública**, que estaria em conflito com o preceito constitucional que agasalha o **direito à intimidade**, a Ministra Maria Thereza propôs que a questão fosse solucionada por meio do processo de ponderação, de modo que haja "um esforço para assegurar a aplicação das normas conflitantes, conquanto uma delas tenha de sofrer atenuação". E, particularmente *in casu*, reconheceu a Ministra que **a ponderação dos interesses em jogo já haveria sido realizada "essencialmente pelo legislador"**, que estatuiu, "em mais de um dispositivo, o direito à inviolabilidade dos dados armazenados em aparelhos celulares".

Com efeito, tanto o **usuário de serviços de telecomunicações** tem o *direito à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas* (art. 3.º, V, Lei 9.472/1997), como também ao **usuário da internet** foram assegurados pela Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) o *direito à inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações, salvo por ordem judicial* (art. 7.º, II), e o *direito à inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial* (art. 7.º, III). Desnecessário dizer que esses preceptivos gozam de relativa **presunção de constitucionalidade**.[482]

Nesse caminho, o relator do RHC 51.531, Min. Nefi Cordeiro, também fez consignar em seu voto que a *inviolabilidade* e o *sigilo das comunicações privadas armazenadas* são direitos assegurados ao usuário da internet, que só cedem diante de ordem judicial. Dessarte, concebeu que o acesso direto pela polícia às conversas mantidas pelo WhatsApp configura "interceptação inautorizada de comunicações", tal como o alcance clandestino (sem autorização judicial) às

conversas mantidas por *e-mail*.[483]

Por curial, impende ressaltar que o Min. Gilmar Mendes – relator do HC 91.867-STF –, em sede doutrinária, trilhou a mesma diretriz da 6.ª Turma do STJ ao julgar o RHC 51.531, ponderando que, diante da clara **proteção**, pela Lei 12.965/2014, ao "**sigilo dos dados armazenados em sistemas de tecnologia da informação**, e tendo em conta, por outro lado, o grande volume de informações sobre a vida privada armazenados nos mais diversos dispositivos com conexão à internet, como *tablets* e *smartphones*, entre outros, afigura-se **necessário que o acesso aos dados armazenados em tais dispositivos seja precedido de autorização judicial específica e circunstanciada**".[484]

Conquanto tenha sido essa a tônica do citado RHC 51.531, a Corte não descartou, peremptoriamente, que, a depender do caso concreto, ficando evidenciado que a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular. No particular, a Ministra Maria Thereza Assis Moura cogitou, exemplificativamente, "um caso de extorsão mediante sequestro, em que a polícia encontre aparelhos celulares em um cativeiro recém-abandonado: o acesso *incontinenti* aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado".[485]

Todavia, essas circunstâncias de urgência extraordinária não foram encontradas nos autos do RHC 51.531. Ao contrário, entendeu o Tribunal da Cidadania que, *in casu*, não haveria prejuízo nenhum às investigações se o *smartphone* fosse imediatamente apreendido – na forma dos incisos II e III do art. 6.º do CPP – e, posteriormente, em deferência ao direito fundamental à intimidade do investigado, fosse requerida judicialmente a quebra do sigilo das comunicações nele armazenadas. Essa diretriz, aliás, vem sendo reafirmada amiúde por ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça.[486]

Nas hipóteses em que, dada a urgência desmedida e a excepcionalidade da situação, for o caso de se efetuar a busca exploratória sem mandado judicial sobre os dados depositados no aparelho apreendido, deverá a autoridade policial "realizar um despacho escrito, justificando a necessidade de afastamento da expectativa de privacidade do possuidor do aparelho em virtude das peculiaridades do caso concreto, demonstrando, de forma inequívoca, a urgência na obtenção das informações e/ou o risco concreto de perecimento destas".[487]

Outrossim, no contexto da excepcionalidade supramencionada, afigura-se adequada a observância das **quatro condicionantes** para a legitimidade da medida invasiva, apontadas pela **Suprema Corte do Canadá**, ao julgar o caso *R. v. Fearon*, quais sejam:

"**a)** a prisão tem de ser lícita; **b)** o acesso aos dados do aparelho celular tem de ser verdadeiramente incidental à prisão, realizado imediatamente após o ato para servir efetivamente aos propósitos da persecução penal, que, nesse contexto, são os de proteger as autoridades policiais, o suspeito ou o

público, preservar elementos de prova e, se a investigação puder ser impedida ou prejudicada significativamente, descobrir novas provas; **c)** a natureza e a extensão da medida tem de ser desenhadas para esses propósitos, o que indica que, em regra, apenas correspondências eletrônicas, textos, fotos e chamadas recentes podem ser escrutinadas; **d)** finalmente, as autoridades policiais devem tomar notas detalhadas dos dados examinados e de como se deu esse exame, com a indicação dos aplicativos verificados, do propósito, da extensão e do tempo do acesso".[488]

Lado outro, tendo em conta que o *morador* tem o poder de consentir com o ingresso de agentes do Estado em sua residência para o cumprimento de determinada diligência (CR/88, art. 5.º, XI, 1.ª parte, *a contrario sensu*),[489] parece-nos claro que o *autuado em flagrante* tem a **faculdade** de autorizar o acesso pela polícia ao conteúdo de seu *smartphone* (ou dispositivo similar), o que, para o resguardo da prova e a segurança do servidor público, convém seja devidamente documentado.

Sobre o assunto, a 6.ª Turma do STJ reconheceu válida a conduta do policial militar que "atendeu ligação efetuada para o celular do denunciado [preso em flagrante], tendo como interlocutor um usuário de drogas que desejava comprar substância entorpecente". Para a Corte Superior, a ação configurou "procedimento policial escorreito, que não se desenvolveu às escondidas e foi instrumento necessário para salvaguarda do interesse público em detrimento do direito individual à intimidade do réu".[490] Todavia, em conformidade com o parecer firmado pelo Subprocurador-Geral da República, Eugênio de Aragão, o agente policial *tão somente atendeu as diversas ligações feitas para o preso*, **sem que este se opusesse**, e sem que houvesse o registro dessas comunicações telefônicas.

Noutro giro, repise-se à exaustão que a decisão proferida no RHC 51.531 foi construída com fulcro no seguinte substrato fático: **prisão em flagrante** e acesso imediato aos dados armazenados no celular apreendido com o autuado. Com esteio em substrato fático diverso, no recentíssimo julgamento do RHC 75.800, a 5.ª Turma do STJ, para além de reafirmar o posicionamento segundo o qual **a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens gravadas em *smartphones* não se subordina aos ditames da Lei de Interceptação Telefônica** (Lei 9.296/1996), sacramentou o entendimento no sentido de que o acesso ao material depositado nesses dispositivos, **quando determinada judicialmente a busca e apreensão**, "não ofende o art. 5.º, inciso XII, da Constituição da República, porquanto o sigilo a que se refere o aludido preceito constitucional é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos".[491] Notório, pois, o ***distinguishing***.[492]

Portanto, por ocasião da apreensão *judicialmente autorizada* do telefone celular (ou aparelho congênere), é possível o acesso ao conteúdo do que nele está armazenado, inclusive às mensagens de WhatsApp, havendo plena conformação desse proceder com a ressalva prevista na parte final do inciso III do art. 7.º da Lei 12.965/2014, que, como visto, garante ao usuário da internet a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, "salvo por ordem judicial".

De mais a mais, no caso debatido no RHC 75.800, apesar de o magistrado de primeira instância, na condução da Operação Lava Jato, ter expressamente autorizado o acesso[493] aos dados armazenados nos aparelhos eventualmente apreendidos por decorrência das buscas, para a Corte, essa permissão de acesso seria algo redundante, que adviria da própria determinação para a realização das buscas, sob pena de este *decisum* "resultar em medida írrita, dado que o aparelho desprovido de conteúdo simplesmente não ostenta virtualidade de ser utilizado como prova criminal".[494]

Em outras palavras, sendo levada a efeito a busca e apreensão da base física de *smartphones, tablets* ou *notebooks*, por força de decisão judicial, *a fortiori,* não há falar em "óbice para se adentrar ao seu conteúdo – repise-se, já armazenado –, porquanto necessário ao deslinde do feito".[495] Em casos que tais, a medida de busca e apreensão não é, por óbvio, uma cautelar autossuficiente. Quem a requer em juízo o faz com a lógica e dedutível expectativa de investigar o que há depositado no aparelho apreendido. A determinação de busca e apreensão, pois, pressupõe a permissão de acesso.

## 4.6 Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas

### *4.6.1 Introdução e conceitos. Reserva de jurisdição?*

A interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica (Lei 9.296/1996), também foi indicada pela Lei do Crime Organizado como um meio especial de obtenção da prova (art. 3.º, V).

O tema ganha relevância especialmente quando cotejado com o art. 5.º, XII, da Constituição da República, segundo o qual "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".

De início, calha observar que a Carta Magna impôs o preenchimento de **três condicionantes** para que se opere legitimamente a interceptação telefônica, a saber: **a)** ordem judicial (reserva de jurisdição[496]); **b)** fins de investigação criminal ou instrução processual penal (requisito finalístico); **c)** nas hipóteses (crimes de catálogo[497]) e na forma que a lei estabelecer (procedimento).

Assim, densificando a previsão constitucional, a Lei 9.296/1996 (LIT), logo em seu art. 1.º, cuidou de aclarar que "**a interceptação de comunicações telefônicas**, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal *e* em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e **dependerá de ordem do juiz competente da ação principal**[498], sob segredo de justiça".

Ao empregar a conjunção aditiva "e", o legislador foi claro ao prever que a medida cautelar de interceptação telefônica pode ser pleiteada tanto na primeira fase da persecução penal

(investigação), quanto na segunda (ação penal), conquanto, na prática, seja menos comum o requerimento na fase processual.

Ademais, o parágrafo único do art. 1.º da LIT ressaltou que o disciplinamento das interceptações telefônicas também haveria de ser aplicado "à interceptação do fluxo de comunicações **em sistemas de informática e telemática**" (comunicações via *e-mail*, por exemplo), o que, para parcela minoritária da doutrina, seria **inconstitucional,**[499] por ultrapassar a previsão constitucional do art. 5.º, XII, da Constituição. Para nós, esse entendimento não pode prosperar, por fazer uma leitura simplista do citado preceptivo e ignorar a realidade social coeva, porquanto "não poderia o constituinte viajar no tempo para conhecer a realidade cibernética em que vivemos, em que quase toda a comunicação e relação social se estabelece pela via do envio de dados pela internet".[500] O que fez a Constituição foi proteger a liberdade de comunicação, submetendo-a a rigoroso controle judicial.

Nesse caminhar, o "Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido de ser legal, *ex vi* do art. 1.º, parágrafo único, da Lei n.º 9.296/96, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, se for realizada em feito criminal e mediante autorização judicial, não havendo qualquer afronta ao art. 5.º, XII, da CF".[501] Portanto, observadas as condicionantes legais, o STJ entende **constitucional** a interceptação telemática.

Destarte, sempre pressupondo o cumprimento das regras legais, há de ser admitida a interceptação de qualquer forma de comunicação, seja por meio de palavra falada (telefonia convencional) ou por símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza (art. 4.º do Código Brasileiro de Telecomunicações), transmitidos, emitidos ou recepcionados por meio de aplicativos de *smartphones* (WhatsApp[502], Telegram, Messenger etc.), *e-mail*[503] etc.

Noutro giro, é de ver que, tradicionalmente, tanto a doutrina como a jurisprudência[504] fazem a distinção conceitual de três espécies de **interceptações (captações) telefônicas em sentido amplo** (gênero), a saber: a) **interceptação telefônica em sentido estrito** é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores (A viola a conversa telefônica de B e C, sem que nenhum dos interlocutores tenha conhecimento de sua ação); b) **escuta telefônica** é a captação de conversa feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores (A viola a conversa telefônica mantida entre B e C, havendo a ciência de um dos interlocutores sobre a captação dos diálogos); e c) **gravação telefônica** é a captação de conversa feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro (A capta a conversa telefônica mantida com B, não havendo a figura da terceira pessoa).

Fixados os conceitos, e em conformidade com o art. 5.º, XII, da CR/88, conclui-se que apenas mediante ordem judicial são violáveis as comunicações telefônicas. Mais ainda, para que haja violação dessas comunicações, travadas entre no mínimo duas pessoas, faz-se necessário, conforme

uma parcela da doutrina (**1.ª corrente**), a presença de terceira pessoa, responsável por captar o diálogo estabelecido. Dessarte,

"tendo em vista essa redação incorporada à Lei Maior e a exegese que dela se extrai, **consolidaram-se a doutrina e a jurisprudência no sentido de que o art. 5.º, XII, da CF alcança, tão somente, as duas primeiras formas de interceptação *lato sensu*, quais sejam a interceptação *stricto sensu* e a escuta telefônica, não tutelando a gravação**. Isso ocorre porque somente nos dois primeiros casos tem-se a figura de terceiro violando a conversa telefônica de dois ou mais interlocutores, não se podendo considerar como violação a atitude de um dos interlocutores quando ele próprio grava o diálogo que mantém com o outro. Este é o entendimento dominante nos Tribunais Superiores (STJ e STF) [...]".[505]

Sendo assim, para esta primeira concepção, "tanto a interceptação *stricto sensu* quanto a escuta telefônica inserem-se na expressão 'interceptação', prevista no art. 5.º, XII, da CF; logo, submetem-se às exigências da Lei n. 9.296/96. Diferente é o caso em que o próprio interlocutor grava a conversa. Neste, não existe a figura do terceiro, portanto não se pode falar em interceptação".[506]

Contudo, esse entendimento está longe de ser pacífico. Há respeitável entendimento doutrinário (**2.ª corrente**) no sentido de que **não só a gravação telefônica, mas também a escuta telefônica** fica de fora do âmbito normativo da Lei 9.296/1996,[507] de maneira que **apenas** a interceptação telefônica *stricto sensu* estaria a exigir autorização judicial.

Nessa ordem de ideias são os ensinamentos de César Dario Mariano da Silva:

"Embora **a escuta clandestina** se trate de modalidade de interceptação *lato sensu*, haja vista a interferência de terceira pessoa na conversação, ela **muito se assemelha da gravação clandestina**. Assim, como há autorização ou conhecimento de um dos interlocutores para que a conversa seja percebida e/ou gravada pelo terceiro, **independe de ordem judicial**, podendo seu conteúdo ser empregado como prova em juízo quando **presente a justa causa**, do mesmo modo que ocorre com a gravação clandestina.
**O Prof. Vicente Greco Filho também se posiciona no sentido de que a escuta clandestina não se enquadra no âmbito de tutela do inciso XII do art. 5.° da CF**. Diz o eminente Jurista:
'A lei não disciplina, também, a interceptação (realizada por terceiro), mas com o conhecimento de um dos interlocutores. Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptações consentidas por um dos interlocutores) são irregulamentáveis por que fora do âmbito do inciso XII do art. 5.° da Constituição e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário [...]'.
Essa diferenciação é extremamente importante, pois o **que a Constituição Federal e a Lei Ordinária proíbem e punem é a interceptação telefônica (ou *stricto sensu*) ilícita, não fazendo referência à gravação ou escuta clandestina** e nem à interceptação ambiental. [...]
Assim, não havendo regra específica para a escuta ou gravação clandestina, elas não são vedadas.

Poderá ocorrer, em tese, violação ao direito de intimidade do interlocutor que não sabia da escuta ou da gravação clandestina. Nesse último caso, não é a gravação sub-reptícia por um dos interlocutores que pode levar à violação do direito de intimidade, mas a revelação do conteúdo da conversa para terceira pessoa nela não envolvida".[508]

Igualmente, do inteiro teor do voto (acolhido pelos demais componentes da 5.ª Turma do STJ) proferido pelo Min. Jorge Mussi, por ocasião do julgamento do HC 161.053/SP, emana que "**a escuta e a gravação telefônicas**, por não constituírem interceptação telefônica em sentido estrito, **não estão sujeitas à Lei 9.296/1996**, que regulamentou o artigo 5.º, inciso XII, da Carta Magna, podendo ser utilizadas, a depender do caso concreto, como prova no processo". A análise acerca da legitimidade da prova oriunda dessas captações de comunicações telefônicas (escuta e gravação) será feita, pois, casuisticamente, à luz do princípio da proporcionalidade (justa causa *vs*. direito à intimidade).

Gize-se, por curial, que emanam da jurisprudência exemplos em que **escutas telefônicas clandestinas** (sem autorização judicial) foram consideradas **válidas** (provas lícitas), o que reforça a compreensão de que esta modalidade de captação de comunicações telefônicas não se encontra subordinada ao procedimento da Lei 9.296/1996, tampouco é objeto de tutela pelo art. 5.º, XII, da CR/88. Veja-se:

"[...] No caso concreto, a genitora da vítima **solicitou auxílio técnico a terceiro para a gravação de conversas realizadas através de terminal telefônico** de sua residência, na qualidade de representante civil do menor impúbere e investida no poder-dever de proteção e vigilância do filho, não havendo ilicitude na gravação. Dada a absoluta incapacidade da vítima para os atos da vida civil – e ante a notícia de que estava sendo vítima de crime de natureza hedionda – a iniciativa da genitora de registrar conversa feita pelo filho com o autor da conjecturada prática criminosa se assemelha à gravação de conversa telefônica feita com a autorização de um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há cometimento de delito por este último, hipótese já reconhecida como válida pelo Supremo Tribunal Federal. [...]".[509]
"Utilização de **gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro** quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, **lícita** e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5.º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5.º, X, da Carta Magna)".[510]

Por seu turno, como as **gravações telefônicas**[511] definitivamente não são amparadas pelo art. 5.º, XII, da Constituição, não há falar em reserva de jurisdição nesse particular, de maneira que, em regra, são lícitas as gravações clandestinas (sem ordem judicial prévia). Assim, repise-se:

"Diferentemente da interceptação telefônica, que é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, e que depende de ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5.º da Constituição Federal, a gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro, chamada de 'gravação clandestina'. A Jurisprudência consolidou o entendimento no sentido da licitude da gravação telefônica realizada por um dos interlocutores do diálogo".[512]

Em síntese: há consenso acerca da sujeição da interceptação telefônica em sentido estrito ao procedimento da Lei 9.296/1996, que regulamentou o art. 5.º, XII, da Carta Magna; há consenso, também, no sentido de que a gravação telefônica não está afeta ao disciplinamento da LIT; há divergência[513] sobre se a escuta telefônica está ou não sujeita à Lei 9.296/1996.

Dessarte, em princípio, são juridicamente lícitas as gravações telefônicas despidas de autorização judicial, sobretudo quando o autor da gravação estiver sofrendo alguma investida criminosa e atuar em estado de necessidade (**teoria da exclusão da ilicitude**), sendo certo que a inteligência do art. 233, parágrafo único, do Código de Processo Penal, invocado por analogia, socorre esse entendimento.

Estaria, pois, agindo em conformidade com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante, o réu que gravasse uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência. Nesse caso, de acordo com Paulo Rangel,

"é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei. Afirmamos ser aparente a infringência da lei por entendermos que o estado de necessidade exclui a ilicitude, pois a necessidade de salvar o interesse maior (liberdade de locomoção), sacrificando o menor (sigilo das comunicações telefônicas) em uma situação não provocada de conflito extremo, justifica a conduta do réu. Estará ele (réu) agindo de acordo com o direito e não de forma contrária".[514]

De outro modo, a gravação clandestina (telefônica ou ambiental) será maculada pela **ilicitude** quando realizada com violação de confiança decorrente de **relações interpessoais**[515] (amizade, casamento etc.) ou de **relações profissionais**[516] (advogado e cliente, psiquiatra e paciente etc.). A ilicitude nesses casos decorre do malferimento pelo interceptador da privacidade alheia, tutelada constitucionalmente pelo art. 5.º, X, da Constituição da República.

Em suma, para as gravações telefônicas,

"a regra é a licitude, ainda que não haja autorização judicial prévia. Entretanto, se obtidas com violação de confiança, nesse caso serão ilícitas as gravações realizadas não por afronta ao inciso XII, mas sim ao inciso X do art. 5.º da CF, pouco importando haja ou não, neste último caso, ordem judicial, visto que o inciso X, ao contrário do XII, não ressalva a autorização do juiz como permissivo para as condutas que afrontem a privacidade.

Esta confiança cuja violação acarreta a ilicitude da gravação pode decorrer não apenas das relações intersubjetivas entre o sujeito que grava e o que tem sua conversa gravada (*v. g.* , esposa que registra os diálogos telefônicos que mantém com o marido, em que este lhe relata determinado delito cometido), como também do vínculo profissional quando se trata de profissões que pressupõem confiança (*v. g.* , psiquiatra que grava a narrativa do paciente, realizada por telefone, quanto a delito pelo mesmo praticado)".[517]

### *4.6.2 Compartilhamento (prova emprestada)*

A Constituição da República é expressa ao estatuir que o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas somente pode se operar **para fins de investigação criminal ou instrução processual penal** (art. 5.º, XII), não sendo, portanto, permitido que a autorização de interceptação telefônica seja proferida em processos civis, administrativos, disciplinares, extradicionais ou político-administrativos.

Com esteio nessa previsão constitucional, Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (**1.ª corrente**) advogam a tese minoritária consoante a qual a prova coligida por meio de uma persecução penal não pode ser transportada para processo civil ou mesmo para procedimento administrativo disciplinar contra o mesmo investigado, porquanto tal circunstância configuraria, no entendimento dos autores, violação transversa da regra constitucional.

Nessa ótica, a prova – oriunda de interceptação telefônica – do cometimento do crime de corrupção passiva por parte de um dado servidor público, por exemplo, não poderia ser compartilhada para a ação civil pública por ato de improbidade administrativa pela prática do mesmo fato. Isso em razão de que:

"O legislador constitucional, ao delimitar a finalidade da interceptação telefônica (criminal), já estava ponderando valores, sopesando interesses. Nisso reside também o princípio da proporcionalidade. Segundo a imagem do legislador, justifica-se sacrificar o direito a intimidade para uma investigação ou processo criminal, não civil. Isso tem por base os valores envolvidos num e noutro processo. Não se pode esquecer que a proporcionalidade está presente (deve estar, ao menos) na atividade do legislador (feitura da lei), do juiz (determinação da medida) e do executor (que não pode abusar). [...] Estando em jogo liberdades constitucionais (direito ao sigilo das comunicações perante outros direitos ou interesses), procurou o constituinte, desde logo, demarcar o âmbito de prevalência de outro interesse (criminal) em detrimento daquele. Mesmo assim, não é qualquer crime que admite a interceptação. Essa escolha, fundada na proporcionalidade, não pode ser desviada na praxe forense. Em conclusão, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser 'emprestada' (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito".[518]

Noutro polo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (**2.ª corrente**) consideram que "o valor constitucionalmente protegido pela vedação das

interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a receptação da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerando o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável".[519]

Por sua vez, a jurisprudência amplamente majoritária dos Tribunais Superiores foi consolidada no sentido de admitir o **compartilhamento**, pelo juízo criminal competente, de todo o material produzido durante a persecução penal, desde que observado o princípio do devido processo legal e seus consectários (ampla defesa e contraditório) e que se tenha por escopo produzir efeitos **(a)** em outros procedimentos investigatórios ou processos criminais, inclusive nos quais se apura/imputa a prática de crime punível com *detenção*;[520] **(b)** no âmbito de procedimentos administrativos disciplinares, inclusive contra outros agentes;[521] **(c)** em procedimentos político-administrativos; **(d)** na seara de atribuições das Cortes de Contas;[522] **(e)** e na instrução de inquéritos civis ou ações civis públicas por ato de improbidade administrativa.

Dessa forma, os elementos informativos de uma investigação criminal, ou as provas colhidas no bojo de instrução processual penal, "desde que obtidos mediante interceptação telefônica devidamente autorizada por Juízo competente, admitem compartilhamento para fins de instruir procedimento criminal ou mesmo procedimento administrativo disciplinar contra os investigados".[523]

Em suma, prevalece o entendimento no sentido de ser "possível o uso emprestado em ação de improbidade administrativa do resultado de interceptação telefônica em ação penal",[524] bem como em searas diversas, desde que haja **autorização** de compartilhamento pelo juízo criminal e seja **assegurado** o contraditório e a ampla defesa no processo/procedimento para o qual a prova é transportada.

A arbitrária desautorização judicial para o compartilhamento da prova oriunda de interceptação telefônica pode ser combatida processualmente por via do **mandado de segurança**, haja vista ser admissível o manejo do *writ* "para desconstituição de ato judicial, reconhecidamente absurdo ou teratológico, desde que a decisão impugnada seja manifestamente ilegal ou que dela advenha perigo de dano grave e de difícil reparação para o impetrante". Desse modo, em caso de indeferimento abusivo do transplante probatório, "revela-se inegável o direito líquido e certo do impetrante em ter o compartilhamento das interceptações telefônicas já coligidas, com outros integrantes do Ministério Público, desde que constatado indícios de possíveis infrações penais em localidades onde possuem atribuições".[525]

### *4.6.3 Serendipidade (encontro fortuito de provas)*

No curso de uma interceptação telefônica pode ocorrer de surgirem indícios da prática de outro crime não originalmente investigado (**serendipidade objetiva**), bem como notícia do envolvimento de outra pessoa, por vezes detentora de foro privilegiado (**serendipidade subjetiva**).

Vejamos dois exemplos que podem auxiliar na compreensão do tema. Serendipidade objetiva (também chamada de "**crime achado**"): durante uma interceptação de comunicações telefônicas decretada judicialmente para a apuração de um esquema de corrupção em determinado órgão público, descobre-se, por acaso, que um dos investigados é também contumaz traficante de drogas.[526] Serendipidade subjetiva: no curso de uma interceptação telefônica deflagrada para investigar as relações criminosas mantidas entre policiais e chefes de jogos de azar, por meio das quais os primeiros davam proteção ao negócio espúrio dos últimos em troca de propina, vem a se descobrir a participação de parlamentar federal na trama.[527]

Em casos que tais, a validade da prova oriunda desse encontro fortuito não é uníssona, havendo três correntes sobre a possibilidade de aproveitamento:

" A **primeira [corrente]**[528] defende a total impossibilidade de se utilizar, no processo, a prova encontrada fortuitamente. Para tanto, alega que as restrições a direitos fundamentais são exceções e, consequentemente, o Estado não pode ampliar a medida deferida para aproveitar uma prova encontrada fortuitamente.
A **segunda [corrente]**[529] adota um entendimento intermediário, admitindo a prova encontrada fortuitamente desde que exista uma conexão entre ela e a prova que se estava procurando. Somente havendo conexão a utilização da prova fortuita seria válida. [...]
A **terceira corrente**, à qual nos filiamos, defende a total validade do encontro fortuito de provas, desde que a atuação estatal esteja completamente dentro da legalidade. Não há como uma investigação lícita produzir uma prova ilícita. Ademais, não há, no Brasil, nenhum texto legal que proíba a utilização de prova encontrada fortuitamente, e, em sendo assim, a prova é válida. Ressaltamos que a inexistência de conexão não pode ser um empecilho para que o Estado cumpra o seu dever constitucional de combate ao crime. O Estado não pode ignorar a prova a que chegou pelo acaso, de modo que, se não há fraude nem violência na colheita da prova, agindo, portanto, totalmente dentro da legalidade, a prova deve ser admitida. Destaca-se que nenhuma proibição de prova pode ser feita a partir de um mero capricho, mas tem de proteger algum direito fundamental. Não havendo, no encontro fortuito de provas, qualquer malferimento a direitos fundamentais do réu, apenas podemos considerar que, além de tudo, o réu é azarado".[530]

Estamos com a terceira corrente.[531] Aliás, a exegese da **doutrina da visão aberta (*plain view doctrine*)**, de raízes norte-americanas, parece encampar esse ponto de vista. Por meio dessa teoria, fulcrada no princípio da razoabilidade, pretende-se, por exemplo, tornar "legítima a apreensão de elementos probatórios do fato investigado *ou mesmo de outro crime*, quando, a despeito de não se tratar da finalidade gizada no mandado de busca e apreensão, no momento da realização da diligência, o objeto ou documento é encontrado por se encontrar à *plena vista* do agente policial".[532]

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conquanto recentemente a 5.ª Turma tenha entendido pela "possibilidade de utilização de prova obtida a partir da interceptação telefônica autorizada para investigar fato delituoso de terceiro, *desde que haja relação com o fato objeto da*

*investigação*",[533] essa visão não parece expressar o pensamento majoritário do Tribunal da Cidadania.

Com efeito, da análise do repertório jurisprudencial do STJ é possível notar que prepondera naquela egrégia Corte a terceira corrente supramencionada. Nesse sentido, o Min. João Otávio de Noronha abordou o tema em uma sessão em que a Corte Especial recebeu denúncia contra envolvidos em um esquema de venda de decisões judiciais no Tocantins (AP 690), extraindo-se de seu voto que:

"**A 'serendipidade' não pode ser interpretada como ilegal ou inconstitucional simplesmente porque o objeto da interceptação não era o fato posteriormente descoberto**. Claro que, no caso, deve-se abrir novo procedimento específico, como aconteceu neste episódio, mas não entender como nula *tout court* a prova obtida ao acaso. Corrobora esse entendimento o acórdão desta Corte Especial da relatoria do Ministro Teori Zavascki nos EDcl na APn n. 425/ES, Corte Especial, sessão de 21.06.2007. [...]
Aqui, **opto pela orientação do STJ**, como exposta (cf., ainda, HC 197.044/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 23.09.2014; HC 187.189/SP, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 23.08.2013), **e da maioria da doutrina** (por todos: Fernando Capez, *Curso de Direito Penal*, 4 v., 9. ed., 2014, p. 491), ou seja, que **a prova é admitida para pessoas ou crimes diversos daquele originalmente perseguido, ainda que não conexos ou continentes, desde que a interceptação seja legal**".[534]

Portanto, **não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto**, a uma, porque a própria Lei 9.296/96 não a exige; a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado; e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita.[535]

No mesmo embalo, o Supremo Tribunal Federal considera que o encontro fortuito de provas obtido por interceptação telefônica legitimamente autorizada configura verdadeira **prova lícita por derivação,**[536] ainda que o "crime achado" seja punido com **detenção**.[537]

Noutro prisma, em sede doutrinária, fala-se em **serendipidade de primeiro grau** quando ocorre o encontro fortuito de fatos conexos ou quando haja continência, nos termos dos arts. 76 e 77 do Código de Processo Penal, ou seja, quando o achado ocasional decorre da mesma linha histórica dos fatos que motivaram a investigação (**conhecimentos de investigação**). Nessa hipótese, conforme a lição de Luiz Flávio Gomes, a prova casualmente encontrada "tem valor jurídico e deve ser analisada pelo juiz (como prova válida)", podendo "essa prova conduzir a uma condenação penal".[538]

Assim, se o encontro fortuito alcançar autoridade detentora de foro por prerrogativa de função (*vide*: AP 937 QO)[539] de modo a indicar **participação ativa**[540] nos fatos sob investigação, "**as escutas devem ser cessadas** e, em face da unidade processual, os autos devem ser encaminhados

integralmente à instância superior para reinício, no grau prevalente, do procedimento criminal. E é nessa instância, portanto, que os novos e antigos elementos de informação serão, em sua integralidade, valorados". Tratando-se, pois, de *conhecimentos de investigação*, "a própria conexão e continência, avaliada pelo juízo originário, leva à alteração da competência, erigindo-os ao foro prevalente, em **remessa imediata**".[541]

Recebidos os autos, apenas ao foro superior será dado decidir sobre a conveniência de eventual **desmembramento**,[542] a fim de devolver à instância originária o processamento dos investigados sem foro especial e manter no juízo prevalente o agente com foro privilegiado.

Observe-se, por curial, que, se a *participação ativa*[543] de agente público com foro privilegiado nos fatos originalmente apurados faz cessar as diligências investigatórias e impõe a remessa imediata dos autos à instância competente, o mesmo não se pode dizer das **meras citações**.[544]

Com efeito, por ocasião do julgamento da AP 871 QO, o Min. Gilmar Mendes entendeu relevante "deixar claro que, verificada a presença de investigados com prerrogativa de foro, de fato, a matéria seja imediatamente submetida, no caso, ao Supremo Tribunal Federal". Entretanto, considerou que, "às vezes, o encontro fortuito é apenas uma menção; a referência é um nome, o que, por si só, não justificaria a remessa do processo".

Por outro lado, fala-se em **serendipidade de segundo grau** quando o fato encontrado por acaso não é conexo ao fato originalmente investigado ou quando não haja continência, ou seja, quando a descoberta casual não possua nenhum vínculo processual conectivo com a gênese da investigação (**conhecimentos fortuitos**). Nesse caso, conforme o entendimento majoritário, a prova produzida "não pode ser valorada pelo juiz. Ela vale apenas como *notitia criminis*".[545]

Diversamente da hipótese anterior, havendo achado fortuito contra detentor de foro privilegiado não há razão para que a interceptação das comunicações telefônicas seja interrompida com a remessa imediata dos autos, em sua integralidade, à instância competente. Em verdade, o encaminhamento da notícia do crime ao grau superior para fins de instauração de outro procedimento investigatório deverá ocorrer

"**em tempo oportuno e razoável**, mas, em todo caso, dependerá de condicionalismos concretos. Isso porque **não existe marco preclusivo** para utilização dos áudios captados como notícia de fato, de tal sorte que eventual atraso no encaminhamento não invalidará seus efeitos investigatórios. Ademais, ressalvada a perda de potencial oportunidade investigatória, o panorama jurídico não se alterará se o encaminhamento dos conhecimentos fortuitos se der a cada áudio, ou ao final da investigação originária.
Deveras, **há situações em que o encaminhamento deve ser imediato**, em razão da necessidade premente de uma nova investigação. **Há outras em que a suspensão do encaminhamento é indispensável** ao sucesso da investigação originária. Nessas hipóteses, nada impede que o magistrado, justificadamente, venha a sobrestar a remessa dos documentos, isolando e reunindo, em procedimento próprio, os áudios não conexos. [...]

O que não se autoriza, deveras, é, a partir do conhecimento fortuito, a realização de atos de investigação a ele relacionado, como cruzamento de dados e contextualização dos áudios, por exemplo [...]. Por óbvio, simples áudios obtidos lateralmente em um procedimento investigatório válido, por si só, não podem ser considerados diligências investigativas, a sustentar, inclusive, decreto anulatório. O contato telefônico de um agente político com investigado, ou a sua referência em comunicações de terceiros, não o transforma, automaticamente, em alvo da investigação".[546]

A propósito, por ser assaz esclarecedor, importa lançar luzes sobre recentíssimo julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

"2. A descoberta não planejada da prática de crime, *in thesis*, por pessoa que detém foro especial, no natural desdobramento da investigação iniciada em primeiro grau, enseja a necessidade de se pontuar qual ou quais os elementos de informação colhidos em encontro fortuito seriam capazes de impor ao magistrado de primeiro grau o envio desses elementos ao Tribunal competente. De fato, conversas, encontros casuais ou mesmo sinais claros de amizade e contatos frequentes de indivíduo sob investigação com uma autoridade pública não podem, por si sós, importar na conclusão de que esta última participa do esquema criminoso objeto da investigação. Nem mesmo a referência a favores pessoais, a contatos com terceiros, a negociações suspeitas implica, de per si, a inarredável conclusão de que se está diante de práticas criminosas implicadoras de imediata apuração, notadamente quando um dos interlocutores integra um dos Poderes da República e que, portanto, pode ter sua honorabilidade e imagem pública manchadas pela simples notícia de que está sob investigação. 3. Aquilo que se imagina constituir prerrogativa e proteção ao agente político – comunicação formal da existência de notícia de possível prática de infração penal – pode, a depender da situação, consubstanciar precipitada conclusão nefasta ao patrimônio moral da autoridade. Ou seja, a simples captação de diálogos de quem detém foro especial com alguém que está sendo investigado por práticas ilícitas não pode conduzir, tão logo surjam conversas suspeitas, à conclusão de que tal autoridade é participante da atividade criminosa investigada ou de outro delito qualquer, sendo mister um mínimo de avaliação quanto à idoneidade e à suficiência de dados para desencadear o procedimento esperado da autoridade judiciária responsável pela investigação. 4. A existência de proximidade espúria da autoridade pública com a pessoa investigada somente ganha contornos claros de ocorrência de ilicitudes penais na medida em que a investigação caminha, porquanto nem sempre é possível à autoridade delimitar, de pronto, a extensão e as implicações desse relacionamento. A lógica dessa conclusão decorre da circunstância de que a interceptação telefônica, ao monitorar diretamente a comunicação verbal entre pessoas, necessariamente acaba por envolver terceiros, de regra não investigados, no campo de sua abrangência. E é, eventualmente, a continuidade por determinado período, razoável, das interceptações telefônicas que permite se alcançarem resultados mais concludentes sobre o conteúdo das conversas interceptadas, dado que somente os olhos de um observador futuro dos fatos – munido do conjunto de informações já coletadas, que autorizem a análise, conjunta e organizada, de todas as conversas – podem enxergar, com clareza, o que um apressado e contemporâneo observador, diante de diálogos desconexos e linearmente apresentados, terá dificuldades para perceber. [...] 6. É inviável, pela natureza e pela cognição típicas do *habeas corpus*, a pretensão de análise dos conteúdos das centenas de conversas interceptadas, para que se possa avaliar a adequação do momento em que deveria ter havido o

declínio da competência para o Supremo Tribunal Federal, notadamente porque os magistrados que atuaram em primeiro grau, ao serem cientificados da existência de conversas em que um dos interlocutores era pessoa com prerrogativa de foro, não se mantiveram inertes e muito menos negligenciaram o dever de proteção da prerrogativa processual do ora paciente. [...] 9. **Se, aos olhos de um observador não contemporâneo aos fatos, a autoridade judiciária respon sável pelas investigações poderia ter agido com maior celeridade, no exame do conteúdo das conversas telefônicas interceptadas, ao propósito de, de forma mais expedita, determinar o encaminhamento dos autos apartados assim que concluída a análise sobre o material, é de observar-se que, além de a lei não estabelecer prazo peremptório para tal providência – o que já afastaria, objetivamente, a afirmação de ilegalidade da atuação judicial –, não há qualquer sinal de que esse atraso tenha decorrido de deliberado propósito de atentar contra direitos e prerrogativas do então parlamentar**. 9. A propósito, não tem sido hábito, dos tribunais pátrios, extrair conclusões tão rígidas de atrasos de atos processuais previstos em lei, inclusive daqueles em relação aos quais se preveem prazos para sua prática. Ao contrário, até mesmo quando há desrespeito aos prazos procedimentais em processos envolvendo réus presos, é consolidado o entendimento jurisprudencial no sentido de não ser reconhecido o constrangimento ilegal, ante critérios de razoabilidade, máxime quando se cuida de processos ou investigações – como, ineludivelmente, se verifica na espécie – com particular complexidade, envolvendo vários réus ou investigados. 10. **Sob diversa perspectiva, a remessa imediata de toda e qualquer investigação, em que noticiada a possível prática delitiva de detentor de prerrogativa de foro, ao órgão jurisdicional competente não só pode implicar prejuízo à investigação de fatos de particular e notório interesse público, como, também, representar sobrecarga acentuada dos tribunais, a par de, eventualmente, engendrar prematuras suspeitas sobre pessoa cujas honorabilidade e respeitabilidade perante a opinião pública são determinantes para a continuidade e o êxito de suas carreiras políticas**. [...]".[547]

Tratando-se, pois, de *conhecimentos fortuitos* (serendipidade de segundo grau), sendo um dos interlocutores do investigado autoridade com foro privilegiado ou havendo menção[548] de seu nome por alvos da investigação, "a gravação de fatos não conexos ou continentes, fortuitamente obtida, será isolada, encapsulada e enviada, em 'estado bruto', às esferas competentes, evitando-se, por parte do juízo originário, qualquer consideração ou avaliação profunda. Isso para que, a partir de seu recebimento e no foro adequado, seja devidamente analisada, definindo-se por se iniciar diligências investigatórias, tudo com o escopo de, por novas fontes de prova, se confirmar as suspeitas descobertas".[549]

Esse entendimento foi defendido pelo Ministério Público Federal no julgamento (em 25.10.2016) do RHC 135.683, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal apreciou a validade das interceptações de comunicações telefônicas que alcançaram o então senador Demóstenes Torres, nas **Operações Vegas e Monte Carlo**. Para o *Parquet*, teria havido, na hipótese, **serendipidade de segundo grau**, haja vista que o parlamentar não seria *investigado* nas sobreditas operações. Assim, apesar de no curso das diligências terem surgido indícios da participação de Torres na criminosa exploração de jogos de azar no Distrito Federal (encontro fortuito de provas), tal circunstância foi

considerada *sem relação com o objeto da investigação*.

Portanto, na visão da Procuradoria-Geral da República, não teria havido violação à competência do STF, sendo válidas as interceptações deferidas pelo magistrado de primeira instância, porquanto, "no momento em que se verificou, a partir da interceptação de diálogos dos investigados, a existência de indícios concretos do envolvimento de agente detentor de foro por prerrogativa de função na prática dos crimes em apuração, os 'Autos Circunstanciados de Encontros Fortuitos' foram encaminhados ao Procurador-Geral da República, a fim de subsidiar a instauração do Inquérito 3.430/DF perante a Suprema Corte". Ou seja, o que configuraria malferimento da competência constitucional seria a efetiva "realização de diligências e medidas investigatórias em relação à autoridade detentora do foro especial por prerrogativa de função e não a *simples menção* sobre sua participação na empreitada criminosa, uma vez que se mostra improvável que já nos primeiros diálogos captados houvesse indícios concretos e suficientes que impusessem ao juiz o envio imediato dos autos ao Supremo Tribunal Federal".[550]

A 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não foi sensível a esses argumentos. Em decisão unânime, o órgão **invalidou** as interceptações telefônicas realizadas na instância de piso, no âmbito das Operações Vegas e Monte Carlo, bem como as provas diretamente delas derivadas, determinando-se, por consequência, o seu desentranhamento dos autos da ação penal formulada pelo Ministério Público de Goiás contra Demóstenes Torres, perante o Tribunal de Justiça anhanguerino.[551]

O entendimento adotado foi o de que o nome do ex-parlamentar – então detentor de foro por prerrogativa de função – não aportou nos diálogos telefônicos como "simples menção", tampouco poder-se-ia dizer que, no ponto, houve "encontro fortuito de provas". Logo, a manutenção das interceptações exigiria autorização da Suprema Corte. Considerou-se, pois, que as conversas telefônicas mantidas pelos investigados e o ex-senador estavam dentro da mesma linha histórica dos fatos que motivaram as investigações (**serendipidade de primeiro grau**).

Conforme o relator do RHC 135.683, Min. Dias Toffoli, desde o início das investigações, em 2008, surgiram "os primeiros indícios de que Carlos Cachoeira mantinha contato com políticos de expressão nacional", circunstância que, inclusive, teria sido constatada pela própria autoridade policial, ao indicar, em relatório, a "existência de um **braço político na organização** de Carlos Cachoeira, com destaques para o Senador Demóstenes Torres e o Deputado Federal Carlos Leréia".[552]

Por conseguinte, muito embora as autoridades de persecução penal tenham negado que Demóstenes Torres era alvo direto das investigações, para o relator, "os documentos constantes dos autos demonstraram exatamente o contrário, já que, desde seu início [...], já havia **indícios relevantes de envolvimento do recorrente com os fatos apurados**".[553] Destarte, em razão desses *indícios relevantes*, impositiva seria a remessa do caso para o Supremo Tribunal Federal, o que não

ocorreu *opportune tempore*.

De mais a mais, na lavra do Min. Toffoli, não haveria como se sustentar a inexistência de elementos probatórios relacionados aos fatos investigados, haja vista que "o próprio titular da Procuradoria da República afirmou que o recorrente teria alertado Carlos Cachoeira sobre uma operação policial relacionada a uma das atividades da organização criminosa".[554]

Em suma, nas palavras do Min. Celso de Mello, "diante do possível cometimento, por um senador da República, de uma suposta prática delituosa, caberia à autoridade judiciária de primeira instância, sob cuja supervisão tramitava o procedimento de investigação, imediatamente, reconhecer sua falta de competência e determinar o encaminhamento dos autos ao STF".[555]

### *4.6.4 Considerações diversas sobre o procedimento da Lei 9.296/1996*

Em arremate, calham algumas ligeiras observações sobre o rito procedimental da Lei de Interceptação Telefônica:

**Legitimados:** Conforme o art. 3.º, a interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada **(a)** de ofício pelo juiz; **(b)** por representação da autoridade policial, na investigação criminal; **(c)** por requerimento do Ministério Público, na investigação criminal e no curso da ação penal.

Paira divergência doutrinária quanto à legitimação do **(d)** réu, existindo duas correntes sobre o ponto. **1.ª corrente:** Em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório, apesar de não existir previsão legal, excepcionalmente, entende-se possível o requerimento de interceptação telefônica pelo réu, com vistas à comprovação de sua inocência.[556] **2.ª corrente:** O silêncio do legislador foi eloquente, de maneira que "não se confere legitimidade à defesa para requerer a interceptação telefônica, o que não significa dizer, no entanto, que o defensor ou o acusado não possam instar a autoridade policial ou o órgão ministerial para que exerçam sua legitimidade".[557]

A legitimação da **(e)** vítima para requerer a medida cautelar de interceptação telefônica, *na ação penal privada*, da qual é titular, é majoritariamente reconhecida.[558] De outro modo, *na ação penal pública*, na qualidade de assistente do Ministério Público, existem dois posicionamentos. **1.ª corrente:** Defende a legitimidade do requerimento pelo assistente de acusação com esteio no art. 271 do Código de Processo Penal ("Ao assistente será permitido propor meios de prova...").[559] **2.ª corrente:** Entende que a lei "não confere legitimidade à vítima para requerer a interceptação telefônica, independentemente de ela ter-se habilitado (ou não) como assistente no processo. Se a vítima não tem legitimidade para requerê-la, queremos crer, porém, que pode sugerir à autoridade policial ou ao órgão do Ministério Público que requeiram a diligência".[560]

Noutra esfera, em consonância com o disposto no § 2.º do art. 282 do Código de Processo Penal, acompanhados por Américo Bedê Jr. e Gustavo Senna,[561] defendemos a **constitucionalidade** da interceptação telefônica *ex officio* decretada *no curso da ação penal*, não, porém, *na fase*

*investigatória*.

*No curso da investigação criminal*, é defeso ao magistrado agir de ofício para decretar qualquer medida cautelar. Em razão do sistema processual acusatório – que cuidou de separar de maneira bem nítida as funções de acusar, defender e julgar –, não deve o magistrado ter uma participação ativa na primeira fase da *persecutio criminis*, de maneira a indicar o caminho pelo qual a investigação deve seguir. Nesse cenário, poderia o juiz começar a realizar os chamados **quadros mentais paranoicos** (**síndrome de Dom Casmurro**), em franco prejuízo ao investigado.

Nesse sentido, calha rememorar que a Procuradoria-Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.450) no STF contra o art. 3.º da Lei 9.296/1996, a fim de que "se exclua a possibilidade de o juiz, *na fase de investigação criminal*, determinar de ofício a interceptação de comunicações telefônicas sem que seja feito o requerimento da autoridade policial ou do membro do Ministério Público". No entendimento da Procuradoria, o magistrado "só poderia decretar a interceptação de ofício *no curso do processo*", porquanto a "iniciativa do juiz durante o inquérito policial ofende o devido processo legal, pois compromete a imparcialidade do magistrado. Além disso, usurpa a atribuição investigatória do Ministério Público e das Polícias Civis e Federal".[562]

Diversamente, há respeitável entendimento pela **inconstitucionalidade** da interceptação telefônica *ex officio* em qualquer estágio da persecução penal. Assim, "seja porque viola o processo acusatório, que tem incontestável assento constitucional, seja porque retira do juiz a necessária imparcialidade que, para além de representar uma importante garantia, é nota essencial da jurisdição, no nosso entender, é absolutamente inconstitucional a determinação da interceptação telefônica pelo juiz de ofício. E não importa se isso ocorre na fase investigatória preliminar ou dentro da fase processual instrutória. Tampouco serviria de apoio o artigo 156 do Código de Processo Penal, que só autoriza ao juiz uma atividade probatória supletiva, complementar, nunca desencadeante da colheita da prova, em busca da descoberta da autoria ou materialidade de qualquer crime".[563]

**Subsidiariedade:** o art. 2.º da LIT é taxativo ao prescrever que "não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção".

Esse dispositivo faz da medida uma providência **subsidiária**[564] em relação aos demais meios de investigação, não permitindo a lei que a interceptação telefônica ocorra sem que se tenham indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal. Veda-se, pois, a chamada **interceptação de prospecção ou pré-delitual**, ou seja, que tenha por finalidade "sondar se o indivíduo está ou não envolvido em práticas ilícitas".[565] Vale frisar:

"não existe interceptação telefônica pré-delitual, fundada em mera conjectura ou periculosidade (de uma situação ou de uma pessoa). Não é possível interceptação telefônica para verificar se uma determinada pessoa, contra a qual inexiste qualquer indício, está ou não cometendo algum crime. É absolutamente defesa a chamada interceptação de prospecção, desconectada da realização de um fato delituoso, sobre o qual ainda não se conta com indícios suficientes. No nosso *ius positum*, em suma, só se admite interceptação pós-delitual. E a finalidade última dessa medida cautelar tem que ser uma investigação criminal (ou instrução penal). A interceptação, em suma, destina-se a provar um delito que já está sendo investigado, não a comprovar se o agente está ou não delinquindo".[566]

Mas isso não quer dizer que a interceptação telefônica jamais possa ser a primeira medida investigativa efetivada pelo Estado, como tantas vezes se afirma em sede doutrinária. Esse entendimento, em verdade, "impõe à acusação o ônus de demostrar que a prova não poderia ter sido buscada de outra forma, ou que ela não seria descoberta a não ser pelo monitoramento telefônico – o que consiste em verdadeira **prova diabólica**".[567]

Nesse passo, a evolução jurisprudencial sobre o tema tem revelado que a interceptação das comunicações telefônicas pode ser, em certos casos, a única prova produzida, por ser a única *possível*.[568] Como é cediço, "em crimes como o de concussão [por exemplo], o réu não age às claras, ao contrário, perpetra sua ação na surdina, de modo que a coleta da prova da prática do fato típico torna-se mais difícil, o que justifica, dessa forma, a decretação da [...] interceptação telefônica, porque seria o **único meio de prova possível** no caso".[569]

Em tais casos, **competirá à defesa** o ônus de demonstrar que outros meios igualmente eficazes poderiam ter levado o Estado ao alcance do mesmo resultado e com menor dano para a intimidade do investigado, tal como ressaltado pelo Min. Ricardo Lewandowski quando do julgamento do HC 113.597/SP, no qual Sua Excelência considerou que, "embora o réu tenha asseverado que a prova poderia ter sido colhida de outra forma, **não foi capaz de elencar meios alternativos**".[570]

Portanto, "não há constrangimento ilegal no deferimento da monitoração telefônica do recorrente, quando verificado que restou devidamente demonstrado que a única possibilidade de êxito das investigações seria por meio da medida de interceptação telefônica, a qual traria elementos para um melhor dimensionamento dos fatos ilícitos e uma delimitação mais segura acerca da autoria delitiva".[571]

Em epítome, o princípio da subsidiariedade contemplado pelo art. 2.º, II, da Lei 9.296/1996 não exige sempre a produção prévia de outros meios de prova como requisito para a decretação da interceptação telefônica. "O dispositivo refere-se à inexistência de outros meios de prova, evidentemente, de outros meios eficazes de produção de prova sobre os fatos investigados no caso concreto."[572]

Ademais, a Lei 9.296/1996 (art. 2.º, III) restringiu a possibilidade de interceptação telefônica às infrações penais punidas com pena de reclusão (**crimes de catálogo**), razão pela qual, *a priori*, não se admite a decretação de interceptação de comunicações telefônicas para a investigação de crimes

punidos com detenção ou prisão simples, tais como a ameaça e a contravenção penal do jogo do bicho, respectivamente.

Disso resulta, na esteira orientativa do STJ, ser "inadmissível a interceptação de comunicações telefônicas quando o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Contudo, é possível se autorizar a quebra do sigilo para apurar crime punível com **detenção desde que conexo com outros delitos puníveis com reclusão**".[573] É o que ocorre, por exemplo, quando se investiga uma *organização criminosa por natureza* (reclusão) especializada na prática de *fraude a procedimentos licitatórios*, cuja conduta típica é sancionada com detenção.[574]

**Forma:** o pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a descrição clara da situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, e a demonstração de que sua realização é necessária à apuração de infração penal (parágrafo único do art. 2.º c/c o art. 4.º, *caput*). Trata-se, pois, de providência de cunho nitidamente cautelar. Prevê a lei que, "excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo" (art. 4.º, § 1.º). Em qualquer caso, a interceptação "ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas" (art. 8.º).

**Prazo máximo para apreciação do pedido:** 24 horas (art. 4.º, § 2.º).

**Prazo de duração da medida:** diz o art. 5.º da LIT que "não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova". Como se vê, *a priori*, quinze dias é o *prazo máximo* de duração, nada obstando o seu deferimento em *prazo menor*.

Quanto à renovação, há entendimento minoritário no sentido de que esta poderia ocorrer apenas uma vez, nunca excedendo a trinta dias (15 + 15).[575] Entretanto, na esteira da jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal, a lei não limitou a prorrogação a *apenas* um período, de modo a ser possível, sempre com esteio no vetor da proporcionalidade, quantas prorrogações forem necessárias, sobretudo "quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem".[576]

Assim, demonstrando-se que as razões iniciais legitimadoras da interceptação subsistem e o contexto fático delineado pela parte requerente indique a sua necessidade para a elucidação do fato criminoso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a razoável prorrogação da medida, desde que respeitado o prazo de 15 (quinze) dias por período.[577] O que mais importa, pois, é a persistência dos pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica. Com isso, não há falar em obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas.[578]

A fundamentação das prorrogações, inclusive, pode se dar na forma ***per relationem*** ou ***aliunde***. Dessarte, é amplamente majoritária nos tribunais superiores a compreensão de que a técnica da fundamentação *per relationem*, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da República.[579] Bem ao contrário, "a motivação *per relationem*, ou fundamentação *aliunde*, assegura a garantia constitucional prevista no artigo 93, IX, da CF/88".[580]

O que **não se admite** em nenhuma hipótese é a **prorrogação automática**, já autorizada quando da decisão original. Tanto a primeira decisão quanto as subsequentes exigem motivação. Para fundamentar o pedido de renovação da interceptação, além da observância aos requisitos constitucionais (CR/88, art. 5.º, XII) e legais (Lei 9.296/1996, art. 2.º), faz-se necessária a descrição clara da situação objeto da investigação esteada em **auto circunstanciado**[581] que contenha o resumo das operações realizadas – com a explicitação das conversas captadas – (LIT, art. 6.º, § 2.º), de maneira a indicar a necessidade da continuação das investigações.

**Transcrição (degravação):** no caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição (art. 6.º, § 1.º). Posteriormente, o resultado da interceptação será encaminhado ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas (art. 6.º, § 2.º).

É de todo impertinente a transcrição ou degravação integral das conversas telefônicas interceptadas, mesmo porque a Lei 9.296/1996 é explícita ao preconizar que "a gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual, ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada" (art. 9.º).

Portanto, todos os diálogos usados pelo Ministério Público na denúncia devem ser integralmente transcritos. As conversas sobressalentes não precisam ser literalmente reproduzidas. Como bem assenta Vladimir Aras, "os diálogos íntimos do investigado e outros temas de sua vida privada serão destruídos – jamais transcritos – e continuarão segredos de alcova. A ligação para o serviço de entrega de pizzas também não precisa de transcrição".[582]

Igualmente, a jurisprudência dos Tribunais superiores agasalha o entendimento pela "[...] prescindibilidade da degravação de todas as conversas, sendo bastante que se tenham transcritos os excertos que subsidiaram o oferecimento da denúncia".[583] Nesse sentido:

"É pacífico o entendimento nos tribunais superiores no sentido de que é prescindível a transcrição integral do conteúdo da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, somente sendo necessária, a fim de se assegurar o exercício da garantia constitucional da ampla defesa, a transcrição dos excertos das escutas que serviram de substrato para o oferecimento da denúncia. [...]".[584]

**Crime:** Constitui crime sujeito a pena de reclusão, de dois a quatro anos, e multa, as condutas de realizar interceptação de comunicações telefônicas, e informática ou telemática, ou quebrar

segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei (art. 10).

## 4.7 Afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal

O art. 3.º, VI, da Lei 12.850/2013 previu como meio especial de obtenção da prova em qualquer fase da persecução penal que tenha por objeto a criminalidade organizada o "afastamento dos sigilos financeiro,[585] bancário[586] e fiscal,[587] nos termos da legislação específica".

Por sua vez, a Constituição da República erigiu à categoria de direito fundamental a inviolabilidade da intimidade e vida privada, nos estritos lindes do que se encontra preceituado no art. 5.º, X. Entretanto, conforme há muito assentado, é cediço que os direitos individuais não podem constituir salvaguarda para práticas ilícitas, na linha da jurisprudência do STF.[588]

Nessa trilha, o Pretório Excelso pacificou o entendimento "no sentido de que os sigilos bancário e fiscal são relativos e podem ser quebrados, observado o devido processo legal". Assim, "verificada na espécie a indispensabilidade da quebra do sigilo, sendo apresentadas razões de relevante interesse público e exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades, o sigilo não pode prevalecer, impondo-se a medida excepcional".[589]

Portanto, nas condições anteriormente expostas, o sigilo bancário assentado no art. 1.º da Lei Complementar 105/2001 ("as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados") pode ser legitimamente afastado em qualquer fase da persecução penal,[590] sobretudo se com o escopo de investigar os crimes praticados por organização criminosa e a quase sempre presente lavagem de ativos, sendo taxativa a lei nesse particular:

Art. 1.º [...], § 4.º, da LC 105/2001. "**A quebra de sigilo poderá ser decretada**, quando necessária para apuração de ocorrência de **qualquer** ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e **especialmente** nos seguintes crimes: [...] VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX – praticado por organização criminosa".

O sigilo fiscal, por seu turno, encontra previsão infralegal no art. 198 do Código Tributário Nacional, segundo o qual, "sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades". Entrementes, o § 1.º, I, do mesmo artigo cuida de excepcionar a preservação do sigilo, autorizando-se o seu levantamento em caso de "**requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça**".

Tal como o sigilo bancário, as informações relativas ao sigilo fiscal somente poderão ser devassadas em caráter excepcional e nos estritos limites legais, pois as declarações prestadas para fins de imposto de renda revestem-se de caráter sigiloso, e somente motivos excepcionais justificam a possibilidade de acesso por terceiros, havendo necessidade de autorização judicial, devidamente

motivada no interesse da Justiça.[591]

Não fosse suficiente a previsão legal a revelar a **necessidade de autorização judicial** (ou de determinação por Comissão Parlamentar de Inquérito[592] – *ex vi* do art. 58, § 3.º, da CR/88) para a quebra dos sigilos fiscal e bancário, a jurisprudência uníssona formada em torno do tema sacramentou essa inteligência. Demais disso, exige-se que haja a demonstração de fundados indícios de autoria e materialidade, a teor do que se vê:

"1. O sigilo bancário é garantido no artigo 5.º da Constituição Federal, e para que haja o seu afastamento exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada (artigo 93, IX, da Carta Magna). [...] 3. Embora a referida norma complementar [LC n.º 105/01] não estabeleça os requisitos necessários para a decretação da medida, assim como em qualquer outra que envolve o afastamento de direitos individuais, exige-se que haja fundados indícios de autoria e materialidade, bem como que a decisão que a autoriza seja devidamente fundamentada. [...] Não há falar em precedência da quebra do sigilo fiscal sobre o bancário, como vislumbrado no inconformismo, uma vez que se trata de medidas complementares e cujos objetivos são diversos, sendo que, na espécie, ambas foram consideradas essenciais pelo togado responsável pelo feito para a adequada elucidação dos fatos [...]".[593]

Por tudo isso, e não obstante a existência de entendimento jurisprudencial[594] e doutrinário[595] em sentido contrário, é mais consentânea com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a concepção segundo a qual o acesso ao **dossiê integrado** da Receita Federal – sistema que fornece informações compiladas sobre alterações de propriedades imobiliárias; declarações de rendas de pessoas físicas; operações de locação imobiliária, de cartão de crédito, de comércio exterior etc. – depende de autorização judicial, porquanto a medida se enquadra no espectro do *sigilo fiscal* e, como tal, não pode ser objeto de requisição direta pelo *Parquet*.[596]

Outrossim, apesar da opinião de doutrinadores do escol de Alexandre de Moraes,[597] Denilson Feitoza Pacheco[598] e Eugênio Pacelli de Oliveira,[599] o entendimento reinante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "**os poderes conferidos ao Ministério Público** pelo art. 129 da Carta Magna e pelo art. 8.º da Lei Complementar n.º 75/93, dentre outros dispositivos legais aplicáveis, **não são capazes de afastar a exigibilidade de pronunciamento judicial acerca da quebra de sigilo bancário ou fiscal** de pessoa física ou jurídica, mormente por se tratar de grave incursão estatal em direitos individuais protegidos pela Constituição da República no art. 5.º, incisos X e XII".[600]

Conquanto seja esse o entendimento prevalente na jurisprudência, há um conhecido precedente do Supremo Tribunal Federal (MS 21.729, Rel. p/ o ac. Min. Néri da Silveira, *DJ* 19.10.2001), no qual ficou definido que, tratando-se de informações relativas a **desvios de verbas públicas, pode o *Parquet* promover o *rastreamento* destas obtendo informações diretamente junto à instituição financeira**. Entendeu-se, na ocasião, que o sigilo bancário não abarca as movimentações financeiras

realizadas por órgãos públicos, uma vez que essas operações estão sujeitas à regra de publicidade, e não de privacidade.[601]

A questão envolvendo a *quebra de sigilo bancário de contas públicas* e a *requisição direta pelo Ministério Público*, recentemente, voltou a ser debatida no Pretório Excelso. No caso, pretendia-se o "trancamento" da ação penal instaurada para apurar crimes de desvio de verbas públicas, lavagem de dinheiro e fraudes em licitações, dada a ilicitude das provas colhidas por meio de quebra de sigilo bancário solicitada por ofício encaminhado pelo *Parquet*, sem autorização judicial, a gerente de instituição financeira. Ao apreciar a matéria, a 2.ª Turma do STF negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, sob a fundamentação de que

"o sigilo de informações necessário à preservação da intimidade é relativizado quando há interesse da sociedade em conhecer o destino dos recursos públicos. Diante da existência de indícios da prática de ilícitos penais envolvendo verbas públicas, *cabe ao MP, no exercício de seus poderes investigatórios, requisitar os registros de operações financeiras relativos aos recursos movimentados a partir de conta-corrente de titularidade da prefeitura municipal. Essa requisição compreende, por extensão, o acesso aos registros das operações bancárias sucessivas, ainda que realizadas por particulares, e objetiva garantir o acesso ao real destino desses recursos públicos* . Decidir em sentido contrário implicaria o esvaziamento da própria finalidade do princípio da publicidade, que é permitir o controle da atuação do administrador público e do emprego de verbas públicas".[602]

Nessas pegadas, o Superior Tribunal de Justiça também agasalhou a orientação conforme a qual:

"as contas públicas, ante os princípios da publicidade e da moralidade (art. 37 da CF), não possuem, em regra, proteção do direito à intimidade/privacidade, e, em consequência, não são protegidas pelo sigilo bancário. Na verdade, a intimidade e a vida privada de que trata a Lei Maior referem-se à pessoa humana, aos indivíduos que compõem a sociedade, e às pessoas jurídicas de Direito privado, *inaplicáveis tais conceitos aos entes públicos*. Assim, *conta corrente de titularidade de Prefeitura Municipal não goza de proteção à intimidade/privacidade, tampouco do sigilo bancário*, garantia constitucional das pessoas naturais e aos entes particulares. Nessa linha de raciocínio, lícita a requisição pelo Ministério Público de informações bancárias (emissão de cheques e movimentação financeira) de titularidade da Prefeitura Municipal de Potengi/CE, com o fim de proteger o patrimônio público, não se podendo falar em quebra ilegal de sigilo bancário".[603]

Noutra frente, na esteira do entendimento sedimentado no STJ, vale sublinhar que "a quebra de sigilo bancário ou fiscal de pessoa física ou jurídica não pode ser realizada à revelia da atuação do Poder Judiciário para fins de investigação criminal ou para subsidiar a *opinio delicti* do *Parquet,* sendo nitidamente *ilícitas [...] as provas remetidas pela Receita Federal do Brasil diretamente ao Ministério Público*, com posterior oferecimento de denúncia".[604] Em casos que tais, "restando incontroverso que da quebra ilegal dos sigilos decorreu diretamente a denúncia e ação penal, a

nulidade da prova inicial acaba por contaminar a toda ação penal".[605]

Assim, para o Tribunal da Cidadania, "*não cabe* à Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo tributário e sem competência constitucional específica, fornecer [*compartilhar*] dados obtidos mediante requisição direta às instituições bancárias, *sem prévia autorização do juízo criminal*, para fins penais".[606]

Ou seja, conquanto a jurisprudência do STJ admita "a quebra de sigilo bancário diretamente pela autoridade fiscal para fins de constituição do crédito tributário, o certo é que tal entendimento não se estende à utilização de tais dados para que seja deflagrada ação penal, por força do artigo 5.º da Constituição Federal, e nos termos do artigo 1.º, § 4.º, da Lei Complementar 105/2001".[607]

Com o máximo de respeito, não comungamos dessa visão. Não conseguimos mesmo compreender a lógica do raciocínio que *permite* à Receita o acesso a dados bancários para fins administrativos, mas *veda* o repasse – em caráter de sigilosidade – dessas mesmas informações ao Ministério Público, para providências criminais.

Esse entendimento, aliás, faz *tabula rasa* da regra inscrita no art. 8.º, § 2.º, da Lei Complementar 75/1993,[608] segundo a qual: "Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido". Ora, da mesma forma que o Fisco deve conservar o sigilo dos dados por ele obtidos, a lei impõe ao *Parquet* a *manutenção da confidencialidade* das informações que lhe forem repassadas com esse caráter, sem jamais excluir do *tutor constitucional da ordem jurídica* (CR/88, art. 127) o conhecimento acerca de evidências da prática de infração penal processada mediante ação penal pública incondicionada.[609]

Acerca do tema, importa sublinhar que no julgamento do RE 601.314, o **Plenário do Supremo Tribunal Federal**, por maioria, fixou a **tese** segundo a qual o art. 6.º da LC 105/2001 **não ofende o direito ao sigilo bancário**, ao permitir o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras de contribuintes diretamente ao Fisco, sem autorização judicial, quando a medida for considerada indispensável pela autoridade administrativa e houver procedimento (administrativo ou fiscal) em curso.

Na ocasião, preponderou a ideia de que a **quebra de sigilo bancário** *não se confunde com a* **transferência de dados bancários**, uma vez que na *quebra* de sigilo há divulgação das informações, enquanto na *transferência* as informações ficam sob o cuidado das entidades receptoras que têm o dever legal de manter o sigilo dos dados. Assim, conforme o parecer lavrado pelo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, **o sigilo bancário**,

"na forma prevista na Lei Complementar 105/2001, **transmuda-se em sigilo fiscal**, possibilitando atender ao interesse público de evitar-se a evasão fiscal, preservando-se o sigilo dos dados. Assim, ante a observação dos direitos individuais fundamentais do contribuinte, não há que se falar em quebra de sigilo. O que se observa, repita-se, é a *transferência de dados bancários ao Fisco*, no

âmbito da administração, a *qual está obrigada legalmente a manter o sigilo*".[610]

A partir daí, em sentido diametralmente oposto à jurisprudência até então sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, o **Supremo Tribunal Federal proferiu reiteradas decisões afirmando que deve ser estendida a compreensão fixada no julgamento do RE 601.314 *à esfera criminal***.[611] E não poderia mesmo ser diferente, pois, do mesmo modo que se admite *transferência* [não a quebra] de sigilo bancário para o fisco, deve-se permiti-la do fisco ao Ministério Público para fins de persecução penal, competindo ao *Parquet*, à semelhança do que se dá com o órgão fiscal, assegurar o sigilo das informações fiscais e bancárias legitimamente recebidas.

Essa compreensão, portanto, se assenta na premissa de que o Ministério Público, ao receber de modo lídimo os dados obtidos pelo fisco, continua tendo o dever de conservar o sigilo dos documentos e dados bancários do investigado, razão pela qual não se há falar em *quebra do sigilo bancário sem autorização judicial*, mas, sim, em *mera transferência do dever legal do sigilo*, da autoridade fiscal à autoridade ministerial.

Por tudo isso, e ao contrário do que até aqui vem entendendo o STJ, no **Supremo**, é fortíssima a orientação segundo a qual é **possível**, *sem que se reclame autorização judicial*, a obtenção dos dados bancários diretamente pela Receita e sua posterior remessa ao Ministério Público, para fins de instrução criminal.[612]

Sacramentando de vez a questão, no acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.057.667/SE , na trilha do voto do relator, Min. Luís Roberto Barroso, a 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal **rechaçou** a decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça, consoante a qual os dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições bancárias não poderiam ser utilizados no processo penal. Para o órgão fracionário da Pretório Excelso, o entendimento seguido pelo STJ contraria a **orientação majoritária da Corte**, no sentido de ser factível a utilização das informações obtidas pelo Fisco, por meio de regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal.

À guisa de conclusão, impende destacar alguns aspectos interessantes sobre a temática:

**(a)** 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 (art. 3.º da LC 105/2001).

**(b)** É juridicamente possível o compartilhamento de informações bancárias sigilosas obtidas pela Justiça norte-americana e remetidas ao Brasil para a instrução de processo penal aqui deflagrado, por força do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal (MLAT – *Mutual Legal Assistance Treaty*),[613] promulgado internamente pelo Decreto 3.810/2001.

**(c)** Não configura quebra de sigilo bancário o relatório do Conselho de Controle das Atividades

Financeiras (Coaf) que aponta às autoridades de persecução penal a existência de movimentação financeira atípica.[614] O Coaf não promove quebras de sigilo fiscal e/ou bancário, "apenas centraliza as comunicações de operações suspeitas advindas do sistema bancário, promove a análise dos dados e transmite a informação a quem de direito".[615]

**(d)** É pacífica a compreensão de que o relatório do Coaf que aponta a existência de movimentação financeira atípica pode ensejar a instauração de procedimento investigatório. Também é amplamente reconhecida a possibilidade de se pleitear a quebra de sigilo bancário com esteio no sobredito documento, quando realizadas outras diligências preliminares. Veja-se:

"Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a autorização do afastamento dos sigilos fiscal e bancário deverá indicar, mediante fundamentos idôneos, a pertinência temática, a necessidade da medida, '**que o resultado não possa advir de nenhum outro meio ou fonte lícita de prova**' e 'existência de limitação temporal do objeto da medida, enquanto predeterminação formal do período' [...]. No caso, **o pedido de afastamento dos sigilos fiscal e bancário encontra-se embasado, em síntese**, em declarações feitas no âmbito de colaboração premiada, em depoimento prestado por pessoa supostamente envolvida nos fatos investigados e em relatório do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Os elementos até então colhidos indicavam possível pagamento de vantagem indevida a parlamentar em troca de influência supostamente exercida no âmbito da Petrobras, mostrando-se necessária e pertinente a decretação da medida postulada para que fossem esclarecidos os fatos investigados".[616]

Nesse aspecto, ao apreciar o HC 191.378, orientou-se a 6.ª Turma do STJ pela inadmissibilidade da quebra do sigilo bancário *como a origem propriamente dita das investigações*, porquanto "nenhum outro meio possível de prova" havia sido realizado pela autoridade policial, que partiu, "exclusivamente, do Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) para requerer o afastamento dos sigilos".[617]

A motivação para a declaração da inadmissibilidade da medida cautelar no citado *habeas corpus*, portanto, não foi a utilização exclusiva do relatório do Coaf para fundamentar o pleito e o *decisum*, mas a ausência de demonstração da impossibilidade de colheita de provas mediante outro meio menos invasivo. Por isso, considerou-se que "o deferimento da medida excepcional por parte do magistrado de primeiro grau não se revestiu de fundamentação adequada nem de apoio concreto em suporte fático idôneo, excedendo o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, maculando, assim, de ilicitude referida prova".[618]

Em regra, pois, tem-se exigido que o pedido de quebra de sigilo bancário venha estribado em diligências investigatórias outras, para além do relatório de movimentação financeira atípica. Contudo, em certas hipóteses, o descortinamento do sigilo bancário poderá se apresentar como a **única prova possível**, sem a qual os trabalhos investigativos serão invariavelmente prejudicados.

Em casos que tais, "a quebra de sigilo **se justifica por não haver outros meios de averiguação da evolução patrimonial** dos investigados, o que inviabilizaria a apuração integral dos fatos".[619]

Desse bosquejo, resulta ser possível a realização da quebra de sigilo bancário, ainda que embasada **exclusivamente** no relatório de movimentação financeira atípica elaborado pelo Coaf, quando não existirem outros meios menos invasivos que permitam o mesmo grau de eficácia. A propósito, no acórdão proferido no RMS 38.060, o Min. Schietti considerou que o levantamento do sigilo bancário nessas circunstâncias observou o princípio da proporcionalidade em seus três aspectos, em razão de que a providência "foi *adequada*, era um meio idôneo para a obtenção da prova; **foi *necessária*, porque não haveria outros meios com igual eficácia e menor lesividade**; e foi *proporcional*, em sentido estrito, em uma relação entre meios e fins". Ademais, ressaltou que "o rigor com que se examina uma prisão preventiva não pode ser o mesmo empregado para o exame de uma providência também de natureza cautelar, mas voltada à colheita de prova relativa a dados bancários e fiscais".[620]

Não se olvide, entretanto, que o critério da existência ou não de outros meios menos invasivos é severamente criticado por parcela da doutrina, porque ignora o *risco de dano jurídico* – causado pela intempestividade investigatória – que "consiste em elemento hábil a justificar o início das investigações pela tomada de medidas urgentes, imediatas, sigilosas, entre as quais o afastamento do sigilo bancário, fiscal e telefônico".[621] Aliás, essa corrente questiona até mesmo se deveria existir sigilo bancário em relação às autoridades encarregadas das investigações, haja vista que não se pode afirmar que dados bancários sejam inerentes à intimidade do cidadão, ao contrário do que ocorre com as comunicações telefônicas.

**(e)** Nos termos do art. 10, *caput* e parágrafo único, da LC 105/2001, constitui crime punido com reclusão de um a quatro anos, e multa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, (e.1) a quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas na lei de regência; e (e.2) a omissão, o retardamento injustificado ou a falsa prestação das informações requeridas.

## 4.8 Infiltração de agentes policiais

### *4.8.1 Conceito, evolução legislativa e críticas*

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,[622] em determinada organização criminosa, forjando a condição de integrante, com o escopo de alcançar informações a respeito de seu funcionamento e de seus membros.

Em sede doutrinária, três características básicas que marcam o instituto costumam ser indicadas, a saber: "a *dissimulação*, ou seja, a ocultação da condição de agente oficial e de suas verdadeiras

intenções; o *engano*, posto que toda a operação de infiltração se apoia numa encenação que permite ao agente obter a confiança do suspeito; e, finalmente, a *interação*, isto é, uma relação direta e pessoal entre o agente e o autor potencial".[623]

No direito comparado, é possível notar a recente aparição da figura do agente infiltrado nos ordenamentos jurídicos europeus (a exemplo do que se vê na Itália, na França, na Alemanha, em Portugal, na Espanha[624] etc.), nos Estados Unidos da América[625] e em países latino-americanos, como a Argentina.[626]

No âmbito doméstico, a revogada Lei 9.034/1995, em seu art. 2.º, V, estabelecia ser possível, em qualquer fase de persecução criminal que versasse sobre ação praticada por organizações criminosas, a "infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial".

De modo semelhante, sem entrar em maiores detalhes procedimentais, a Lei 11.343/2006, no art. 53, I, preconizou ser possível, em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos na Lei de Drogas, mediante autorização judicial e a oitiva do Ministério Público, "a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes".

Com caráter mais programático, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), ao tratar das técnicas especiais de investigação, previu também as "operações de infiltração" (art. 20, item 1), sem pormenorizá-las.

Por seu turno, a Lei 12.850/2013 tratou da "infiltração, por policiais, em atividade de investigação" como **meio especial de obtenção da prova** (art. 3.º, VII) e, em seus arts. 10 a 14, disciplinou – pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico – o instituto dando-lhe desejáveis contornos procedimentais (legitimidade; exigência de autorização judicial; distribuição sigilosa; prazo de duração; fixação de limites; controle judicial e ministerial; relatórios circunstanciado e parcial etc.) e dotando o *agente infiltrado* de alguns direitos.[627]

Não obstante o avanço legislativo, é cíclico o retorno à velha discussão do dilema ético da infiltração de agentes. Nessa vereda, Juarez Cirino dos Santos pondera que "a figura do agente infiltrado em quadrilhas ou organizações e/ou associações criminosas, como procedimento de investigação e de formação de provas, com a inevitável participação do representante do poder em ações criminosas comuns, infringe o princípio ético que proíbe o uso de meios imorais pelo Estado para reduzir a impunidade".[628]

Por seu turno, Antonio Magalhães Gomes Filho cogita (possível cooptação) que, "sobretudo pela notória má remuneração atribuída aos agentes policiais", haveria "um sério risco de atraírem para a criminalidade pessoas que, por sua ligação com as estruturas oficiais, teriam excepcionais condições para se integrarem às mesmas associações criminosas, incrementando suas atividades ilegais".[629]

Eugênio Pacelli, por sua vez, passou a "rejeitar a validade das normas" contidas na Lei 12.850/2013, "por entendê-las excessivas e, por isso, inconstitucionais no horizonte normativo que deve obediência ao paradigma do Estado de Direito, e, ainda mais especificamente, [...] ao princípio da moralidade administrativa consagrado no art. 37, da Constituição da República".[630]

Fazendo coro às críticas, Leonardo Sica afirma que, por ter que autorizar a infiltração, seria "humanamente impossível que, adiante", viesse o magistrado a julgar a causa "com a imparcialidade e equidistância almejadas". Para ele, "o juiz que participar da ação controlada ou da infiltração policial não conseguirá se desvincular de sua própria atuação inquisitória".[631]

Essa visão, entretanto, é severamente vergastada por Guilherme de Souza Nucci[632] e Wellington Cabral Saraiva, o qual reputa risível a crítica ao instituto por ser algo "desleal com os criminosos".[633] Na mesma linha, como bem anotam Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, "imaginar-se que um magistrado, pelo fato de autorizar uma infiltração, estaria comprometendo sua imparcialidade – já que seria quase que *compelido* a condenar, legitimando, assim sua decisão anterior – traduz raciocínio que apequena a magistratura brasileira".[634]

Aliás, *ad argumentandum tantum*, nem mesmo o magistrado que teve contato com prova ilícita está proibido de julgar o caso, porquanto não vigora entre nós a chamada **descontaminação do julgado**.[635] Se assim é tratando-se de manuseio de prova ilícita, como poderá ser aventado o afastamento do julgamento da causa do magistrado que apenas defere uma legítima providência cautelar?!

Ademais, inspirados pelo doutrinador brasileiro que certamente mais se debruçou sobre o tema, o Promotor de Justiça goiano Flávio Cardoso Pereira, somos levados a concluir que

"o crescimento e desenvolvimento de novas formas graves de criminalidade tem colocado o Processo Penal em situação de alarma, uma vez que a persecução penal realizada nos moldes tradicionais, com métodos de investigação já amplamente conhecidos, vem se demonstrando insuficiente no tocante ao combate à delinquência moderna. Impõe-se então o estabelecimento de regras processuais compatíveis com a modernização do crime organizado, porém, sempre respeitando dentro do possível os direitos e garantias fundamentais dos investigados ou acusados".[636]

A infiltração policial é, por certo, uma dessas novas técnicas especiais de investigação voltadas para o enfrentamento da criminalidade organizada. Usada em conformidade com o vetor da proporcionalidade e de acordo com o *due process of law*, a medida (**compatível com o garantismo penal**),[637] agora devidamente regulamentada pela legislação, haverá de ser utilizada com mais eficácia e frequência.

### *4.8.2 Distinções conceituais*

O doutrinador espanhol Joaquim Delgado, citado por Mendroni, distingue quatro formas mais

específicas de infiltração de agentes:

"'**Agente Meramente Encubierto'**: Agente que investiga a prática de um delito mediante a técnica consistente em ocultar sua condição de policial, sem outras manobras ou instrumentos de infiltração. Normalmente sua atuação se centraliza na investigação de um fato delituoso isolado, sem estender-se na atividade geral de uma organização [...] sem prolongar-se no tempo. [...]
**'Agente Encubierto Infiltrado'**: A sofisticação inerente à atividade das organizações criminosas frequentemente exige que o agente não somente oculte a sua condição, senão que integre as suas estruturas e participe de suas atividades. O termo mais adequado para definir essa figura é de agente infiltrado, porque ele se introduz sub-repticiamente na organização criminosa.
**'Agente Encubierto Infiltrado com Identidad Supuesta'**: Para que o Agente Encoberto (AE) possa se infiltrar de forma adequada na organização criminosa é necessário que se apresente ante os seus integrantes com identidade falsa. [...] A adoção de uma identidade falsa supõe um salto qualitativo nos distintos graus de infiltração policial porque o próprio poder público utiliza mecanismos por si sós delituosos para criar uma identidade falsa.
**'Agente Provocador'**: Essa figura surge quando um agente de polícia que oculta a sua condição provoca a prática de um delito, isto é, incita a praticar a infração a quem não tinha, previamente, tal propósito, originando assim o nascimento da vontade criminal no caso concreto [...]. Assim entendido, poderá ser agente provocador qualquer policial que atue como agente encoberto, infiltrado ou não, com ou sem identidade falsa".[638]

Ao menos em nosso ordenamento jurídico, em razão da indução à prática de infração penal, sem que tal propósito existisse previamente na mente do autor, e, sobretudo, da preparação da situação de flagrância, a atuação do **agente provocador** (**teoria da armadilha**[639] ou ***entrapment defense***)[640] redundará na formação de prova viciada.[641] Aliás, na vala da conhecida Súmula 145 do STF, "não há crime, quando a preparação[642] do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".[643]

Por sua vez, o agente infiltrado não determina a realização do crime por parte de terceiro, tampouco arquiteta a sua prisão flagrancial, apenas colhe evidências e informações acerca da estrutura da organização criminosa. O agente infiltrado não fomenta "atos de provocação ou incitação à prática do delito. Se assim proceder, deverá ter sua conduta analisada à luz do tratamento que é dispensado ao delito provocado, ficando prejudicada sua isenção de responsabilidade penal".[644] Destarte, não há identificação entre a atuação do *agente infiltrado* e a ocorrência de um flagrante forjado pelo *agente provocador*, uma vez que aquele tão somente observa e amealha elementos de convicção, não fazendo parte de seu mister qualquer ato de provocação à prática delitiva.[645]

Também não há de confundir o agente infiltrado com o chamado *undercover agent*, do direito norte-americano. Em verdade, tem-se reconhecido no *undercover agent* uma especialização do agente infiltrado, um **infiltrado** *sui generis*, uma vez que sua tarefa consiste em realizar **operações genéricas**, sem relação com uma organização criminosa predeterminada. Sendo assim, ainda que o *undercover agent* seja um policial atuando de forma encoberta, ele "se infiltra de modo genérico em âmbitos e organizações diversas, sem que seu labor obedeça, desde um princípio, a uma investigação

delitiva concreta".[646] Lado outro, a autorização judicial do agente infiltrado é restrita a um caso específico, não configurando uma "carta branca" para infiltração em variadas organizações criminosas.

### *4.8.3 Legitimados*

O art. 10 da Lei 12.850/2013 prevê quem são os legitimados para pleitear a infiltração policial, *in verbis*:

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

Assim, conforme o artigo em estudo, a infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação pode ser deflagrada a partir **(a)** de representação do delegado de polícia[647] ou **(b)** de requerimento do Ministério Público.

Em caso de "representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, **ouvirá o Ministério Público**" (LCO, art. 10, § 1.º). Trata-se de providência afinada com o sistema acusatório, que realça o papel do MP de *dominus litis*, pois, sendo a Instituição a verdadeira destinatária dos elementos de convicção colhidos na fase investigatória, nada mais salutar que participe diretamente dessa fase da persecução penal, orientando caminhos probatórios e controlando excessos (CR/88, art. 129, VII).

Por isso, caso o *Parquet* deixe de requerer a infiltração, tal como representada pela autoridade policial, a medida não poderá ser deferida pelo magistrado, porque, na hipótese, não existindo pedido pelo titular da ação penal (cautelar, inclusive), estaria o juiz autorizando *ex officio* a providência. Ora, "se o órgão acusatório, que possui o ônus da prova, é contrário à diligência, não tem sentido o magistrado deferi-la. Além disso, não concebemos uma infiltração de agentes sem acompanhamento e controle permanente do Ministério Público".[648] Portanto, dissentindo o juiz do entendimento externado pelo membro do Ministério Público, por aplicação analógica do art. 28 do CPP, a questão deve ser remetida à superior instância do *Parquet* (Procurador-Geral de Justiça/MPE ou Câmara de Coordenação e Revisão/MPF) para deliberação final.[649]

Tratando-se de requerimento por membro do *Parquet*, exige-se "**manifestação técnica do delegado de polícia**", porquanto seria de todo inócua uma decisão autorizando a infiltração sem que, por exemplo, nos quadros policiais houvesse agente com perfil adequado[650] ao cumprimento desse penoso mister. Em outros termos, a polícia deverá expor fundamentadamente as condições técnicas da infiltração, sua viabilidade no campo operacional etc.

O texto normativo silencia sobre a possibilidade de **determinação** *ex officio* de infiltração

policial. Certamente, na fase investigatória, o magistrado estará terminantemente **proibido** de autorizar de ofício a medida, seja por notória mácula ao sistema acusatório,[651] seja por violação ao disposto no art. 282, § 2.º, do Código de Processo Penal.

### *4.8.4 Momento*

Não há consenso na doutrina sobre se seria possível a autorização judicial para a infiltração policial na segunda fase da persecução penal. Para um setor, esse meio de obtenção da prova seria instrumento que se afeiçoa somente à fase investigatória; para outros, poderia ser utilizado também durante o processo penal. Veja-se:

**1.ª corrente:** Entende que a medida só pode ser decretada no bojo de procedimento investigatório criminal. É a opinião de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto,[652] bem como de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, para os quais "não faz qualquer sentido que se realize a infiltração uma vez já iniciada a ação penal".[653]

Ademais, o § 2.º do art. 12 da Lei 12.850/2013 assevera que "os autos contendo as informações da operação de infiltração *acompanharão a denúncia* do Ministério Público". Ora, se os autos da infiltração devem acompanhar a denúncia é porque a operação haverá de ocorrer antes da formalização da acusação, portanto, na primeira fase da persecução penal.

Além do mais, na mesma linha do concebido pela Lei de Drogas, expressa em prever como possível "a infiltração por agentes de polícia, *em tarefas de investigação*" (art. 53, I), a Lei do Crime Organizado preconizou como meio de obtenção de prova a "infiltração, por policiais, *em atividade de investigação*" (art. 3.º, VII), o que somente se compraz com a primeira fase da persecução penal.

**2.ª corrente:** Defende que, como regra, a infiltração deve ocorrer "durante a investigação policial, por sugestão do delegado ou do Ministério Público, autorizada pelo juiz. Porém, nada impede, como a colaboração premiada, seja realizada igualmente durante a instrução criminal".[654]

Em reforço à segunda corrente, sem embargo do uso da locução "em tarefas de investigação" (LCO, art. 10, *caput*, e LD, art. 53, I), a Lei do Crime Organizado parece abrir caminho para que a infiltração policial se desenvolva também na fase processual. Nesse sentido, o *caput* do art. 10 preconiza ser necessária a manifestação técnica do delegado de polícia à vista do requerimento do Ministério Público, *quando a providência cautelar for solicitada no curso de inquérito policial*. Assim, *contrario sensu*, quando o requerimento se der no curso do processo penal seria (*a priori*) despicienda a manifestação técnica da autoridade policial.[655]

Esse posicionamento tem o abono legal dos arts. 3.º, VII, da Lei do Crime Organizado e 53, I, da Lei de Drogas, os quais vislumbram ser possível a medida de infiltração "*em qualquer fase da persecução penal*".

### *4.8.5 Quem pode ser agente infiltrado?*

O já mencionado art. 10 da Lei do Crime Organizado é expresso ao mencionar que a infiltração em *tarefas de investigação* será realizada por "**agentes de polícia**". Com isso, corrigiu-se a previsão constante da revogada Lei 9.034/1995 que admitia que essa técnica especial fosse levada a cabo por agentes de polícia "*ou de inteligência*" (art. 2.º, V).

Boa parte da doutrina entendia de duvidosa constitucionalidade a atuação dos agentes de inteligência como infiltrados, "na medida em que, para tais agentes, não são em regra cometidas funções de polícia judiciária e, desse modo, não estão legitimados a coletar provas voltadas às futuras utilizações em processo penal, única causa legítima a fundamentar as violações a intimidade e outros direitos fundamentais que implicam a atividade de infiltração".[656]

Seja como for, a Lei 12.850/2013 sepultou a controvérsia. A partir dela, em nosso ordenamento jurídico atual, a infiltração só pode ser realizada por agentes de polícia, **não havendo espaço para os agentes de inteligência** das receitas federal ou estaduais, nem para os componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin) e da Agência Brasileira de Inteligência (Abin) ou mesmo para agentes do
Ministério Público.[657] Contudo, afigura-se possível que esses agentes prestem apoio técnico e operacional à operação de infiltração, o que deflui da natural cooperação entre as instituições (LCO, art. 3.º, VIII).

Ademais, é **inviável a infiltração por agentes particulares, ainda que na qualidade de "gansos" ou "informantes"**,[658] por ausência de previsão legal. Outros dois argumentos são levantados por Flávio Cardoso Pereira[659] para obstar a infiltração por particular, a saber: primeiro, a óbvia constatação de sua maior vulnerabilidade quanto a eventual corrupção; segundo, pela falta de preparação ideal para laborar essa árdua tarefa, a qual requer méritos psicológicos e físicos dos agentes que adentram na estrutura das organizações criminosas, além de uma experiência no trato com o mundo do crime.

Mas quem seriam os agentes de polícia legitimados a atuar na qualidade de infiltrados? Seriam todos os integrantes das instituições listadas no rol do art. 144 e parágrafos da Constituição da República (polícia federal; polícia rodoviária federal; polícia ferroviária federal; polícias civis; polícias militares; corpos de bombeiros militares e guardas municipais)?

Pensamos que não. Como somente será admitida a infiltração se houver indícios do crime de organização criminosa (LCO, art. 10, § 2.º),[660] entendemos que, ordinariamente, apenas os agentes policiais incumbidos de investigar esse delito poderão agir como infiltrados, ou seja, tão somente os integrantes da Polícia Federal (CR/88, art. 144, § 1.º, I) e da Polícia Civil (CR/88, art. 144, § 4.º).

De mais a mais, pela sistemática da Lei 12.850/2013, competirá ao delegado de polícia o exercício de uma sindicalidade interna (controle), por meio da qual lhe é facultado, no curso do

inquérito policial, determinar aos seus agentes a confecção de relatório da atividade de infiltração (art. 10, § 5.º). Logo, parece-nos claro que os agentes mencionados na lei são, em regra, os componentes das polícias civis e federal, mas nada impede que o próprio delegado de polícia funcione como infiltrado – como ocorreu na chamada Operação Pesos e Medidas[661] –, desde que talhado para tal desiderato.

Excepcionalmente, todavia, como vimos no item 1.18, com as novas competências da Justiça Militar instituídas pela Lei 13.491/2017,[662] ampliou-se sobremaneira o conceito de crime militar, em tempo de paz, e passou-se a considerar como tal não apenas os delitos inscritos no Código Penal Militar, mas, também, *os previstos na legislação penal* – inclusive, pois, os catalogados na Lei 12.850/2013 –, se acaso cometidos por militares da ativa em uma das condições do inciso II do art. 9.º do CPM. Assim, *v.g* ., se policiais militares constituírem uma organização criminosa, nas circunstâncias do art. 9.º, II, do CPM, afigura-se possível que, no âmbito da investigação do crime castrense (LCO, art. 2.º), seja judicialmente autorizada a infiltração por um *militar*.[663]

### *4.8.6 Autorização judicial sigilosa e alcance da decisão*

Na esteira do art. 10, *caput*, da Lei do Crime Organizado, a infiltração policial, necessariamente, será precedida de **circunstanciada** (de maneira a abranger as particularidades do caso concreto), **motivada** (com a exposição de argumentos fáticos e jurídicos que justificam a adoção da providência – CR/88, art. 93, IX) e **sigilosa** (a fim de não colocar em risco a operação e a vida do agente e de seus familiares) **autorização judicial**.

Ao apreciar o pedido de infiltração, de forma circunstanciada, motivada e sigilosa, o magistrado deverá responder ao menos **quatro questionamentos**, quais sejam: a) O meio de investigação (infiltração policial) é adequado à obtenção do fim perseguido na operação encoberta? b) Foram demonstrados os indícios mínimos da prática do crime de organização criminosa (fragmentariedade)? c) Foram previamente esgotadas outras medidas investigativas (subsidiariedade) menos invasivas aos direitos fundamentais dos investigados (princípio da necessidade)? d) As vantagens derivadas do fim público que se persegue (direito difuso à segurança pública) compensam os eventuais prejuízos provocados aos direitos individuais que serão violados?

Somente assim poder-se-á afirmar que a infiltração policial sofreu verdadeira filtragem constitucional, à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a poder ser legitimamente colocada em prática. Se mesmo diante desse quadro o magistrado indeferir o pedido, a arbitrária decisão pode ser combatida por via da **correição parcial/reclamação** ou do **mandado de segurança**. A primeira, porque "cabe correição parcial para corrigir, em processo ou procedimentos judiciais, ato, omissão ou despacho do juiz, decorrentes de erro, omissão, abuso ou ato tumultuário (*error in procedendo*) e para os quais não haja previsão de outro recurso".[664] O segundo, por ser admissível o manejo do *writ* "para desconstituição de ato judicial, reconhecidamente absurdo ou teratológico, desde que a decisão

impugnada seja manifestamente ilegal ou que dela advenha perigo de dano grave e de difícil reparação para o impetrante".[665]

Questão interessante é saber definir o **alcance da decisão judicial de infiltração**. Nesse particular, conforme a lavra de Marcelo Mendroni, o mandado judicial de infiltração pode conter **autorização extensiva expressa** para que o agente, sendo favoráveis as condições e sem risco pessoal, apreenda documentos de qualquer natureza, desde papéis a arquivos magnéticos.[666] Aliás, é bem possível que o agente infiltrado tenha que se utilizar de outros meios investigativos, como escutas e filmagens ambientais (com aparelhos próprios) – captação de áudio e vídeo etc.[667] Entretanto, a fim que o agente possa viabilizar a operacionalização dessas medidas no contexto da infiltração,

"e para que isso seja possível juridicamente, a autorização judicial de infiltração deverá conter expressamente a menção da possibilidade do agente, através daquelas outras medidas, recolher as provas e evidências. **Seria impossível exigir que, para cada situação de recolha potencial de material probatório, o agente devesse, de qualquer forma, reportar-se ao Delegado de Polícia ou ao membro do Ministério Público, a fim de solicitar a específica autorização**. Seria cercear por demasiado o prisma da amplitude investigatória em casos sérios e graves que são os de criminalidade organizada, sem contar com o eventual risco a ser corrido pelo agente. Assim, para a viabilização da aplicação dos instrumentos legais, e não pode ser concebida lei inaplicável na prática, torna-se possível requerimento e deferimento de medidas, como de interceptações de comunicações, apreensão de documentos etc. por parte do agente, sempre que limitados aos termos da própria investigação no seu sentido amplo. Eventuais abusos poderão ser corrigidos posteriormente, com a retirada dos autos do material probatório obtido, para que não possa ser utilizado no processo criminal".[668]

Outra não é a abalizada opinião de Renato Brasileiro de Lima:

"Fosse o agente infiltrado obrigado a buscar autorização judicial para cada situação vivenciada durante a execução da operação, haveria evidente prejuízo à eficácia desse procedimento investigatório, além de colocar em risco a própria segurança do policial. **Daí a importância de o magistrado, ao conceder a autorização judicial para a infiltração, pronunciar-se, desde já, quanto à execução de outros procedimentos investigatórios**. De mais a mais, também deve constar determinação expressa no sentido de que haja uma equipe de policiais que prestem apoio constante ao agente infiltrado, viabilizando eventual proteção caso sua verdadeira identidade seja revelada".[669]

Em termos mais simples, tudo recomenda que a autorização judicial relacione as condutas que o agente estará autorizado a praticar, bem como aquelas que lhe serão vedadas, no exercício das atividades de infiltração.[670]

Disso resulta que o magistrado – ou o órgão colegiado formado com espeque no art. 1.º da Lei 12.694/2012 –, ao deferir a medida, deve estabelecer o "local da infiltração" (art. 11), ou seja, o

campo de atuação (**limite espacial**) do agente infiltrado, a fim de legitimar a sua presença enganosa junto à organização criminosa, e especificar o prazo (**limite temporal**) de duração da medida (art. 10, § 3.º), as pessoas ("quando possível" – art. 11) a serem investigadas e as técnicas especiais de investigação de que poderá se valer o agente no cumprimento de seu mister (**limites investigatórios**).[671] Esses são alguns dos **limites** a serem estabelecidos pelo juiz, por imposição do art. 10, *caput*, da Lei 12.850/2013.

O rompimento desses limites poderá macular os elementos probatórios eventualmente colhidos. Aliás, ilicitude haverá se a atuação do agente policial for intrinsecamente antiética ou ilegal, o que vem sendo chamado na doutrina de "**conduta ultrajante do Estado**". A título de exemplo, imagine-se que o policial infiltrado obtivesse uma prova central para o deslinde do caso investigado mediante a prática de tortura ou por meio da realização de interceptação telefônica não autorizada judicialmente. A ação policial ultraja os valores pétreos da dignidade humana e do devido processo legal de tal modo que o reconhecimento da sua ilicitude é medida de rigor.[672]

### *4.8.7 Fragmentariedade e subsidiariedade*

Dispõe o § 2.º do art. 10 que "será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1.º[673] e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis".

Com foco nesse dispositivo, encontramos **duas condicionantes** para o deferimento da infiltração policial: pela primeira (**fragmentariedade**), exige-se a existência de indícios do crime de organização criminosa;[674] pela segunda (**subsidiariedade**), impõe que a prova não possa ser produzida por outros meios disponíveis.

Por óbvio, não se faz necessária a demonstração cabal da existência da organização criminosa, mas apenas *indícios dessa infração penal* (*fumus commissi delicti*).[675] Tampouco exige a lei a demonstração de *indícios de autoria*, bem ao contrário. A investigação pode se desenvolver exatamente para o alcance dessa informação.

Em verdade, no art. 11 da Lei 12.850/2013 o legislador foi expresso ao estabelecer que o pedido/representação de infiltração deverá conter os nomes ou apelidos das pessoas investigadas, "quando possível". Portanto, os *indícios suficientes de autoria*, exigidos para a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 312), aqui são dispensados.

Tal como previsto no art. 2.º, II, da Lei 9.296/1996, expresso em dizer que não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, pelo disposto no § 2.º do art. 10 da Lei 12.850/2013, somente será admitida a infiltração se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis. O requisito da subsidiariedade, pois, é imposto tanto para a obtenção da cautelar de interceptação telefônica quanto para a de infiltração policial.[676]

No entanto, fica a **pergunta**: qual dessas medidas é subsidiária em relação a outra? Dito de

outro modo, para se alcançar a infiltração de agentes, a interceptação telefônica já deve ter sido (ou estar sendo) utilizada, ou seria o contrário?

Para nós, a *ultima ratio probatoria* haverá de ser a infiltração policial, que, além de ter potencial para vulnerar a segurança e a integridade do agente encoberto, sem dúvida, é mais invasiva aos direitos dos investigados e abstratamente mais duradoura. Com efeito, a interceptação telefônica "não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo" (LIT, art. 5.º); já a infiltração de agentes "será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações" (LCO, art. 10, § 3.º).[677]

Em função do **princípio da necessidade** (*necessità del provvedimento*), apresentado como uma das facetas[678] do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, estabelece-se a "imposição de se utilizar o meio que menos interfira em um direito fundamental".[679] Assim, se as provas podem ser conseguidas com a interceptação das comunicações telefônicas de um ou mais membros da organização criminosa, por que violar mais drasticamente e, por vezes, por mais tempo, a intimidade dos investigados com a infiltração policial?

Destarte, acreditamos que, ordinariamente, a infiltração deve ser precedida de outros meios de prova, ainda que também invasivos, como as interceptações de comunicações telefônicas e de dados, buscas e apreensões etc.

### *4.8.8 Prazo*

Na senda do disposto no art. 10, § 3.º, da LCO, "a infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade".

A Lei do Crime Organizado impôs um **limite temporal** para o desenvolvimento da medida, qual seja: o período máximo inicial de **até seis meses**, nada impedindo que a infiltração seja deferida por prazo mais curto.

Ciente de que as investigações contra a criminalidade organizada, em geral, são difíceis, complexas e demoradas, por incluírem o conhecimento de variados escalões de chefia, divisão de tarefas, diversidade de *modus operandi*, o legislador previu também a possibilidade de **renovação** do prazo da infiltração de agentes, sem mencionar expressamente um patamar temporal máximo nesse caso. Entretanto, parece-nos mais razoável a interpretação no sentido de que cada renovação, como ato acessório, observe o período máximo de seis meses.[680] Diversamente, há quem entenda que, quando da prorrogação, "desde que o magistrado fundamente sua decisão, apontando as razões que o motivaram, poderá dispor sobre um prazo além dos 06 (seis) meses previsto no § 3.º".[681]

Vale observar que: **(*a*)** a cada renovação deverá ficar "comprovada a necessidade" (p. ex.: para a identificação de outros autores; para se aprofundar na ramificação da organização criminosa em outras áreas etc.), sem a qual a medida será viciada; **(*b*)** poderão ser deferidas tantas renovações quantas forem necessárias, e não apenas uma, valendo aqui o mesmo raciocínio (proporcionalidade)

das renovações das interceptações telefônicas.[682]

No ponto, convém registrar a **posição divergente** de Pacelli, para quem "ou bem a medida se mostra útil e proveitosa no prazo de 1 (um) ano, admitindo-se a razoabilidade de uma prorrogação, ou melhor será que se desista dela e se busque outros caminhos. Até mesmo para que se evite um maior nível de aprofundamento da intimidade do agente infiltrado com os membros da organização, o que reverteria em desfavor das finalidades legais".[683]

Não se olvide, entretanto, da particular sistemática inaugurada pela **Lei 13.441/2017** – que modificou a Lei 8.069/1990 para tratar da "infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente" –, no âmbito da qual a **infiltração virtual** "não poderá exceder o **prazo de 90 (noventa) dias**, sem prejuízo de **eventuais renovações**, desde que o total **não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias** e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial" (ECA, art. 190-A, III).

Na Lei 13.441/2017, portanto, o limite máximo do prazo ordinário é diferente daquele previsto na Lei 12.850/2013 (*noventa dias* naquela; *seis meses* nesta). Ainda, ao contrário da LCO, a Lei 13.441/2017 estabeleceu um termo *ad quem* para a finalização da medida de infiltração pela internet, qual seja: setecentos e vinte dias. Assim, tendo em conta o limite máximo do prazo ordinário e o termo *ad quem* da providência, concluímos que a operação de infiltração virtual, uma vez autorizada, poderá ser renovada, no máximo, por sete vezes.

Esse limite máximo para o encerramento da operação de *infiltração virtual* merece ser criticado, sobretudo porque a Lei 12.850/2013 não estipulou um termo final para a *infiltração presencial*, que é bem mais arriscada e penosa para o policial encoberto. Ademais,

"[...] as redes criminosas que envolvem pedofilia na internet são extremamente fechadas e restritas. O agente policial não conseguirá se infiltrar facilmente no meio desses grupos, considerando que tais criminosos se cercam de várias cautelas e não admitem a participação de qualquer pessoa, salvo após um longo processo de aquisição de confiança, que pode sim durar anos. Logo, limitar esse prazo a 720 dias significa dizer que, em alguns casos, a infiltração terá que ser interrompida quando o agente policial estava muito próximo de ingressar na rede criminosa ou quando havia acabado de penetrar neste submundo, mas ainda não tinha conseguido identificar a real identidade dos criminosos ou dados de informática que permitam uma medida de busca e apreensão, por exemplo. Dessa forma, este prazo de 720 dias, apesar de parecer longo, mostra-se, para quem trabalha com o tema, um período insuficiente para o desmantelamento dos grandes grupos criminosos que, quanto maiores, mais se cercam de anteparos para não serem descobertos".[684]

### *4.8.9 Relatório circunstanciado*

De maneira semelhante ao que prevê o art. 8.º, § 4.º, que impõe a elaboração de auto circunstanciado acerca da ação controlada ao fim da diligência, o art. 10, § 4.º, da Lei 12.850/2013 preconiza que, "findo o prazo previsto no § 3.º, o **relatório circunstanciado** será apresentado ao juiz

competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público".

Trata-se, pois, de mais um instrumento de **controle** por parte do magistrado e do membro do Ministério Público, por meio do qual a polícia investigativa especificará: a) como se deu a apresentação do agente perante a organização criminosa investigada; b) se foi necessária a prática de algum fato típico; c) as provas que conseguiu amealhar etc.

O magistrado deve abrir vista do relatório circunstanciado ao Ministério Público por duas principais razões. Primeiro, por ser o *Parquet* o responsável constitucional pelo exercício do controle externo da atividade policial (CR/88, art. 129, VII). Assim, o excesso da atuação do agente infiltrado poderá render ensejo à atuação repressiva do Ministério Público. Segundo, por ser o órgão Ministerial o destinatário da prova – *dominus litis* (CR/88, art. 129, I) –, poderá ele pleitear a prorrogação da infiltração ou manifestar-se pelo encerramento da medida.

Uma questão que tem causado divergência na doutrina é a seguinte: o relatório circunstanciado deve ser apresentado ao fim de cada período da infiltração de agentes, ou, ao contrário, somente ao fim de toda a operação? Duas correntes formaram-se a respeito:

**1.ª corrente:** Assevera que, "a cada final de período, aprovado pelo juiz, deve a autoridade policial, responsável pelos agentes infiltrados, elaborar relatório minucioso contendo todos os detalhes da diligência até então empreendida".[685]

**2.ª corrente:** "Não se exige que o deferimento das renovações seja sempre precedido de relatório circunstanciado da atividade de infiltração, sob pena de se frustrar a rapidez na obtenção da prova e até mesmo a própria segurança do agente infiltrado. Na verdade, este relatório deverá ser apresentado apenas ao final da infiltração policial ou a qualquer tempo, mediante determinação do Delegado de Polícia ou do Ministério Público (Lei 12.850/2013, art. 10, §§ 3.º e 5.º)".[686]

Estamos com a segunda corrente. Contudo, em nossa ótica, ao fim de cada período é de suma relevância a confecção de um relatório parcial da atividade de infiltração, até para subsidiar o deferimento – guiado pelo princípio da necessidade – do pedido de renovação.

### *4.8.10 Relatório (parcial) da atividade de infiltração*

O **controle** sobre a operação de infiltração não fica adstrito à confecção do relatório circunstanciado, e nem poderia. Assim, o art. 10, § 5.º, da Lei 12.850/2013 prevê que, "no curso do inquérito policial, o **delegado de polícia** poderá determinar aos seus agentes, e o **Ministério Público** poderá requisitar, a qualquer tempo, **relatório da atividade de infiltração**".

O chamado relatório da atividade de infiltração nada mais é que um **relatório parcial** da operação, no qual deverão ser externadas todas as atividades desempenhadas até então pelo agente infiltrado. Ao contrário do relatório circunstanciado, que, por imposição legal (art. 10, § 3.º), deverá ser apresentado *ao fim* da operação ou de cada período em caso de prorrogação (conforme a

corrente que se adote), o relatório parcial poderá ser determinado pelo delegado de polícia ou requisitado pelo membro do Ministério Público, *a qualquer tempo*.

Apesar de o § 5.º do art. 10 somente se referir ao delegado de polícia e ao membro do Ministério Público, queremos crer que também o **magistrado** poderá requisitar o relatório parcial da atividade de infiltração, mesmo porque o relatório circunstanciado (completo) será a ele remetido. Não faria nenhum sentido que o magistrado, como destinatário primeiro do relatório final, não pudesse requisitar um relatório parcial com o escopo de se manter informado sobre a medida por ele mesmo deferida.

### *4.8.11 Espécies de infiltração*

Na doutrina norte-americana classificam-se as operações de infiltração em dois grandes conjuntos, a saber:

a ) *Light cover*: são infiltrações mais brandas que não duram mais de seis meses, "não necessitam de imersão contínua e permanente, exigem menos planejamento, não exigem mudança de identidade ou perda de contato significativo com a família e às vezes se constituem em único encontro para recolhimento de informações".[687]

b) *Deep cover*: têm duração superior a seis meses e reclamam do agente imersão profunda no seio da organização criminosa, utilização de identidade falsa, perda de contato significativo com a família. Justamente por isso são mais perigosas e penosas do ponto de vista logístico.

A título ilustrativo, uma operação de infiltração da modalidade *deep cover* foi realizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (Operação Lagarta). Para o sucesso da operação encoberta, foram executadas as seguintes ações:

"a) a fim de evitar a real identidade do policial criou-se uma empresa de consultoria[688] para a qual trabalharia o agente; b) confecção de cartões de visita; c) a locação de imóvel para reuniões sociais; d) através de autorização judicial elaboraram-se documentos falsos com o nome utilizado pelo informante, bem como *e-mail* profissional falso, sem prejuízo de destacar outros policiais para monitorar a infiltração e assegurar a segurança do infiltrado quando fosse se encontrar com os integrantes da quadrilha; e) no decorrer da atuação levaram-se a efeito outros instrumentos jurídicos relevantes para o combate ao crime organizado, entre os quais: interceptação telefônica e telemática, escuta ambiental de sinas óticos e acústicos, ação controlada, quebra de sigilo fiscal, acesso a operações financeiras, busca e apreensão, sequestro de bens e, por derradeiro, prisão processual".[689]

Registre-se, por oportuno, que, segundo a doutrina especializada, as *light covers* se subdividiriam em seis modalidades (*decoy operation, pseudo-achat, pseudo-vente, flash-roll, livraison surveillée, livraison contrôlée*) e as *deep covers* em três (*sting operation, honey-pot*

*operation* e *infiltration de réseaux ou de groupes*). Como essas subdivisões são oriundas do direito norte-americano (sistema da *common law*), nem todas são tidas como operações de infiltração em nosso ordenamento jurídico, tal como ocorre com a *livraison surveillée* (ação controlada).[690]

### *4.8.12 Demonstração da necessidade e apresentação do plano operacional da infiltração*

Até aqui já falamos sobre os legitimados para o pleito, a necessidade de autorização judicial, a fragmentariedade e a subsidiariedade da medida, o prazo e o controle. Nesse embalo, o art. 11 da Lei do Crime Organizado disciplina que:

"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**".

A demonstração da necessidade da providência decorre do caráter cautelar (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*) da infiltração policial, e é reforçada pelo art. 282, I, do Código de Processo Penal.

Tal como exposto quando tratamos da fragmentariedade, é de observar aqui o **princípio da necessidade** (*notwendigkeit oder erforderlichkeit*) – subespécie do princípio da proporcionalidade em sentido amplo –, o qual "significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa".[691] Reforça-se, assim, o caráter de *ultima ratio probatoria* da infiltração de agentes.

Para além da necessidade, o requerimento (ou a representação) deverá conter o **alcance das tarefas dos agentes**. Ou seja, impõe a lei a apresentação pelo requerente das tarefas que o agente infiltrado poderá levar a cumprimento no desempenho de seu mister. Essa exposição permitirá que o magistrado delimite o **alcance da decisão de infiltração**, como esboçamos anteriormente (item 4.8.6).

Assim, apesar do silêncio da lei, é de todo conveniente que o pedido seja instruído com o **plano operacional da infiltração**. Conforme os ensinamentos de Denilson Feitoza Pacheco, esse documento deverá conter a

"situação (elementos fáticos disponíveis, alvo e ambiente operacional), missão (objetivo da infiltração, provas a serem obtidas), especificação dos recursos materiais, humanos e financeiros disponíveis, treinamentos necessários, medidas de segurança da infiltração a serem observadas, coordenação e controle precisamente definidos com pessoa de ligação, prazos a serem cumpridos, formas seguras de comunicação, restrições etc.

O plano de infiltração, no processo penal, deverá conter as espécies de condutas típico-penais que eventualmente o agente infiltrado poderá praticar, dependendo das circunstâncias concretas [...]".[692]

Assim sendo, o plano operacional deverá se basear em prévio estudo da situação[693] e ser suficientemente rigoroso para se possibilitar a execução e o permanente controle (judicial, ministerial e pela autoridade policial) da infiltração, bem como sua avaliação contínua e final. Em outras palavras, "o plano deve definir o que o agente pode ou não fazer".[694] O juiz, à vista desse documento, terá mais elementos para estabelecer o alcance da sua decisão.

O art. 11 indica que, *quando possível*, o pleito deve vir instruído com "os nomes ou apelidos das pessoas investigadas". A expressão "quando possível" é sumamente importante, porquanto a infiltração policial pode se prestar justamente à descoberta dos nomes, alcunhas e demais dados qualificativos de determinado(s) integrante(s) da organização criminosa investigada.

Por último, o preceptivo em estudo exige que o requerimento (ou a representação) indique o "local da infiltração", *quando possível*. Saber ao menos um dos lugares onde atua a organização criminosa é relevante tanto para o estabelecimento da competência jurisdicional como para a fixação do limite espacial de atuação do agente.

### *4.8.13 Valor probatório do testemunho oportunamente prestado pelo infiltrado*

Para Guilherme de Souza Nucci, a infiltração de agentes "é um **meio de prova misto, envolvendo a busca e a testemunha**, visto que o agente infiltrado busca provas enquanto conhece a estrutura e as atividades da organização e será ouvido, futuramente, como testemunha".[695]

Em verdade, é de suma importância o depoimento testemunhal do agente infiltrado, exatamente por haver conhecido as entranhas da organização criminosa investigada. Demais disso, o art. 202 do Código de Processo Penal é taxativo ao estabelecer que "toda pessoa poderá ser testemunha".

Calha evidenciar, ainda, que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

"inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal".[696]

De igual modo, o brilhante processualista Afrânio Silva Jardim ressalta em sua obra que, "no sistema do livre convencimento motivado do juiz, descabe retirar valor probatório do depoimento testemunhal pelo simples fato de a testemunha ser um policial".[697]

Sendo assim, está superada a tendência de se recusar, apriorística e preconceituosamente, o depoimento de policiais, pelo mero fato de integrarem o sistema de segurança pública. Insensato desprezar o relato de agente recrutado especialmente pelo Estado para prevenir e reprimir a

criminalidade, quando chamado pelo mesmo Estado-Juiz para narrar ato de ofício.[698]

Se nos processos criminais *ordinários* tem valia a oitiva em juízo dos policiais que atuaram na fase investigatória, com muito mais razão terá valor probatório o testemunho do policial infiltrado que atuou *autorizado* pelo Poder Judiciário e foi permanentemente controlado pelo Ministério Público e pela autoridade policial.

E não poderia ser diferente, haja vista que, muito provavelmente, ninguém além do agente infiltrado encontra-se mais capacitado a apontar a composição da organização criminosa investigada, sua estruturação, seu nicho de atuação, a forma como se concretiza a divisão de tarefas entre seus membros, o *modus operandi* etc. Por haver participado de maneira encoberta da organização criminosa, está o policial devidamente habilitado a revelar detalhes que talvez jamais seriam conhecidos em sua inteireza.

### *4.8.14 Distribuição sigilosa e informações detalhadas diretamente ao juiz*

O art. 12 da Lei 12.850/2013 preconiza que "o pedido de infiltração será **sigilosamente distribuído**, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado".

Trata-se de disposição bem semelhante àquela do art. 7.º, que disciplina a distribuição sigilosa do pedido de homologação do acordo de colaboração premiada. Em ambos os casos, o que se almeja é evitar o vazamento da medida e, com isso, manter incólumes tanto o ato a ser realizado quanto a identidade do infiltrado. Por isso o pedido de infiltração não passará ordinariamente pelo protocolo judicial, devendo ser sigilosamente distribuído (autuado, enumerado e registrado) a um magistrado, observando-se, no que forem compatíveis, as regras fixadas na Res. 59/2008-CNJ, que disciplina as rotinas do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas.

Na hipótese de mais de um juízo igualmente competente já haver firmado sua competência pelo deferimento de alguma medida cautelar antes proposta, este haverá se tornado prevento (CPP, art. 78, II, "c", c/c o art. 83) para o julgamento da própria causa, de maneira que não haverá necessidade de distribuição do pedido de infiltração.

Efetivada a distribuição ou sendo esta desnecessária em razão da prevenção, "**as informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente**, que decidirá no prazo de **24 (vinte e quatro) horas**, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado" (LCO, art. 12, § 1.º).

Portanto, as razões da medida de infiltração, com a demonstração de sua necessidade e o detalhamento do plano operacional, deverão ser diretamente apresentadas ao magistrado. Para tanto, seguindo por analogia o disposto nos arts. 2.º a 4.º da Res. 59/2008-CNJ, serão encaminhados ao distribuidor o pedido e os documentos pertinentes, em envelope lacrado, de modo que em sua parte

exterior conste apenas uma folha de rosto com as seguintes informações: medida cautelar sigilosa; delegacia de polícia ou órgão do Ministério Público postulante; comarca de origem. Para preservar a *distribuição sigilosa*, na mencionada folha de rosto, veda-se a indicação do nome do(s) requerido(s) e do policial que será infiltrado, da natureza da medida ou de qualquer outra anotação que possa indicar a operação a ser efetivada.

As medidas necessárias para o êxito das investigações a serem tomadas pelo juiz, tal como mencionado no § 1.º, para nós, são traduzidas na fixação judicial dos limites espaciais, temporais e investigatórios (abordados no item 4.8.6). Não poderia mesmo ser de outro modo, haja vista que o resguardo do êxito propriamente dito das investigações é tarefa que haverá de competir ao executor da infiltração, não ao magistrado.

De igual modo, pensamos que as medidas de proteção voltadas para a segurança do agente infiltrado devem ficar a cargo do aparato da segurança pública, não sendo esta uma atribuição do juiz. Entra em cena, aqui, a figura do "**protetor do infiltrado**",

"o qual geralmente consiste em um superior hierárquico [...]. Sua atuação consiste na função essencial de acompanhar, de forma muito próxima, as atividades do agente policial, com vistas a garantir ao mesmo que, em situações de extrema gravidade, possa o infiltrado ter acesso a um contato direto e urgente com os responsáveis pela elaboração do plano de infiltração, bem como com a autoridade responsável pela expedição da autorização para o início da operação.
Esclarecedor, ainda, aduzir que esta figura do 'protetor' terá uma fundamental importância em termos de definir-se as melhores táticas operacionais a serem utilizadas pelo infiltrado, buscando, desse modo, permitir ao funcionário estatal a segurança para trabalhar dentro de situações de risco controláveis, evitando, assim, a exposição desnecessária de sua vida [...]. Do mesmo modo que o infiltrado, este coordenador ou protetor operacional deverá ser treinado para buscar, em curto espaço de tempo e com certa margem de razoabilidade, soluções para o bom desenvolvimento da operação encoberta".[699]

Relembre-se, por derradeiro, que a preocupação do legislador com a preservação do sigilo nessa seara levou-o a tipificar como crime punido com pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, a conduta consistente em descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes (art. 20).

### *4.8.15 Denúncia instruída com os autos da operação de infiltração*

Sem embargo da distribuição sigilosa do pedido de infiltração e da apresentação das informações detalhadas diretamente ao magistrado, o § 2.º do art. 12 deixa expresso que "os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente".

Pela sistemática legal, e não poderia deixar de ser – sobretudo em razão do perigo de ineficácia

da medida (CPP, art. 282, § 3.º) –, a infiltração de agentes é uma providência cautelar que se desenvolve *inaudita altera pars*. Isso não significa, contudo, ausência de contraditório. Tem-se, isso sim, o chamado **contraditório diferido ou postergado**, a ser exercido em momento futuro, tal como ocorre nas interceptações de comunicações telefônicas.[700]

Destarte, ao fim da operação de infiltração, e em caso de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, os autos do pedido de infiltração deverão acompanhar a denúncia, quando serão disponibilizados à defesa, *assegurando-se a preservação da identidade do agente*.

Em outros termos, com a denúncia, abre-se à defesa a possibilidade ampla de contraditar as provas advindas da infiltração policial e a própria deflagração da operação de infiltração de agentes, podendo, por exemplo, fustigar a decisão por falta de fundamentação ou por ausência de fixação de limites.

### *4.8.16 Sustação da operação*

Dispõe o § 3.º do art. 12 (**cessação urgente**) que, "havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial". É o que se chama em sede doutrinária de **flexibilização operativa da infiltração policial**.

Não poderia mesmo ser de outro modo. Seria inconcebível cogitar que o Estado, ciente de que um (ou mais) de seus servidores públicos sofre perigo iminente – o que pode ocorrer pelo vazamento da operação (**cessação por quebra de sigilo**) –, ignorasse essa situação e continuasse progredindo com a operação que, certamente, poderia redundar no extermínio do agente infiltrado.

Dessa forma, presentes indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, outro caminho não haverá senão a **sustação da operação**, que poderá ocorrer **(a)** mediante requisição do Ministério Público ou **(b)** diretamente pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao *Parquet* e ao magistrado competente.

Andou bem o legislador ao não exigir autorização judicial para a sustação da operação. A urgência da situação, em face do risco a que foi exposto o agente, reclama interrupção imediata da operação. Aliás, antes mesmo de haver requisição ministerial ou pela autoridade policial, poderá o agente infiltrado fazer valer seu direito e "cessar a atuação infiltrada" – **cessação voluntária** – (LCO, art. 14, I). Tendo tomado essa decisão, o agente deverá comunicar o fato ao Ministério Público e ao delegado de polícia, que, por sua vez, cientificarão o magistrado acerca do ocorrido.

Outras três formas de cessação da operação são apontadas por André Carlos e Reis Friede,[701] a saber: **cessação por expiração do prazo** (a infiltração tem um limite temporal e não pode continuar após o seu termo *ad quem*), **cessação por êxito operacional** (tendo alcançado seu desiderato a infiltração deixa de ser necessária) e **cessação por atuação desproporcional** (não guardando o agente a devida proporcionalidade no agir, rompendo, assim, os limites legais e os judicialmente

fixados, a operação deve ser interrompida, para que outros atos ilegais não venham a ser cometidos pelo encoberto. Há, nesse caso, "uma quebra de relação de confiança da Justiça para com o agente").[702]

### *4.8.17 Proporcionalidade como regra de atuação*

Como meio extraordinário de obtenção de prova, a infiltração de agentes deverá ser pautada pela observância dos princípios da legalidade, especialidade, subsidiariedade, controle (judicial, ministerial e interno) e proporcionalidade. Obedecendo a esses postulados de extração constitucional, a atuação encoberta será compatível com as bases de um processo penal garantista, tornando-se lícitas as condutas realizadas pelo infiltrado, desde que em consonância com o objeto da investigação e com os limites estabelecidos em decisão judicial.[703]

Desviando-se dessa trilha orientativa, ou seja, se o agente "não guardar, em sua atuação, a devida **proporcionalidade com a finalidade** da investigação, **responderá pelos excessos praticados**". É o que prevê o *caput* do art. 13 da Lei 12.850/2013.

O principal para que não ocorra essa atuação excessivamente desproporcional em relação à finalidade da investigação, permitindo-se que a operação se desenvolva de forma juridicamente adequada, a nosso sentir, é que em cada caso sejam estritamente observados pelo policial infiltrado os já mencionados limites espacial, temporal e investigatórios impostos na autorização judicial em consonância com as informações apresentadas ao magistrado por meio do plano operacional da infiltração.[704]

Com efeito, lançando luzes sobre as normas para a infiltração policial em organizações criminosas a cargo do FBI, Marllon Sousa conclui que "caso haja a estrita obediência por parte do agente infiltrado quanto aos escopos das operações, bem como em relação aos limites de sua atuação na coleta da prova de crimes cometidos anteriormente à sua entrada no grupo e durante sua permanência, dificilmente será bem-sucedido o argumento da tese da *entrapment defense*".[705]

De forma bem didática, vejamos alguns exemplos de atuação desproporcional[706] por parte do agente infiltrado, que reclamaria responsabilização pelos excessos praticados:

Exemplo 1: "O agente se infiltra em organização criminosa voltada a delitos financeiros; não há cabimento em matar alguém somente para provar lealdade a um líder. Por outro lado, é perfeitamente admissível que o agente promova uma falsificação documental para auxiliar o grupo a incrementar um delito financeiro. No primeiro caso, o agente responderá por homicídio e não poderá valer-se da excludente, visto a desproporcionalidade existente entre a sua conduta e a finalidade da investigação. No segundo, poderá invocar a inexigibilidade de conduta diversa, pois era a única atitude viável diante das circunstâncias".[707]

Exemplo 2: "O infiltrado, na tentativa de obter informações sobre a venda de drogas por uma organização criminosa, já estando ambientado nesse grupo delitivo, resolve violentar sexualmente um

dos membros deste, a fim de que este lhe conte detalhes sobre o *modus operandi* utilizado na empreitada criminosa".[708]

Exemplo 3: Devidamente autorizado por decisão judicial, o agente infiltrado ingressa num dado domicílio em busca de evidências da atuação de determinada organização criminosa que corrompe servidores públicos para fraudar licitações. Concluídas as buscas, o policial encontra fortuitamente uma significativa quantidade de drogas, apropria-se dela e passa a comercializá-la com o único intuito de obter lucro.

A desproporção do agir do infiltrado nesses casos salta aos olhos. Há, por assim dizer, um verdadeiro rompimento do nexo causal que deveria unir a atuação do agente legitimada por decisão judicial às atividades da organização criminosa investigada. A quebra desse liame indica, nas palavras da lei, a falta de proporcionalidade com a finalidade da investigação[709] e a necessidade de responsabilização pelo excesso.

Noutro prisma, é cristalino que o agente infiltrado não poderá ser responsabilizado pelo crime de "organização criminosa por natureza" (art. 2.º da Lei 12.850/2013). Afinal, "o fato de haver prévia autorização judicial para a utilização dessa técnica especial de investigação, permitindo sua infiltração no seio da organização criminosa, tem o condão de afastar a ilicitude de sua conduta, diante do **estrito cumprimento do dever legal** (CP, art. 23, III)".[710] Ademais, a fim de afastar a responsabilização penal do policial infiltrado pelo delito de integrar organização criminosa, também seria possível invocar as teses da **inexistência do** *animus* **associativo** de caráter estável e permanente aliado ao objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza (LCO, art. 1.º, § 1.º), e da **atipicidade conglobante**.[711]

### *4.8.18 Natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal: inexigibilidade de conduta diversa*

Ao dissertar sobre a infiltração de agentes, grande parcela da doutrina costuma defender a ideia segundo a qual o policial infiltrado poderá comprometer a finalidade do instituto caso opte por não participar ativamente das atividades criminosas levadas a cabo pela organização criminosa. Dito de outro modo, é forte a compreensão no sentido de ser quase impossível a execução da operação de infiltração sem ao menos a participação do agente em alguma prática delitiva em dado momento de sua atuação.

Essa concepção, entretanto, não é de todo verdadeira e precisa ser corrigida. Com efeito, "levando-se em conta que a maioria das organizações criminosas está em situação pré-mafiosa, empresarial, torna-se factível integrar-se em sua estrutura sem o cometimento obrigatório de crimes".[712] Isso porque o cometimento de delitos como forma de comprovação de fidelidade, em regra, é prática compatível com as chamadas organizações criminosas do tipo tradicional, mafiosas, que atuam com extrema violência.

Portanto, como bem anota Rafael Pacheco, "nem sempre será necessário praticar crimes, pois pode o infiltrado atuar em diversos níveis da organização, inclusive em uma de suas faces lícitas, pela qual poderá cumprir seu dever sem a necessidade imperiosa de delinquir. [...] Pode agir desde uma forma leve e periférica, ou de forma profunda, quando está infiltrado sob uma identidade falsa".[713]

Tanto é prescindível a prática delitiva pelo infiltrado, que o agente pode, por exemplo, infiltrar-se como cozinheiro ou motorista na residência de importante membro da organização criminosa investigada e, com isso, obter relevantes informações para o desmantelamento do grupo, sem se envolver no cometimento de crime algum.

Sem embargo disso, não é improvável que, no curso da operação de infiltração, o policial encoberto acabe sendo instado por membros da organização criminosa a cometer ou participar de determinado delito (*v.g* .: falsificação de documentos para auxiliar a organização delitiva no cometimento de crimes financeiros). Em alguns casos, levará a cabo o intento criminoso para salvaguardar o êxito da operação, em outros, para resguardar sua própria integridade física.

Em razão disso:

"para algumas modalidades de crime ou de organizações criminosas, a infiltração pode ser de antemão altamente **desrecomendada**, porque o investigador muito provavelmente seria chamado a praticar crimes graves, incompatíveis com a conduta que se espera de agente público, mesmo na condição de infiltrado. Pode ser o caso, entre outros, de grupos de extermínio e de quadrilhas dedicadas à extorsão ou a tráfico de órgãos ou seres humanos. Se, para conquistar a confiança e desempenhar seu trabalho, o agente infiltrado precisaria cometer homicídio, extorsão ou traficância de órgão humano, extraído mediante prévio homicídio ou lesão corporal gravíssima, parece certo que não poderia prosseguir na ação. Nessa circunstância, teria que recusar, o que provavelmente não só frustraria a operação como poria em sério risco o próprio agente".[714]

Nesse cenário, diverge a doutrina acerca da **natureza jurídica** da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado que, guardando a devida proporcionalidade, termine por praticar ou participar de algum crime. Diversas correntes formaram-se nesse campo, a teor do que se vê:

**1.ª corrente:** Escusa absolutória. O agente infiltrado agiria sob a proteção de uma escusa absolutória, na medida em que, por razões de política criminal, não seria razoável nem lógico admitir a sua responsabilidade penal. A importância da sua atuação estaria associada à impunidade do delito perseguido. Essa corrente encontra amparo, por exemplo, nas legislações portuguesa, argentina e espanhola sobre o tema.

**2.ª corrente:** Estrito cumprimento do dever legal. Ainda por ocasião da vigência da Lei 9.034/1995, essa era a opinião de Denilson Feitoza Pacheco: "Se executar a infiltração conforme o plano de operações de infiltração, o agente infiltrado estará agindo no estrito cumprimento do dever

legal de descobrir as atividades da organização criminosa infiltrada, seus integrantes e redes de contato, seu *modus operandi*, sua área geográfica de atuação, seus objetivos de curto, médio e longo prazo, a quantidade de recursos financeiros, materiais e humanos que possui etc. Enfim, o princípio da proporcionalidade acarreta a exclusão da ilicitude, justificando legalmente as condutas típico-penais eventualmente praticadas, desde que sejam inerentes ao conceito de infiltração e instrumentalmente ligadas à infiltração concretamente realizada".[715]

**3.ª corrente:** Atipicidade penal pelo risco permitido (imputação objetiva). Nesse sentido, Damásio de Jesus pondera que o tema inclui-se "no princípio do risco permitido da teoria da imputação objetiva. Na infiltração, a ação do policial é permitida pelo Estado e 'precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização' do Juiz-Estado (art. 10 da Lei n. 12.850). Ora, se a ação é permitida pela lei e autorizada pelo Juiz, como considerá-la típica? Essa corrente, excluindo a tipicidade, afasta a persecução penal do infiltrado. Se o Estado lhe permite a atividade, havendo a prática de um crime pela organização, que contou com sua execução ou participação, o correto é reconhecer a ausência de tipicidade em suas ações, e não a licitude ou a inculpabilidade em fases posteriores".[716]

**4.ª corrente:** Atipicidade conglobante. Para essa corrente, "as condutas aparentemente criminosas perpetradas pelo agente infiltrado, dentro de uma proporcionalidade e, portanto, permitidas e até mesmo incentivadas pela legislação respectiva, configuram aquilo que Zaffaroni e Batista denominam de 'atipicidade conglobante', a afastar, desde logo a tipicidade da conduta [...]".[717]

**5.ª corrente:** Inexigibilidade de conduta diversa (causa de exclusão de culpabilidade). Cassio Roberto Conserino assevera que, "se o agente infiltrado executar alguma conduta criminosa, estará acobertado pelo manto de causa de exclusão de culpabilidade, sob a modalidade inexigibilidade de outra conduta, vez que se não agisse, se não tivesse decidido participar do crime ou crimes da organização criminosa, o desiderato da infiltração restaria prejudicado, isto é, caberia ao agente infiltrado realizar, efetivamente, o crime ou crimes. Não lhe seria cabível optar pela não realização, sob pena de comprometimento do propósito ao qual se dispôs a infiltração".[718]

Essa última corrente foi a que encontrou eco na Lei 12.850/2013. Com efeito, o parágrafo único do art. 13 reza que "**não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando *inexigível conduta diversa***".[719] Como a decisão de infiltração não constitui uma "carta branca" para a prática de crimes, sendo, muito ao contrário, um legítimo meio especial de obtenção de prova, o legislador optou por presumir a inexigibilidade de conduta diversa a fim de excluir a culpabilidade do policial infiltrado nas situações em que ele seja envolvido por circunstâncias nas quais a prática delitiva no curso da operação apresente-se inevitável.

Rememore-se, por curial, que essa **causa de exclusão de culpabilidade** somente incidirá se o

agente infiltrado guardar a devida proporcionalidade entre a sua conduta e a finalidade da investigação (LCO, art. 13, *caput*). Caso assim não o faça, responderá pelo excesso.

Conquanto seja essa a sistemática legal, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato traçam contornos diversos sobre a questão. Inicialmente, propõem uma verificação a fim de definir se o crime praticado pelo agente infiltrado tem relação com a própria atividade investigada. Desse modo, "se o crime realizado encontra-se na esfera do previsto pelo projeto de infiltração, igualmente deverá estar coberto pelo dever de atuação do agente infiltrado". Assim, se sobre o delito já "paira um juízo de suspeita a respeito de sua prática que a infiltração do agente visa confirmar", estar-se-á diante de uma "situação de justificação" (exclusão de ilicitude pelo estrito cumprimento do dever legal).[720]

O mesmo não se pode dizer das ocasiões em que o crime cuja perpetração se veja o agente infiltrado compelido a praticar não se encontre relacionado à investigação em curso, o que pode surgir, por exemplo, nos chamados *testes de lealdade*. Nesse cenário, quatro situações podem ocorrer:

a) Crimes praticados contando com a cumplicidade do agente infiltrado: todos os casos de cumplicidade (mera contribuição material) – *necessariamente menor em face da autoria* –, "em princípio, parecem isentar a responsabilidade do agente infiltrado", rendendo ensejo à aplicação do parágrafo único do art. 13 da Lei 12.850/2013.[721]

b) Crimes praticados em coautoria pelo agente infiltrado: nesses casos, a solução há de ser casuística. Essa situação "remete para a análise de necessidade e proporcionalidade no que diz respeito à imputação, sendo realmente impossível pretender a fixação de uma regra geral a respeito de até que ponto estará o agente infiltrado autorizado a contribuir em uma repartição de tarefas a respeito da realização de um crime".[722]

c) Crimes praticados em autoria direta ou autoria mediata pelo agente infiltrado: esses casos "parecem estar completamente fora da norma de cobertura, devendo ele responder completamente pelo delito, porque, obviamente, as normas que regulam a infiltração de agente jamais podem ser interpretadas como fomento à prática de delitos".[723] Não há falar, pois, em qualquer causa de justificação ou exculpação. O infiltrado responderá criminalmente pelos crimes.

d) Crimes praticados pela organização criminosa em face de provocação ou instigação por parte do agente infiltrado: aqui o agente infiltrado atua, em verdade, como "agente provocador e ou faz nascer no autor do delito a vontade de praticar o crime, ou o incentiva a levar a cabo uma vontade criminosa que aquele já possui".[724] Essa hipótese não guarda a menor relação com a finalidade da operação de infiltração. Evidente que não estará o agente isento de responsabilidade criminal, afastando-se a incidência do parágrafo único do art. 13. Aliás, pelo regramento do CPP espanhol (art. 282 *bis*, 5), as situações que constituam *provocação ao delito* afastam a isenção da responsabilidade penal do agente infiltrado.

### *4.8.19 Direitos do agente infiltrado*

A Lei 12.850/2013 estabeleceu em prol do policial infiltrado o que chamamos de **estatuto de proteção da intimidade e da incolumidade**, ao arrolar em seu art. 14 os **"direitos do agente"**, de maneira semelhante ao que fez em benefício do colaborador (art. 5.º). Por meio dessa carta de direitos busca-se tutelar tanto a intimidade como a integridade física do agente.

Quatro foram os direitos do agente catalogados na lei, a saber:

**I – recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;**

Esse direito deixa explícito o **caráter voluntário** da infiltração de agentes. Assim, caso não se sinta devidamente preparado para a operação, por falta de perfil adequado, por exemplo, o policial eventualmente convidado para a missão poderá *recusá-la*. Uma vez aceito o encargo, também poderá o agente fazer com que *cesse* a atuação infiltrada, sobretudo quando surgirem indícios seguros de que ele sofre risco iminente (§ 3.º do art. 12).

Com isso, a legislação brasileira terminou por adotar a sistemática preconizada no Código de Processo Penal espanhol, segundo a qual "nenhum funcionário da Polícia Judiciária poderá ser obrigado a atuar como agente infiltrado" (art. 282 *bis*, 2),[725] e na Lei 101/2001, que estabelece o regime jurídico das *acções encobertas* em Portugal e preconiza que "ninguém pode ser obrigado a participar em acção encoberta" (art. 3.º, item 2).

**II – ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber,[726] o disposto no art. 9.º da Lei n.º 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;**

A possibilidade de alteração da identidade encontra ampla previsão no art. 9.º da Lei 9.807/1999, e está em perfeita sintonia com a figura do agente infiltrado.

É cediço que em muitos casos a descoberta da verdadeira identidade do infiltrado poderá trazer-lhe sérios transtornos e inegável risco de morte. Em razão disso, a fim de tutelar sua integridade física e, ao mesmo tempo, criar condições para que ele possa desempenhar seu mister e alcançar os objetivos investigativos, a legislação permite a alteração da identificação do agente encoberto e, inclusive, de seus familiares com quem tenha convivência habitual (art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.807/1999).

Esse proceder se justifica porquanto, em muitos casos,

"o infiltrado haverá de desempenhar um papel que confunda os integrantes da organização e lhes permita supor que se trata de um deles; portanto, enquanto ostente a identidade falsa, permanece legitimamente habilitado para participar nas atividades desenvolvidas pela organização delitiva, realizando tarefas que lhe sejam encomendadas, tendo em conta que sua atuação é realizada através do uso de identidade fictícia".[727]

Dessa forma, incumbe ao magistrado determinar a criação de registros e documentos fictícios, "inclusive de histórico criminal, diplomas, certificados e de tudo o mais que se fizer necessário para o êxito da investigação. A concessão de registros fictícios vem sendo acolhida por inúmeros países como **Espanha** (art. 282 *bis* da *Ley de Enjuiciamento Criminal*), **Peru** (art. 2-H da Ley 27.934) e **Portugal** (art. 5.º da Lei 101),[728] a indicar que 'quem pode o mais (determinar a infiltração), pode o menos (permitir a construção da falsa identidade)'".[729]

Cessada a operação de infiltração, será providenciado o retorno ao *status quo ante*, com a alteração para o nome original, conforme a teleologia do § 5.º do art. 9.º da Lei 9.807/1999.

Noutro giro, ao mencionar que o policial infiltrado tem o direito de "usufruir das medidas de proteção a testemunhas", a Lei do Crime Organizado faz remissão às demais medidas de proteção previstas na Lei 9.807/1999 (Lei de Proteção a Colaboradores, Testemunhas e Vítimas).

Assim, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso, poderão alcançar o infiltrado, no que couber, as medidas protetivas previstas no art. 7.º da Lei 9.807/1999, a exemplo da segurança em sua residência; da acomodação provisória em local compatível com a proteção; do apoio e assistência social, médica e psicológica etc.

**III – ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;**

No estudo desse direito surge uma grande polêmica em sede doutrinária: é possível a oitiva do agente infiltrado como **testemunha anônima ou sem rosto** (*o que ocorre quando o réu não tem conhecimento dos dados qualificativos do depoente*)?[730] Há três entendimentos sobre a questão, a saber:

**1.ª corrente:** É possível a oitiva do agente infiltrado como testemunha anônima, mas o defensor do réu tem o direito de participar da audiência. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima leciona:

"[...] se, porventura, surgir a necessidade de sua oitiva, o agente infiltrado deve ser ouvido como testemunha anônima. Afinal, não faria sentido guardar o sigilo da operação durante o curso de sua execução para, após sua conclusão, revelar aos acusados a verdadeira identidade civil e física do agente infiltrado. [...] Esse anonimato é determinado para se prevenir ou impedir a prática de eventuais ilícitos contra as testemunhas (*v.g* ., coação processual, ameaça, lesões corporais, homicídios etc.), possibilitando, assim, que seu depoimento ocorra sem qualquer constrangimento, colaborando para o necessário acertamento do fato delituoso".[731]

Assim,

"conquanto haja restrição à presença do acusado, afigura-se obrigatória a presença do defensor

quando da produção da prova testemunhal, devendo-se franquear a ele o acesso aos dados qualificativos da testemunha. Isso porque de nada adianta assegurar ao defensor a possibilidade de fazer reperguntas às testemunhas, se o advogado não tem conhecimento de quem é a testemunha. Ora, como poderá o advogado fazer o exame cruzado, se não tem consciência de quem está prestando o depoimento? Como poderá o advogado aferir o saber testemunhal sem conhecimento de seus dados pessoais? A nosso juízo, portanto, e de modo a se assegurar o direito à ampla defesa (CF, art. LV), pensamos que a ocultação da identidade de testemunhas ou vítimas não poderá alcançar o advogado, o qual ficará responsável pela preservação desses dados".[732]

No acórdão proferido por ocasião do julgamento do HC 90.321,[733] o **Supremo Tribunal Federal** parece ter perfilhado essa orientação.

**2.ª corrente:** É possível a oitiva do agente infiltrado como testemunha anônima, vedando-se inclusive ao defensor a participação na audiência. Com esse entendimento, Marcelo Mendroni pondera que, "para absoluta e inalienável necessidade de proteção da integridade física do agente infiltrado, seus dados serão mantidos sob sigilo, sem acesso, inclusive ao advogado".[734] E prossegue:

"A eventual argumentação de necessidade dos advogados de conhecerem a identidade do agente infiltrado não se sustenta, já que não impede o exercício da legítima defesa, pois os réus se defendem dos fatos e não das pessoas. [...] Não haverá agentes a se proporem se infiltrar se souberem, antecipadamente, que no futuro advogados poderão ter conhecimento de sua identidade. De considerar, a propósito, que os réus podem trocar inúmeras vezes de advogados durante um só processo, caso em que todos teriam direito de conhecer a identidade do agente infiltrado, descaracterizando por completo o espírito da lei".[735]

**3.ª corrente:** Não é possível a oitiva do agente infiltrado como testemunha anônima, sendo direito tanto do réu como de seu defensor a participação na audiência. Nesse passo, Guilherme de Souza Nucci assevera que "não se pode admitir uma 'testemunha sem rosto'. Ela não pode ser contraditada, nem perguntada sobre muitos pontos relevantes, visto não se saber quem é. Além disso, todos os relatórios feitos por esse agente camuflado – e nunca revelado – não podem ser contestados, tornando-se provas irrefutáveis, o que se configura um absurdo para o campo da ampla defesa. A única solução viável para que todo o material produzido por esse agente se torne válido é a sua identificação à defesa do acusado, possibilitando o uso dos recursos cabíveis. É responsabilidade do Estado garantir a segurança de seus servidores policiais, não se podendo prejudicar o direito constitucional à ampla defesa por conta disso. O agente pode e deve ficar oculto do público em geral e do acesso da imprensa, mas jamais do réu e do seu defensor".[736]

Ao estatuir que é direito do agente infiltrado "ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais **preservadas durante a investigação *e o processo criminal***" (LCO, art. 14, III), a Lei 12.850/2013 parece se distanciar da terceira corrente.

Calha grifar que esse direito do *infiltrado* **(a)** é mais amplo, por conter a expressão "durante a

investigação *e o processo criminal*", do que o direito do colaborador consistente em "ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados" (art. 5.º, II); e **(b)** não se limita ao direito (do colaborador) de "participar das audiências sem contato visual com os outros acusados" (art. 5.º, IV), que trata da figura do **testemunho oculto**.

Demais disso, fazendo-se necessária a oitiva do agente infiltrado como testemunha anônima, entendemos razoável que essa audiência seja realizada **antecipadamente**. Assim, tomando-se por analogia o art. 19-A, parágrafo único, da Lei 9.807/1999 – vocacionado à proteção de réus colaboradores –, e com o escopo de diminuir os riscos inerentes à inquirição do policial encoberto, o juiz poderá tomar antecipadamente o seu depoimento, devendo justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo no caso concreto ou o possível prejuízo que a oitiva antecipada traria para a instrução criminal.[737]

**IV – não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.**

Esse direito decorre da necessária preservação de seus dados pessoais, conforme a previsão do inciso III *supra*. Expressamente direciona-se aos "meios de comunicação" – a imprensa em geral – que, doravante, têm o dever de guardar sigilo acerca da identidade do agente infiltrado, independentemente da fonte de conhecimento.

A propósito, adiantamos nosso entendimento[738] pela compatibilidade desse preceptivo com o art. 220, § 1.º, da Constituição Republicana, porquanto, se de um lado a nossa Lei Suprema garante o direito à liberdade de expressão e informação, de outro, preserva igualmente o direito de privacidade. Destarte, "a divulgação de uma informação obtida por via manifestamente ilícita torna os meios de comunicação coadjuvantes de uma prática criminosa. Parece que ninguém se deu conta disso".[739]

De outro lado, seria louvável que o art. 18 da Lei 12.850/2013 tivesse previsto como crime as condutas de *revelar a identidade, fotografar ou filmar o agente infiltrado*, como se procedeu em relação à figura do *colaborador*. Entretanto, isso não significa que a devassa desautorizada à identidade do agente infiltrado seja fato atípico. Nesse caso, pode restar configurado o art. 20 da mesma lei.

## 4.9 Cooperação entre instituições

A cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de informações de interesse da investigação ou da instrução criminal foi arrolada pelo legislador como mais um meio especial de obtenção da prova (LCO, art. 3.º, VIII).

No plano internacional essa integração das instituições tem previsão nos arts. 7.º, item 1, "b", 18, 27 e 28, todos da Convenção de Palermo, e o propósito de reforçar a eficácia das medidas

destinadas a combater as infrações das organizações criminosas.

Em verdade, para nós, a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais não deve ser tecnicamente considerada um *meio probatório*, sendo, antes disso, "uma estratégia que pode possibilitar a obtenção de provas constantes nos arquivos dos entes estatais referidos".[740]

Não se pode olvidar que a troca de informações de inteligência é medida essencial para a prevenção e a repressão à criminalidade organizada. Assim, é fundamental que os diversos ramos do Ministério Público, as polícias (polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares – CF, art. 144, I a V), autarquias, controladorias, corregedorias, instituições financeiras, Receita Federal, Tribunais de Contas e, enfim, todos os demais órgãos e instituições que têm acesso a dados relevantes para a persecução criminal unam-se em torno desse objetivo comum de simbiose de informações e compartilhamento de provas.

Busca-se, pois, a organização do Estado contra o crime organizado.

---

1 Em alusão à cor dos macacões utilizados pelos operários norte-americanos da década de 1940.

2 O cometimento dos chamados crimes de colarinho-branco não é condição necessária para a existência da criminalidade organizada. Além dos demais requisitos elencados pelo art. 1.º, § 1.º, da LCO, basta que o grupo vise "a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional". Entretanto, na práxis, tem-se percebido a grande vocação das organizações delitivas para o cometimento dos crimes de colarinho-branco.

3 Cometidos por aqueles que gozam e abusam de elevada condição econômica e do poder daí decorrente, como é o caso dos delitos contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/1986), de lavagem de capitais (Lei 9.613/1998) e contra a ordem econômica (Lei 8.176/1991) etc.

4 O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciênci Criminais*, São Paulo: RT, n. 70, ano 16, jan.-fev. 2008, p. 240. Reconhecendo as dificuldades probatórias dos tradicionais meios de investigação – moldados sob a perspectiva do ilícito penal clássico – para o alcance de alguma eficiência diante dos fenômenos criminais contemporâneos, particularmente da criminalidade organizada: PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 27.

5 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte especial (direito penal econômic São Paulo: RT, 2014. v. 8, p. 470.

6 Como se sabe, "o princípio da proporcionalidade tradicionalmente traduz-se na proibição do

excesso/*ubermassverbot* (**garantismo negativo**). Entretanto, atualmente a doutrina vem apontando uma nova face da proporcionalidade, qual seja, a proibição da proteção deficiente (**garantismo positivo**). O sistema de proteção dos direitos fundamentais se expressa em proteção negativa (proteção do indivíduo frente ao poder do Estado) e proteção positiva (proteção, por meio do Estado, dos direitos fundamentais contra ataques e ameaças provenientes de terceiros)" (AZEVEDO, Marcelo André de. *Direito penal* – parte geral. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 67). Ainda sobre o **princípio da proibição da proteção insuficiente** na seara criminal, vale conferir o voto do Min. Gilmar Mendes proferido no julgamento do Recurso Extraordinário 418.376.

7 *Princípios do processo penal* – entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 200

8 *Retrospectiva 2014 – Ano trouxe mudanças e amadurecimento do Supremo Tribunal Federal* . Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/roberto-barroso-ano-sinaliza-mudancas-supremo-tribunal-federal?imprimir=1>. Acesso em: 27 fev. 2015.

9 "O Direito Penal do Inimigo, conforme salienta Jakobs, já existe em nossas legislações, gostemos disso ou não, a exemplo do que ocorre no Brasil com a Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, que além de definir o conceito de organização criminosa, dispôs sobre a investigação criminal, os meios de provas, infrações penais correlatas e o procedimento a ser aplicado" (GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio – uma visão minimalista do direito penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 23-24).

10 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio Manuel. *Direito penal do inimigo – noções e críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

11 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.

12 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.

13 MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre lavagem de dinheiro: Cegueira deliberada e honorários maculados. *Revista da EMERJ,* v. 17, n. 64, 2014. p. 177.

14 GALAIN PALERMO, Pablo. Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica. In: AMBO Kai; CORIA, Dino Carlos Caro; MALARINO, Ezequiel. *Lavado de activos y compliance*: perspectiva internacional y derecho comparado. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2015. p. 324.

15 CARRIÓN, Andy; URQUIZO, Gustavo. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en e ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EEUU. In: AMBOS, Kai; CORIA, Dino Carlos Caro; MALARINO, Ezequiel. *Lavado de activos y compliance*: perspectiva internacional y derecho comparado. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2015. p. 395-

396.

16 CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. *A posição de garantidor e a responsabilidade penal por omissão do* compliance officer *na legislação brasileira*. Disponível em: <https://congressonacional2017.ammp.org.br/public/arquivos/teses/85.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2018.

17 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 198.

18 ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In: ZANELLATO, Vilvana Damiani (Coord.). *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 359-406.

19 *O que é o whistleblower? Como a Ação 4 da Enccla tem trabalhado a figura do "reportante", com vistas ao avanço do ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/noticias/o-que-e-o-whistleblower>. Acesso em: 17 jan. 2018.

20 Nesse sentido: "O *whistleblower* é inocente (em princípio), não participou do crime e se dispõe a denunciar conduta imprópria numa empresa ou num órgão público. É legal e moralmente irretocável sua conduta. *A Lei Anticorrupção estimula a existência desses canais de denúncia, que atuam como medidas preventivas ou reparatórias de condutas irregulares dentro das empresas*. O problema: de quais garantias ele desfrutaria? Teria alguma recompensa pelo seu ato? Na Inglaterra há lei de proteção contra represálias ao denunciador [...]. Ele não pode ser demitido. Nos EUA o estatuto do *whistlebower* vai mais adiante: quem denuncia uma irregularidade à SEC (órgão encarregado de apurar crimes de corrupção nas grandes corporações) pode receber recompensa em dinheiro (até 30% do valor da multa). É uma forma de suavizar as graves consequências (para o denunciador) decorrentes da 'deduragem'" (GOMES, Luiz Flávio. *República dos delatores (mas falta a lei do whistleblower)*. Disponível em: <http://luizflaviogomes.com/republica-dos-delatores-mas-falta-a-lei-do-whistleblower/>. Acesso em: 20 out. 2016).

21 Lei 13.608/2018, art. 3.º. "O informante que se identificar terá assegurado, pelo órgão que recebe a denúncia, o sigilo dos seus dados".

22 Ademais, a Lei 13.608/2018 modificou o art. 4.º da Lei 10.201/2001 – que institui o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP) – e acrescentou-lhe os incisos VI e VII. Com a mudança, "o FNSP apoiará projetos na área de segurança pública destinados, dentre outros, a: [...] VI - serviço telefônico para recebimento de denúncias, com garantia de sigilo para o usuário; VII - premiação, em dinheiro, para informações que levem à resolução de crimes" (art. 4.º).

23 HC 133148, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe*-289 15.12.2017. E ainda: AP 530, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso,

*DJe*-250 19.12.2014.

24 HC 106152, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Rosa Weber, *DJe*-106 24.05.2016. Igualmente: "No cas dos autos, não houve a quebra de sigilo dos dados telefônicos dos investigados em decorrência exclusivamente de denúncias anônimas, uma vez [que] foram adotadas providências para apurar a veracidade das informações nelas contidas" (HC 413.160/PE, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., *DJe* 28.11.2017).

25 RHC 53.294/RS, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 20.09.2017.

26 ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In: ZANELLATO, Vilvana Damiani (Coord.). *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 405-406.

27 ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In: ZANELLATO, Vilvana Damiani (Coord.). *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 405-406.

28 GRANDIS, Rodrigo de. *Whistleblowing e Direito Penal*. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/coluna-rodrigo-de-grandis>. Acesso em: 28 set. 2016.

29 Contudo, o afamado autor reconhece que a lei deveria avançar para que o MP controlasse a investigação, como ocorre em inúmeros ordenamentos ("Em inúmeros ordenamentos, a investigação é controlada pelo Ministério Público, sobretudo por caber a este a formação da *opinio delicti* e a produção da prova em juízo"). Diz, ainda, que a polícia investigativa deveria ser denominada polícia "Ministerial", e não polícia "Judiciária" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 66-67).

30 SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. *Garantismo penal integral* – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 163 e 165.

31 MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 68.

32 SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. *Garantismo penal integral* – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 160.

33 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal* – volume único. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 793.

34 MARREIROS, Adriano Alves (Coord.). *Manual nacional do controle externo da atividade policial* – o Ministério Público olhando pela sociedade. 2. ed. Brasília: Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG), 2012. p. 93.

35 Agravo de Instrumento 191.684, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 06.02.1998.

36 SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. *Garantismo penal integral* – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 162.

37 MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 69-70.

38 SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. *Garantismo penal integral* – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 168.

39 CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar:* dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 114.

40 MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 69. Nesse sentido: "A *autoridade policial* não é parte no processo penal, não tendo pretensão que possa ser deduzida em juízo. Seu poder é apenas investigatório. A sua representação não deve ser dirigida ao juiz, mas ao Ministério Público, para que este, considerando-a correta, requeira a prisão preventiva. Assim, a possibilidade legal de 'representação' pela autoridade policial para a decretação da prisão preventiva é *inconstitucional* por violação da garantia constitucional do devido processo legal, pois situa a polícia, indevidamente, como órgão acusador, ainda que sem o poder de iniciativa para o processo" (SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 113).

41 Criticando a atribuição de poderes instrutórios do magistrado tanto na *fase processual* (como ocorre no art. 156) como na *pré-processual*, de modo a permitir que o juiz pratique atos de investigação, Aury Lopes Jr. escreve: "Atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático. Ensina Cordero que tal atribuição (de poderes instrutórios) conduz ao *primato dell'ipotesi sui fatti*, gerador de *quadrimentali paranoidi*. Isso significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos" (*Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111-112).

42 "Em 1900, a literatura de Machado de Assis já nos contava um romance que talvez seja um dos mais ilustrativos exemplos de que se pode valer o Processo Penal para pensar o chamado *quadro mental paranoico* decorrente da busca pela prova que confirme a hipótese psicológica inicial. [...] será tomada a história de *Dom Casmurro* como ponto de partida à reflexão. O exemplo é ótimo, afinal, a história de Bentinho é a de um bacharel em Direito, mergulhado numa trama psicológica em que cada fato observado serve para contaminar a sua subjetividade e confirmar

uma hipótese previamente inscrita em si: a traição de Capitu. Atordoado por várias circunstâncias, Bentinho era uma criança fechada em si mesma, razão pela qual foi apelidado de Dom Casmurro. Com o passar dos anos, desistiu da vida interna no seminário para se entregar ao amor que sentia por Capitu, filha de seus vizinhos. Dedicou-se ao estudo, se formou em Direito, casou com a mulher pela qual se apaixonara e teve um filho chamado Ezequiel. Cúmplice de sua felicidade, esteve sempre ao seu lado um grande amigo, de nome Escobar, companheiro desde a época do seminário. Foi no enterro de Escobar, recém-falecido, que o sentimento de Bentinho ganhou força. A contemplação de Capitu ao cadáver lhe pareceu estranha, intensa demais. O ciúme aumentou e com ele o *quadro mental paranoico.* Ao que lhe parece, seu filho, Ezequiel, estava tomando a feição de Escobar. Pensa em matar mulher e filho, mas não tem coragem. Agora nada importa, a ideia tomou parte de sua estrutura psicológica, a hipótese passou a ter primazia sobre os fatos. Tudo faz sentido a cada folha de sua história pessoal. Pois aí está: o adultério é o 'crime' eleito como hipótese por Dom Casmurro. Talvez exista um lastro que dê alguma coerência a este pensamento ou não. Provas evidentes, não há, ainda. Mas há o desejo de descobrir este mistério. Aquele que deve se convencer é o mesmo que sai atrás deste convencimento. Não sabe que provas serão achadas, ou se achará mesmo alguma coisa. Sabe apenas que tem uma hipótese: a traição de Capitu, ou então, para o que olharia? Que caminho tomaria como fundamento ao seu pensamento? Um dos mais finos romances da literatura brasileira traduz o conto da busca pela prova que confirmasse a hipótese central. Mas afinal, houve ou não traição? Eis aqui a inapreensão do conceito material de verdade e toda a angústia da finalidade retrospectiva do processo, conforme trabalhado. Nunca chegaremos nem próximo ao fato histórico imputado à Capitu. Esta sentença não foi escrita por Machado de Assis e, portanto, não foi proferida pelo seu julgador: Dom Casmurro. Mas nem precisava. Saber se houve ou não a traição de Capitu não importa em nada, absolutamente. A hipótese já foi tomada como decisão por Bentinho, desde o início do livro. Este é o ponto: a *verdade construída* por Bentinho" (MELCHIOR, Antonio Pedro. *Gestão da prova e o lugar do discurso do julgador – o* sinthoma *político do Processo Penal democrático*. Rio de Janeiro: 2012, p. 153-154. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/4120373/antonio%20pedro%202011.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2015).

43 "Art. 3.º Nas hipóteses do inciso III [acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias financeiras e eleitorais] do art. 2.º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, **a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz**, adotado o mais rigoroso segredo de justiça."

44 Acerca dos sigilos bancário e financeiro, entendeu o STF que o art. 3.º teria sido revogado pelo advento da LC 105/2001.

45 Com Sérgio Moro (A justiça e os descaídos. *O Estado de S. Paulo*. Disponível em: <http://m.opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,a-justica-e-os-decaidos,10000054313>. Acesso

em: 04 jun. 2016), conheça um pouco mais sobre a organização criminosa italiana *Cosa Nostra*, as importantíssimas colaborações de Tommaso Buscetta, Sammy Gravano e Mario Chiesa, a condenação do poderoso chefão Salvatore Riina (a 'besta') e a célebre atuação do magistrado do Ministério Público, *Procuratore Della Repubblica* Giovanni Falcone – assassinado cruelmente com o uso de explosivos por obra da facção siciliana da máfia –, decisiva para a deflagração da Operação Mãos Limpas.

46 Com essa sugestiva denominação, sob a ótica da professora espanhola Isabel Sánchez García de Paz, o "direito penal premial" (em tradução livre) pode ser definido como: "o agrupamento de normas de atenuação ou remissão da pena com o objetivo de premiar e assim incentivar comportamentos de desistência e arrependimento eficaz de comportamento criminoso ou mesmo de abandono futuro de atividades delitivas e colaboração com as autoridades de persecução criminal na descoberta de atos criminosos já praticados ou, eventualmente, o desmantelamento da organização criminosa a que pertença o acusado" (El coimputado que colabora con la justicia penal. *Revista Eletrónica de Ciência Penal y Criminologia*, n. 7-5, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2015).

47 Em 1982, foi criada a *Operação Mãos Limpas* com a finalidade de restabelecer a ordem no país, por meio da contenção da violência e minimização da impunidade, fazendo-se nascer a *Lei misure per la difesa dell ordinamento constituzionale*, que instituiu a delação premiada e previu a extinção da punibilidade do colaborador e a sua proteção pelo Estado.

48 "A figura do *supergrass* inglês é muito semelhante a do *pentito* italiano, sendo basicamente o mesmo o seu tratamento. Por meio da *plea bargaining*, os imputados podem obter uma diminuição considerável da pena ao confessarem seus atos e aceitarem colaborar no processo, o que ocorre, de forma geral, por meio de um acordo com o representante da acusação pública, que abre mão do exercício da ação ou pede uma condenação mais branda do que a referente ao crime efetivamente praticado. A famosa figura das '**testemunhas da coroa'** (*crown witness*) corresponde, nesse contexto, à hipótese em que o imputado perde definitivamente essa condição jurídica para adquirir uma outra, a de testemunha, em nome do interesse público" (LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à efetividade estatal de persecução criminal. *Garantismo penal integral* – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 273). Para maiores detalhes sobre o instituto do *plea bargaining*, veja-se: GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 99-103.

49 Apesar de o nome "chamamento de corréu" eventualmente ser tratado como sinônimo de delação/colaboração premiada, "há quem defenda ser a chamada de corréu o ato pelo qual um comparsa denuncia antigos parceiros sem que, para isso, lhe dê o legislador recompensa legal, ou

seja, seria a **delação não premiada**" (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 514).

50 "A pretensão legislativa não é louvável. Tanto que, já se encontrando em vigor a inovação há quas três anos, não se tem notícias de nenhum caso de traição premiada. Ocorre que o delator sabe que, descoberta a traição, fatalmente será executado pelos comparsas ou, se preso, pelos companheiros de cela, que não suportam traidores. E a norma não é pedagógica: ela ensina que trair traz benefícios" (JESUS, Damásio Evangelista de. O prêmio à delação nos crimes hediondos. *Boletim IBCCRIM,* n.º 5, São Paulo: IBCCRIM, 1993).

51 *A técnica de colaboração premiada*. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/atecnicadecolaboracaopremiada/#sdfootnote Acesso em: 6 mar. 2015.

52 A denominação *colaboração reveladora da estrutura e do funcionamento da organização (da burocracia)* foi cunhada por Luiz Flavio Gomes (*Há diferença entre colaboração e delação premiada?* Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao-e-delacao-premiada/14756>. Acesso em: 31 out. 2017). Na lavra do autor, "em homenagem ao economista alemão Max Weber, que criou a Teoria da Burocracia para explicar a forma como as empresas se organizam, adotamos a nomenclatura 'colaboração reveladora da burocracia'; afinal, a estrutura e a forma como as organizações criminosas se organizam é empresarial ou quase empresarial (artigo 4.º, inciso II, da Lei 12.850/13)".

53 HC 119.976/SP, 1.ª Turma do STF, Rel. Luiz Fux, *DJe* 18.03.2014. E ainda: "Não é possível o reconhecimento da delação premiada, porquanto incidirá somente na hipótese em que o acusado, de forma voluntária, colabore efetivamente na identificação do coautor ou partícipe do crime, não sendo caso de aplicá-la quando o réu limitar-se a indicar o nome do fornecedor da droga, o qual não foi identificado até a presente data. [...]" (Apelação 160717-97.2013.8.09.0100, 2.ª Câmara Criminal do TJGO, Rel. Edison Miguel da Silva Jr., unânime, *DJe* 20.03.2014).

54 No ano de 2010, o candidato que realizou a segunda fase do 55.º concurso público para ingresso n carreira do Ministério Público do Estado de Goiás foi instado a "estabelecer uma noção crítica sobre direito penal premial no ordenamento jurídico pátrio".

55 "[...] a prática da negociação e do escambo entre confissão e delação de um lado e impunidade ou redução de pena de outro sempre foi uma tentação recorrente na história do direito penal, seja na legislação e mais ainda da jurisdição, pela tendência dos juízes, sobretudo dos inquisidores, de fazer uso de algum modo de seu poder de disposição para obter a colaboração dos imputados contra eles mesmos. A única maneira de erradicá-la seria a absoluta vedação legal [...]. O legislador italiano, sugestionado pelos aspectos decadentes da experiência americana, seguiu, ao invés, a estrada oposta, legitimando a transação primeiro com as leis de emergência sobre os 'arrependidos' e depois, de maneira ainda mais extensa, com a recente reforma do Código de

Processo Penal. O resultado [...] é inevitavelmente a corrupção da jurisdição, a contaminação policialesca dos procedimentos e dos estilos de investigação e de juízo, e a consequente perda de legitimação política ou externa do Poder Judiciário" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* – teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 561).

56 "A impunidade de agentes encobertos e dos chamados 'arrependidos' constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito: [...] o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço de sua impunidade para 'fazer justiça', o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria" (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Crime organizado*: uma categoria frustrada. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, 1996, ano 1, v. 1, p. 45).

57 "A longo prazo deve-se temer que o acordo arruíne o processo e com isso também aqueles princípios e regras que garantem a proteção dos participantes: *a publicidade da audiência principal*, quando após a audiência de acordo (*vergleichsverhandlungen*) bem-sucedida simula-se o desfecho do processo iniciado. A *presunção de inocência* é convertida em uma defraudação da culpabilidade [...]. O princípio '*na dúvida o réu*' torna-se sem sentido, porque não se trata da formação da convicção do juiz, mas da concessão mútua. É preciso se preocupar com o *tratamento igualitário*, em todo caso com vista àquele acusado que não está disposto a uma cooperação ou não é capaz. O *princípio da legalidade* é colocado junto à matéria, porque não se trata mais do esclarecimento de uma suspeita punível, mas de uma concessão mútua [...]. O futuro do acordo no Processo Penal está aberto. Deve-se esperar que os tradicionais princípios do Direito Processual Penal possam fazer valer novamente de modo vigoroso na *praxis* o seu poder de convicção em face dos interesses na economia e eficiência" (HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 237).

58 *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 728-729.

59 "[...] a colaboração premiada é indispensável no âmbito da criminalidade organizada, e os ganhos que podem daí advir superam largamente, os inconvenientes apontados pela doutrina. O instituto vem, em verdade, na mesma linha da confissão, do arrependimento eficaz e da reparação do dano, nada havendo aí de imoral [...], residindo a sua racionalidade no fato de que o agente deixa de cometer crimes e passa a colaborar com o Estado para minorar seus efeitos, evitar sua perpetuação e facilitar a persecução" (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 694).

60 *Crime organizado*: comentários à nova Lei sobre o Crime Organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. e Salvador: JusPodivm, 2014. p. 37-41.

61 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador:

JusPodivm, 2014. p. 515-516.

62 Cf. LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à efetividade estatal de persecução criminal. *Garantismo penal integral* – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 280-288.

63 "Evidente que a delação premiada – por si – não é suficiente para uma acusação formal contra alguém, e que sua instituição não transforma as autoridades policiais em meros espectadores de denúncias alheias. Trazidas as informações, por meio de pessoa identificada, o Estado tem o dever de averiguar sua credibilidade, seus fundamentos, para evitar que rixas e inimizades pessoais ou comerciais se transformem em persecuções sem fundamento, como danos irreparáveis à imagem dos envolvidos. Mas isso não desmerece o instituto, cujo êxito é percebido a cada crime desbaratado pelo arrependimento – real ou estratégico – de um dos integrantes da empreitada criminosa" (*A forma inteligente de controlar o crime organizado*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-05/direito-defesa-forma-inteligente-controlar-crime-organizado>. Acesso em: 10 mar. 2015).

64 *Apud* MAIEROVITCH, Walter. *Delação premiada: Desde a profecia de um filósofo alemão em 1800 até a transação de Paulo Roberto Costa junto ao MP*. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/revista/819/delacaopremiada4253.html>. Acesso em: 27 fev. 2018.

65 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro Forense, 2014. v. 2, p. 728-729.

66 "Nesse processo penal formal, em especial quando relativo aos complexos crimes típicos da criminalidade empresarialmente organizada (delitos financeiros, tráfico de drogas e armas, crimes tributários, contra a administração pública em sentido lato etc.), se não houver à disposição das partes processuais – e supletivamente ao magistrado – a meios eficazes e especiais de prova (análises contábeis, perícias técnicas, interceptações ambientais, possibilidade de proteção a agentes colaboradores, dentre outros), muito dificilmente será possível ofertar ao julgador, por meio dos tradicionais meios probatórios do vigente CPP, amplo conhecimento da situação fática imputada (material probatório suficiente a um completo julgamento de mérito), a fim de ter ele elevada convicção para julgar (procedente ou não) o pedido condenatório" (LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à efetividade estatal de persecução criminal. *Garantismo penal integral* – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 282).

67 *Princípios do processo penal* – entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 200 p. 26-28.

68 DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2014. p. 1.004.

69 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 516.

70 *Vide* o Prefácio desta obra.

71 A respeito da **diferença** entre *meio de prova* e *meio de obtenção da prova*, vale conferir a doutri de Gustavo Badaró: "enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro. Campus/Elsevier, 2012. p. 270).

72 "Denominam-se 'técnicas especiais de investigação' os procedimentos habitualmente utilizados n investigação de casos complexos de crimes graves, tais como tráfico de entorpecentes, tráfico de armas e de pessoas; crimes cometidos por meio de organizações criminosas, crimes financeiros, lavagem de dinheiro, terrorismo e seu financiamento, principalmente. [...] O GAFISUD [*Grupo de Acción Financiera de Sudamérica*] recomenda a utilização das seguintes técnicas especiais: ação controlada, operação encoberta, colaboração, vigilância eletrônica, uso de recompensas [...]" (CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro* – ideologia da criminalização e análise do discurso. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 224-225).

73 Nesse sentido: "A delação é uma espécie de traição? Lógico que sim! Mas é uma das alternativas, legais e legítimas, à disposição do réu, consectário lógico da autodefesa. Vedá-la, sim, seria inconstitucional, ante o art. 5.º, LV, CRFB/88, por cercear o direito de defesa" (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 79-80).

74 HC 97.509/MG, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 02.08.2010.

75 Excertos do *Informativo 796 STF*, de 24 a 28 de agosto de 2015.

76 Excertos do *Informativo 796 STF*, de 24 a 28 de agosto de 2015.

77 **Não se aplica no âmbito da Lei 12.850/2013 a "quarentena"** grafada nos arts. 86, § 12, da Lei 12.529/2011 ("Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento") e 16, § 8.º, da Lei 12.846/2013 ("Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos

contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento").

78 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p 104.

79 Rcl 21258 AgR, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*-076 de 20.04.2016.

80 Rcl 21258 AgR, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*-076 de 20.04.2016. No mesmo sentido: "1. O acordo de colaboração premiada, **negócio jurídico personalíssimo** celebrado entre o Ministério Público e o réu colaborador, gera direitos e obrigações apenas para as partes, em nada interferindo na esfera jurídica de terceiros, ainda que referidos no relato da colaboração. 2. Assim sendo, **supostos coautores ou partícipes do réu colaborador nas infrações desveladas**, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no 'relato da colaboração e seus possíveis resultados' (art. 6.º, I, da Lei n.º 12.850/13), **não possuem legitimidade para contestar a validade do acordo**. 3. Não há direito dos 'delatados' a participar da tomada de declarações do réu colaborador, sendo os princípios do contraditório e da ampla defesa garantidos pela possibilidade de confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor" (RHC 68.542/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 03.05.2016).

81 Inq-QO 4130, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, publ. 03.02.2016.

82 Rcl 31.629/PR, Corte Especial do STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 28.09.2017.

83 RHC 80.888/PR, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 21.06.2017. E ainda: HC 288.465/AM, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, *DJe* 20.06.2014.

84 RHC 80.888/PR, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 21.06.2017.

85 NETTO, Vladimir. *Lava Jato*: o juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasi Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016. p. 62.

86 Cf. *Informativo 612 STJ*.

87 Rcl 31.629/PR, Corte Especial do STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 28.09.2017.

88 Excertos do voto proferido pela Min. Nancy Andrighi no julgamento da Rcl 31.629/PR (Corte Especial do STJ, *DJe* 28.09.2017). Nesse sentido: "I. Ao tomar conhecimento de que poderia haver, potencialmente, o envolvimento de autoridades com foro privilegiado nas condutas investigadas, tanto a autoridade policial responsável pelas investigações, quanto o próprio Ministério Público foram diligentes e não agiram propositalmente para manter, artificialmente, as investigações no primeiro grau de jurisdição; II. O roteiro descrito nos autos revela, de forma segura, que, na verdade, houve o encontro fortuito de elementos meramente indiciários da prática, em tese, de ilícitos penais por parte de autoridade com foro por prerrogativa de função; III. A simples circunstância de o parlamentar ser sócio da empresa investigada não é suficiente para

firmar a competência desta Suprema Corte. Assim, ao contrário do que sustentado pela defesa, não houve supressão da competência do Supremo Tribunal Federal, ainda mais nesta fase embrionária de apuração dos fatos. IV. Agravo regimental a que se nega provimento" (Inq 4183 AgR, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe*-074 de 11.04.2017).

89 Inq 3983, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJe*-095 de 12.05.2016.

90 Inq-QO 4130, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, publ. 03.02.2016. No mesmo sentido: "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a adotar como *regra* o *desmembramento* dos inquéritos e ações penais originárias no tocante a coinvestigados ou corréus não detentores de foro por prerrogativa de função, admitindo-se, *apenas excepcionalmente*, a atração da competência originária quando se verifique que a separação seja apta a causar prejuízo relevante, aferível em cada caso concreto" (Pet 6727 AgR, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe*-170 de 03.08.2017). E ainda: "1. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, o desmembramento do feito em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro 'deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade do foro por prerrogativa de função, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante' [...]. 2. O agravante foi mencionado pelo colaborador premiado, em quatro termos de colaboração, por fatos supostamente ilícitos que também envolvem titulares de prerrogativa de foro junto ao Supremo Tribunal Federal. [...] 7. Na espécie, presente a imbricação de condutas, diante da existência de indícios de um liame probatório entre os fatos, ou mesmo de continência (art. 77, I, CPP), não há como se cindir, por ora, uma investigação em fase embrionária, inclusive pelo risco de o juízo de primeiro grau, ainda que de forma indireta, promover a investigação de detentores de prerrogativa de foro, em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 8. Recurso provido para se determinar que o agravante permaneça sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo de posterior reanálise pelo Relator da possibilidade de desmembramento, vedando-se ao juízo de primeiro grau a deflagração, em desfavor do agravante, de investigações lastreadas nos termos de colaboração em questão" (Pet 6138 AgR-segundo, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Edson Fachin, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, *DJe*-200 de 05.09.2017).

91 "Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, 'a conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente do simples encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal não tem o condão de impor o *unum et idem judex*'. Do mesmo modo, 'o simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneus processus*' [...]" (Inq-QO 4130, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, publicado em 03.02.2016).

92 Parcela da doutrina denomina o acordo de leniência de **acordo de brandura ou doçura**.

93 Não se olvide que a Medida Provisória 703/2015, que alterou a Lei Anticorrupção para dispor

sobre acordos de leniência, teve seu **prazo de vigência encerrado** no dia 29 de maio de 2016, de maneira que os dispositivos da Lei 12.846/2013 voltaram ao *status quo ante*. De todo modo, vale o registro de que a MP 703 era tida pela grande maioria da doutrina como um ato legislativo **inconstitucional**, uma verdadeira "aberração jurídica" (cf. LIVIANU, Roberto; OLIVEIRA, Julio Marcelo. *Medida Provisória 703 é uma verdadeira aberração jurídica afrontosa à CF*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-11/mp-debate-medida-provisoria-703-verdadeira-aberracao-juridica>. Acesso em 19.05.2016) fustigada pela ADI 5.466/DF. Com a extinção da vigência da norma impugnada, após o ajuizamento da ADI, ocorrera a perda superveniente do seu objeto.

94 "A melhor solução parece ser no sentido de que, considerando que as demais leis que preveem a colaboração premiada não foram revogadas, possa se admitir a existência de um microssistema de direito premial, ou 'microssistema de estímulo à verdade', nas palavras de Pedro Jorge do Nascimento Costa, devendo o procedimento da Lei n.º 12.850/2013 servir de norte à aplicação do instituto a todos os crimes cujas leis admitem a colaboração do agente, ainda que não praticados por organização criminosa, como, por exemplo, tráfico de entorpecentes e lavagem de capitais" (FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 41).

95 Nesse sentido: CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Criminalidade organizada e globalização desorganizada – curso completo de acordo com a Lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 182. Diversamente, apesar de reconhecerem que, à exceção da Lei 9.034/1995, as demais normas que preveem o instituto continuam vigentes, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato asseveram: "como este diploma legal [Lei 12.850/2013] define organização criminosa e disciplina integralmente esse instituto, parece-nos legítimo sustentar que a Lei n. 12.850/13 revogou a delação ou colaboração premiada para todas as outras hipóteses em que as infrações penais não tenham sido praticadas por organização criminosa" (*Comentários à lei de organização criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 121-122).

96 Já foi reconhecido pelo STJ que "o *sistema geral de delação premiada está previsto na Lei 9.807/99*. Apesar da previsão em outras leis, os requisitos gerais estabelecidos na Lei de Proteção a Testemunha devem ser preenchidos para a concessão do benefício" (HC 97.509/ MG, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 02.08.2010). Igualmente: "1. A colaboração efetiva é imprescindível para a concessão do perdão judicial, ainda que sob o jugo da legislação apontada pelo recorrente como de *aplicação analógica na espécie* (art. 35-B da Lei n. 8.884/94), vigente à época dos fatos. 2. Por outro lado, a aplicação da benesse, segundo *a Lei de Proteção à Testemunha - que expandiu a incidência do instituto para todos os delitos* - é ainda mais rigorosa, porquanto a condiciona à efetividade do depoimento, sem descurar da personalidade do agente e da lesividade do fato praticado, a teor do que dispõe o parágrafo

único do art. 13 da Lei n. 9.807/99" (REsp 1477982/DF, 2.ª Turma do STJ, Rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 23.04.2015).

97 Ressaltamos, contudo, a existência da opinião segundo a qual, "diante desse anárquico quadro legislativo, [...] em face das garantias da irretroatividade da lei penal mais grave e da retroatividade da lei penal mais favorável (art. 5.º, XL, da CR), deverá o juiz, em cada caso concreto, **aplicar a lei que seja mais benéfica ao acusado**. Se houver dúvida sobre qual delas o seja, deverão o acusado e seu defensor ser consultados, em face do princípio do *favor libertatis*" (DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2014. p. 1006).

98 Prêmio previsto no art. 13 da Lei 9.807/1999, mas ausente no art. 41 da Lei 11.343/2006.

99 Requisito exigido pelo art. 13 da Lei 9.807/1999, mas não pelo art. 41 da Lei 11.343/2006.

100 ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado*: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016. p. 171.

101 *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 530-531.

102 Segundo a teoria do diálogo das fontes (desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg), as normas jurídicas *não se excluem*, supostamente porque pertencem a ramos jurídicos distintos, *mas se complementam*. Isso se dá, para além de outras razões, pela justificativa da funcionalidade. Como se sabe, "vivemos um momento de explosão de leis, um 'Big Bang legislativo', como simbolizou Ricardo Lorenzetti. O mundo pós-moderno e globalizado, complexo e abundante por natureza, convive com uma quantidade enorme de normas jurídicas, a deixar o aplicador do Direito até desnorteado. [...] O diálogo das fontes serve como leme nessa tempestade de complexidade". Note-se, pois, que a teoria do diálogo das fontes "surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico)" (TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, item 2.1.3).

103 Comungando desse entendimento: "No que diz respeito à forma, a Lei 12.850/2013 [...] foi a primeira (e ainda única) a prevê-la. Entendemos, por isso, que independentemente dos requisitos e dos benefícios [...], **o procedimento para se aplicar a colaboração sempre será o da Lei 12.850/2013** [...]" (ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado*: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016. p. 171).

104 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 127.

105 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 129.

106 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 278.

107 JARDIM, Afrânio Silva. *Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/nova-interpretacao-sistematica-do-acordo-de-cooperacao-premiada-por-afranio-silva-jardim/>. Acesso em: 13 out. 2015. Nesse sentido: "As condições da proposta [...] podem, quando muito, apresentar o rol de benefícios possíveis a serem dados ao delator, não se comprometendo o juízo à benesse X ou Y, afinal, conforme já reiterado, na sentença é que se aferirá a efetividade da colaboração e o benefício a ser entregue" (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 135).

108 Por ocasião de seu voto na Questão de Ordem na Pet. 7.074.

109 Por ocasião de seu voto na Pet. 7.265, em 14.11.2017.

110 JARDIM, Afrânio Silva. *Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/nova-interpretacao-sistematica-do-acordo-de-cooperacao-premiada-por-afranio-silva-jardim/>. Acesso em: 13 out. 2015.

111 "Essa semana foi noticiada uma sentença penal condenatória na operação 'lava a jato' [sic] em qu alguém – beneficiado pela delação premiada (ou seja, pena negociada) – é condenado a 15 anos e 10 meses em regime de 'reclusão doméstica' ou 'prisão domiciliar'. Depois vem um regime 'semiaberto diferenciado' (??) e uma progressão para o regime aberto após dois anos. Tudo isso sob o olhar atônito do Código Penal, que não se reconhece nessa 'execução penal *a la carte*'" (LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015jul24/limitepenaldelacaopremiadadireitopenaltambemlavadojat Acesso em: 17 out. 2017).

112 JARDIM, Afrânio Silva. *Três reflexões sobre o acordo de colaboração premiada*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/tres-reflexoes-sobre-o-acordo-de-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 19 abr. 2016.

113 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 146.º, n.º 4000, Coimbra: Gestlegal, 2016. p. 16-38.

114 *Manual – colaboração premiada*. Brasília: ENCCLA, 2014. p. 7. Nesse sentido: "Seriam possíveis outros benefícios – penais ou processuais – além daqueles expressamente previstos em lei? **Como se trata de normativa benéfica ao réu, desde que não haja proibição – ou seja, não afronte o ordenamento jurídico – e esteja dentro do marco da razoabilidade, é possível que**

**outros benefícios sejam ofertados e eventualmente aplicados. Neste tema, como se trata de norma mais favorável ao réu, inexiste a restrição da legalidade estrita**. Ademais, é importante notar que o magistrado irá fiscalizar tais benefícios, assim como o Tribunal. Na Correição Parcial 200904000350464, já mencionada, o TRF da 4.ª Região asseverou-se que a prática ampliou a previsão legal para admitir a previsão de benefícios *processuais* (suspensão do processo, liberdade provisória, dispensa de fiança, obrigações de depor ou de realizar determinadas provas pessoais...), *penais* (redução ou limitação de penas, estipulação de regimes prisionais mais benéficos, ampliação e criação de modalidades alternativas de respostas criminais, exclusão de perdimento...), *fora dos limites dos fatos* (para revelação de outros crimes da quadrilha...), ou mesmo *extrapenais* (reparando danos do crime, dando imediato atendimento ás vítimas...). Assim, seria possível, por exemplo, propor ao magistrado a libertação do investigado, em liberdade provisória, sob o argumento de que houve colaboração. [...] Isto porque a colaboração faz cessar exigências cautelares, pois indica uma diminuição do risco à prova ou de que o acusado voltará a cometer novos delitos ou a fugir" (MENDONÇA, Andrey Borges de. *A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)*. *Custos Legis* – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, v. 4, 2013).

115 ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado*: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016. p. 170.

116 Por ocasião de seu voto na ADI 5.508.

117 FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p 125-126. Essa possibilidade de cumprimento de pena antes mesmo da sentença, mencionada por Cibele Fonseca, não escapou das críticas do Min. Gilmar Mendes: "O cumprimento antecipado da pena, uma espécie da *prisão preventiva voluntária*, também passou a ser uma previsão padrão. No caso de Sérgio Machado, por exemplo, o colaborador optou por cumprir antecipadamente a pena, depois desistiu – Pet 6.138. [...] É, de fato, o novo Direito Penal e uma nova jabuticaba, nunca vista em lugar nenhum. É o Direito Penal Constitucional de Curitiba" (excertos do voto proferido na Pet 7.074).

118 Por ocasião de seu voto na Questão de Ordem na Pet. 7.074.

119 D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Delação premiada – proibição para quem está preso*. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/delacao-premiada-proibicao-para-quem-esta-preso/>. Acesso em: 19 abr. 2016. E ainda: NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 614.

120 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p 131.

121 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p 132.

122 *Apud* RODAS, Sérgio. *Delação premiada não é involuntária só por acusado estar preso, diz Sergio Moro*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/delacao-premiada-preso-nao-involuntaria-moro>. Acesso em: 19 abr. 2016.

123 Cf. *Informativo 796 STF*, de 24 a 28 de agosto de 2015.

124 Excertos do voto proferido pelo saudoso Min. Teori Zavascki no HC 127186 (2.ª Turma do STF, *DJe*-151 de 03.08.2015).

125 RHC 79.103/RS, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 07.04.2017. *Entendendo que a revogação da prisão cautelar deve se operar, como regra, depois de realizado o acordo*: "[...] ultimada a colaboração, desdobramento lógico, em regra, é a insubsistência da custódia, acompanhada ou não de cautelares diversas, afinal não se pode mais dizer que estaria [o colaborador] comprometendo a instrução criminal ou frustrando a aplicação da lei penal" (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 132). *E m sentido diverso*: "[...] há de se questionar a decretação da prisão cautelar, porque há justo motivo, mas, se o preso resolver delatar coautores ou partícipes, é colocado em liberdade. Ora, o perigo sumiu? Somente porque o indiciado ou acusado tornou-se um delator passa a gozar, automaticamente, da presunção de idoneidade? É evidente que isso não ocorre. Se a prisão foi indispensável para a garantia da ordem pública, a delação não pode propiciar a imediata libertação [...]" (NUCCI, Gilherme de Souza. *Organização criminosa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 27-28).

126 "[...] PRISÃO PREVENTIVA. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. DESCUMPRIMENTO. CAUSA DE IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PROCESSUAL. DESCABIMENTO. [...] 1. A prisão processual desafia a presença de algum dos requisitos previstos no art. 312 do CPP. 2. Inexiste relação necessária entre a celebração e/ou descumprimento de acordo de colaboração premiada e o juízo de adequação de medidas cautelares gravosas. 3. A teor do art. 316, CPP, a imposição de nova prisão preventiva desafia a indicação de base empírica idônea e superveniente à realidade ponderada no momento da anterior revogação da medida prisional" (HC 138207, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe*-141 de 28.06.2017).

127 "[...] 5. A redução da pena de corréu, por força de acordo de delação premiada (art. 25, § 2.º, da Lei n.º 7.492/86 e arts. 13 e 14 da Lei n.º 9.807/99) e de sua efetiva colaboração com a Justiça, tem **natureza personalíssima** e não se estende ao recorrente. […]" (RHC 124.192, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*-065 de 08.04.2015).

128 Nesse sentido: CAPEZ, Fernando; BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito penal* – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 843.

129 Nesse sentido decidiu o Plenário do STF quando do julgamento da Questão de Ordem 3 na Ação Penal 470 ("Mensalão"): "**Necessidade da denúncia para possibilitar o cumprimento dos termos da Lei n.º 9.807/99 e do acordo de colaboração firmado pelo Ministério Público**

**Federal com os acusados**. [...]" (AP-QO3 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publ. 30.04.2009).

130 Após a sentença condenatória, a lei admite outros benefícios, mas não o perdão judicial (art. 4.º, § 5.º, da Lei 12.850/2013).

131 Nesse sentido: "[...] embora as partes tenham proposto um benefício, nada impede que posteriormente, a depender da colaboração, seja concedido um benefício maior. Assim, o art. 4.º, § 2.º, permite que, considerando a relevância da colaboração prestada, o MP e o Delegado poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, caso a colaboração seja ainda mais importante e efetiva do que inicialmente verificado. Assim, o benefício aparece como um mínimo a ser concedido" (MENDONÇA, Andrey Borges de. *A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)*. *Custos Legis* – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, v. 4, 2013). Em sentido oposto, Afrânio Silva Jardim defende que a aplicação de qualquer prêmio legal independe de acordo prévio e o § 2.º do art. 4.º reforçaria essa compreensão. Em sua ótica, "a regra do parágrafo 2.° do art. 4.° desta lei específica prevê *requerimento*, que pode não ser deferido pelo juiz, demonstrando que a outorga do 'prêmio' não pressupõe a existência do acordo de colaboração [...]" (*Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015out18/afraniojardimjudiciarionaorefemacordosdelacaopremiada> Acesso em: 27 fev. 2018).

132 Nesse sentido: "O § 2.º do art. 4.º da Lei n. 12.850/2013 contempla já, de entrada, uma *inconstitucionalidade flagrante*, na medida em que, sendo a 'colaboração premiada' um meio de prova – diga-se, prova processual –, converte o delegado de polícia em sujeito processual! [...] Ora, permite-se, com o dispositivo, que o delegado represente pela concessão da benesse ao membro da organização criminosa, ainda que contra a vontade do titular da ação penal que, neste caso, será simplesmente 'ouvido'; e, ainda, que ele próprio realize diretamente a negociação com o defensor e o investigado, figurando o Ministério Público como mero acessório. Acontece que a *colaboração premiada* é matéria processual, pois consiste em *meio de prova*" (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 122-123).

133 *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-61. Defendendo o mesmo ponto de vista, Ana Luiza Almeida Ferro, Flávio Cardoso Pereira & Gustavo dos Reis Gazzola argumentam que: "[...] a proposta de acordo formulada pela autoridade policial e homologada pelo juízo, desafia **mandado de segurança** a ser impetrado pelo Ministério Público, porquanto vulnera direito líquido e certo quanto ao exercício pleno da persecução penal, quer no que tange à formação da *opinio delicti*, quer ao ajuizamento da ação penal e delimitação do conteúdo da demanda" (*Criminalidade organizada*: comentários à Lei

12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 127).

134 *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 853-854.

135 *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 854-855. Nesse sentido, Guilherme Nucci lembra que havia sustentado em sua nossa obra (*Organização criminosa*) a possibilidade de a "autoridade policial representar pelo perdão, sendo ele concedido mesmo sem a concordância do MP. Melhor refletindo, parece-nos que o delegado pode representar, sem dúvida, mas **é fundamental que o *Parquet* concorde, em virtude da titularidade da ação penal**" (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2. p. 733-734). Igualmente: "A lei permite que o delegado de polícia celebre acordo que preveja, como consequência da efetiva colaboração, perdão judicial ao investigado. Entendemos, contudo, ser **necessária a concordância expressa do Ministério Púbico** com esta benesse, já que o delegado não possui capacidade postulatória (não é parte) [...]" (ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado*: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016. p. 175). E ainda: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 303.

136 JARDIM, Afrânio Silva. *Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/nova-interpretacao-sistematica-do-acordo-de-cooperacao-premiada-por-afranio-silva-jardim/>. Acesso em: 13 out. 2015.

137 No dia 13.12.2017, o STF começou a julgar a ADI 5.508. Depois de sete votos, o julgamento foi suspenso para que fosse retomado em momento oportuno, quando estivessem presentes todos os integrantes da Corte. Do que se viu em Plenário, até o momento, podem ser assim sintetizados os entendimentos dos Ministros: *Min. Marco Aurélio (relator)*: tendo em conta que a colaboração premiada é mecanismo situado no cumprimento das finalidades institucionais da polícia judiciária, votou pela improcedência da ação; *Min. Alexandre de Moraes*: divergiu parcialmente do relator, por considerar impossível que o delegado formalize um acordo de colaboração premiada cujo benefício estipulado seja o perdão judicial, porquanto isso a afetaria diretamente o exercício da ação penal, cuja titularidade é privativa do Ministério Público. Apenas quanto ao perdão, o acordo realizado entre o investigado e o delegado necessita da concordância expressa do Ministério Público; *Min. Dias Toffoli*: compreendeu que o delegado pode celebrar o acordo de colaboração, mas não tem atribuição para negociar sanções como nos casos do estabelecimento de pena ou do regime de cumprimento. Desse modo, o acordo entabulado pela polícia não tem a mesma dimensão de conteúdo do acordo formalizado pelo MP; *Min. Edson Fachin*: partiu da premissa de que a colaboração não se confunde com acordo de colaboração. A primeira permite a obtenção de um benefício sem que haja necessariamente um acordo com um

agente do Estado. Ou seja, pode se dar de forma unilateral. Por sua vez, o acordo de colaboração premiada é de competência exclusiva do Ministério Público, pois pressupõe transação e, portanto, disposição de interesse constitucionalmente afeto às suas atribuições. Desse modo, votou pela procedência parcial da ação, para excluir das normas questionadas interpretação que permita aos delegados de polícia firmar acordo de colaboração premiada; *Min. Roberto Barroso*: entendeu legítima a celebração de acordo pela autoridade policial, mas não para a negociação de prêmios. O delegado não pode, portanto, dispor no acordo de prerrogativas próprias do MP, mas pode incluir no pacto as previsões do art. 5.º da LCO, que trata dos direitos do colaborador. Em relação aos prêmios legais, o delegado pode apenas recomendar a sua aplicação. A realização de acordo premial exclusivamente pela polícia, sem a concordância do MP, é inconstitucional; *Min. Rosa Weber*: votou para que fosse atribuído efeito vinculante à manifestação do Ministério Público quanto ao acordo de colaboração premiada realizado pela polícia. Assim, o acordo levado a efeito pelo delegado pode ser constitucional, desde que receba a anuência do *Parquet*; *Min. Luiz Fux*: votou no mesmo sentido da Min. Rosa Weber, de modo que, ao magistrado, somente é dado homologar o acordo de colaboração premiada encetado pela polícia se houver o aval do MP. Caso o *Parquet* não seja favorável à avença, a delação não pode ser homologada.

138 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5508>. Acesso em: 3 maio 2016.

139 Com essa mesma compreensão: "Tudo recomenda, porém, que os órgãos do *law enforcement* atuem em harmonia, de modo que se a autoridade policial vislumbrar a possibilidade de um bom acordo de colaboração, útil ao interesse público, isso seja sugerido ao membro do Ministério Público. O acordo de colaboração premiada é um importante meio de obtenção de prova, e a polícia pode e deve analisar a conveniência e oportunidade de traçar esse caminho, submetendo a possiblidade ao *dominus litis*" (FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 118).

140 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p 124-125.

141 Preferimos o manejo do mandado de segurança, porquanto não se pode falar que com a decisão homologatória do acordo de colaboração premiada tenha havido a decretação da extinção da punibilidade pelo perdão judicial. Isso somente ocorrerá, caso a cooperação se mostre eficaz, na sentença.

142 CASTRO, Henrique Hoffmann; SANNINI NETO, Francisco. *Delegado de polícia tem legitimidade para celebrar colaboração premiada*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada#author>. Acesso em: 3 out. 2016.

143 Advirta-se que, de acordo com o *caput* do art. 4.º da Lei do Crime Organizado, "o juiz poderá, **a**

**requerimento das partes**, conceder o perdão judicial [...]". Ou seja, a lei não prevê a possibilidade de concessão *ex officio*.

144 *Crime organizado*: comentários à nova Lei sobre o Crime Organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 54 e 56.

145 "Art. 271. Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1.º, e 598."

146 HC 287.948, 6.ª Turma do STJ, Rel. Sebastião Reis Júnior, unânime, *DJe* 22.09.2014.

147 RMS 32.235, 6.ª Turma do STJ, Rel. Sebastião Reis Júnior, unânime, *DJe* 11.04.2014.

148 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 52-53.

149 No mesmo sentido: "O Ministério Público é o titular da ação penal; a ele cabe ingressar em juízo ou não, conforme as provas que coletar durante a investigação. Por isso, se o delegado representar pelo perdão judicial, em virtude da delação ocorrida, ouve-se o *Parquet*; havendo concordância, opera-se, por meio do juiz, a concessão do benefício. Não aquiescendo, pode o magistrado utilizar o disposto no art. 28 do CPP. Invocando a intervenção do Procurador-Geral de Justiça, remete o feito à sua apreciação. Se a Chefia da instituição entender cabível, delega a outro promotor a postulação do perdão. Do contrário, insiste em não ser concedido o perdão. O juiz não pode conceder o perdão de ofício" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 733).

150 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 303. Enxergando, ainda, um outro sentido para a referência ao art. 28 do CPP, assinala Dutra Santos: "Vislumbrando ser caso de futuro perdão judicial, cuja natureza é meramente declaratória, extinguindo-se a punibilidade a partir do momento em que as informações prestadas pelo colaborador conduzem aos resultados previstos em lei, nos moldes do Enunciado n.º 18 de Súmula do STJ, o *Parquet*, por falta de interesse de agir (utilidade), promove o arquivamento. Dissentindo o juiz, remete os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, no âmbito do Ministério Público Estadual, ou à Segunda Câmara de Coordenação e Revisão, no universo do Ministério Público Federal, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, sendo este o real alcance do § 2.º do citado artigo 4.º" (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr. 2017. Disponível em: https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.49).

151 AP-QO3 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publ. 30.04.2009.

152 "No processo norte-americano admite-se três formas da *plea bargaining*, ou seja, de confissão negociada: a *charge bargaining*; a *sentence bargaining* e uma *forma mista*. Na *charge bargaining* o arguido declara-se culpado e o Ministério Público (*prosecutor*) muda a acusação. Substitui o delito original por outro de menor gravidade. Na *sentence bargaining*, sempre depois do reconhecimento da culpabilidade, o acusador postula a aplicação de uma sanção mais branda. [...] promete-se a aplicação de determinada pena ou, dentre várias, uma delas, a ser anunciada na fase procedimental reservada à *sentencing*. A terceira forma, *mista*, combina benefícios das duas anteriores, ou seja, a *charge* e da *sentence bargaining*. Pode também, frente ao *plea of guilty*, haver a designação de estabelecimento prisional acordado. Mesmo, a detração penal, referente a tempo de encarceramento provisório por outro delito. É comum, nas transações, o olvido de alguns crimes" (MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Apontamentos sobre política criminal e a "plea bargaining"*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175928/000461964.pdf?sequence=1>. Acesso em: 17 mar. 2015).

153 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 742.

154 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 261-262.

155 HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. t. II, p. 45. Igualmente SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada* . Salvador: JusPodivm, 2016. p. 88-89.

156 HC 84.609/SP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 1.º mar. 2010.

157 **Conosco**: LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 537. **Diversamente**, para Guilherme Nucci, "dispensa-se qualquer condição, seja ela objetiva (tempo de cumprimento de pena) como subjetiva (merecimento). Embora não se mencione expressamente a dispensa dos requisitos subjetivos, por óbvio, se o mais (tempo de cumprimento) é afastado, o menos (merecimento) também" (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2. p. 736). Também dispensando o requisito subjetivo, Dutra Santos conclui ser "neutro o comportamento carcerário e vedado o exame criminológico" (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 142).

158 Previstas no art. 15 do Código Penal, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz configuram – segundo o entendimento majoritário – causas de afastamento da tipicidade do crime inicialmente desejado pelo agente, subsistindo apenas a tipicidade dos atos já praticados. Essas hipóteses, assim, constituem um verdadeiro estímulo ao agente para evitar a produção do

resultado de um crime cuja execução já se iniciou e, por esse motivo, foram chamadas por Franz von Liszt como "**ponte de ouro**". Em alusão a essa expressão, alguns autores também têm utilizado outras terminologias: (a) "**ponte de prata**": para se referir ao arrependimento posterior (CP, art. 16), pois acarreta somente a diminuição da pena; (b) "**ponte de bronze**": seria a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, *d*); e (c) "**ponte de diamante**": em correspondência à colaboração premiada que estabeleça como prêmio o não oferecimento de denúncia pelo *Parquet* (Lei 12.850/2013, art. 4.º, § 4.º).

159 "Delação premiada. Ausência de denúncia contra dois envolvidos. Princípio da indivisibilidade. Ação penal pública. Inaplicabilidade. […] **Também não procede a alegação de que a ausência de acusação contra dois supostos envolvidos – beneficiados por acordo de delação premiada – conduziria à rejeição da denúncia, por violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da inaplicabilidade de tal princípio à ação penal pública, o que, aliás, se depreende da própria leitura do artigo 48 do Código de Processo Penal**. Precedentes" (Inq 2.245, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe*-139 de 09.11.2007).

160 "Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, **a celebração de acordo de leniência**, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e **impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência**. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo."

161 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 61.

162 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 529.

163 SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 62. E ainda: MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado* – Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

164 *Ação penal pública* – princípio da obrigatoriedade. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 132.

165 JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública* – princípio da obrigatoriedade. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 53. Nada obstante o seu contundente posicionamento, **Afrânio não negou a possibilidade de o legislador, "como na Alemanha, prever um poder discricionário para o Ministério Público exercitar ou não a ação penal em casos específicos, em casos**

**determinados"**. Nesses casos, para o mestre da *Região dos Lagos-RJ*, ter-se-ia "o princípio da obrigatoriedade, em toda a sua plenitude como regra geral, e a adoção expressa do princípio da oportunidade, em toda a sua plenitude, para os casos alinhados pelo legislador" (op. cit., p. 50-51).

166 Outra **ácida crítica** fica por conta de Eugênio Pacelli de Oliveira: "O citado dispositivo legal não é só bizarro, mas portador, ou de soberba ingenuidade, ou, muitíssimo pior, de má-fé estatal mesmo" (*Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 863). No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (*Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 134) rotulam a previsão do art. 4.º, § 4.º, de "absolutamente incongruente"; "afrontosa à indisponibilidade da ação penal"; "assombrosamente impertinente"; "inaplicável porque é, simplesmente, imprestável".

167 O *acordo de não persecução penal*, criado pela Res. 181/2017 do CNMP, é diferente do *acordo de não denunciar* (ou *de imunidade*), porquanto, na sistemática daquele, é possível a imposição de penas restritivas de direitos (art. 18, III e IV), o que não se verifica no regramento do art. 4.º, § 4.º, da Lei 12.850/2013, que prevê como prêmio pela colaboração apenas o não oferecimento de denúncia, sem a cumulação com qualquer modalidade de sanção penal. Ademais, ao contrário do que ocorre com o *acordo de não denunciar* (LCO), a celebração do *pacto de não persecução penal* (Res. 181/2017-CNMP) pressupõe a prática de delito cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (art. 18, *caput*).

168 Convenção de Palermo, art. 26, 3. "Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de *conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação* ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção".

169 Convenção de Mérida, art. 37, 3. "Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de i*munidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação* ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção".

170 JARDIM, Afrânio Silva. *Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/nova-interpretacao-sistematica-do-acor-do-de-cooperacao-premiada-por-afranio-silva-jardim/>. Acesso em: 13 out. 2015. **Noutro sentido:** "[...] o ato de não oferecimento da denúncia não tem natureza de arquivamento dos autos de investigação nem de pedido antecipado de perdão judicial pelo *Parquet*. Trata-se de instituto diferenciado, já previsto no art. 37, IV, da extinta Lei 10.409/2002 [...], que configura, a nosso ver, uma causa de **perdão judicial condicional**. Ora, nos parece que somente é possível ao Ministério Público deixar de denunciar o colaborador se no termo de colaboração constar como laurel o (futuro) perdão judicial. [...] se o prêmio avençado é o perdão judicial – e se o agente é

o primeiro a colaborar e não é o líder da organização criminosa –, o Ministério Público poderá simplesmente deixar de denunciar, o que gerará um sobrestamento do feito em relação ao colaborador [não se trada da suspensão prevista na LCO, art. 4.º, § 3.º]. Se ele cumprir os termos do acordo, terá sua punibilidade extinta na sentença; se não cumprir, poderá ser denunciado. [...] Portanto, haverá um sobrestamento do feito somente em relação ao colaborador (o feito segue em relação aos demais réus), para que este, além de seguir cumprindo integralmente o acordado, confirme os fatos em juízo quando necessário. Se ele honrar com sua parte no trato, o perdão judicial será declarado na sentença (por isso é um instituto, nesse caso, condicional)" (ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado*: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016. p. 174-175).

171 Em sentido contrário, Andrey Borges de Mendonça anota que, "uma vez reconhecido o acordo, com homologação judicial, não seria possível a retomada da ação penal contra o colaborador, em razão da formação de coisa julgada material, mesmo que não cumpra o acordo. Assim, a cautela recomenda – sobretudo em face da novidade do instituto – que somente seja aplicado o acordo de imunidade quando a colaboração já for efetiva, ou seja, já tiver atingido sua finalidade" (*A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)*. *Custos Legis* – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, v. 4, 2013). Com a devida vênia, no ponto, **discordamos** do autor. É que entendemos ser "juridicamente impossível julgar onde não há processo ou jurisdição, prolatar sentença em procedimento administrativo investigatório", ou seja, "**a decisão de arquivamento tem a natureza administrativa, não se podendo falar em coisa julgada**" (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal – estudos e pareceres*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 198 e 207). Assim, "se surgir notícia de prova nova de que o indiciado era o chefe da organização criminosa, por exemplo, as investigações poderão ser retomadas. Se a tal prova nova já existir, a ação penal pode ser exercida desde logo" (JARDIM, Afrânio Silva. *Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/nova-interpretacao-sistematica-do-acordo-de-cooperacao-premiada-por-afranio-silva-jardim/>. Acesso em: 13 out. 2015). **Conosco**: "O que se tem é mero arquivamento da investigação em relação ao delator, de caráter, inclusive, *rebus sic stantibus*, considerada a falta de interesse de agir, lembrando que, se as informações disponibilizadas pelo delator desafiarem ratificação em juízo, a inocorrência desta ou a retratação traduzem provas (fatos) materialmente novas, a viabilizar o oferecimento da denúncia em face do colaborador, se ausente a prescrição" (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 153).

172 GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. 21, item 1.

173 "Firmou-se no Supremo Tribunal a jurisprudência no sentido de que o pagamento do cheque sem

fundos antes de recebida a denúncia extingue a punibilidade" (RHC 53604, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Antonio Neder, *DJ* 03.10.1975).

174 Nesse sentido: "No caso do acordo de imunidade, haverá o controle por parte do Judiciário, ao qual deve ser submetido o acordo para homologação, conforme será visto. Caso o juiz discorde do acordo de imunidade poderá aplicar o art. 28 do CPP, por analogia, pois se trata de hipótese de não oferecimento da denúncia. Assim, caso discorde do acordo, o Juiz poderá remeter o caso aos órgãos de cúpula do MP (Procurador-Geral de Justiça ou 2.ª Câmara de Coordenação e Revisão). Porém, a decisão final é do MP, em decorrência do art. 129 da Constituição Federal" (MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, vol. 4, 2013).

175 DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2014. p. 1.033.

176 A repartição das competências constitucionais é "arquitetada de modo equilibrado, impedindo qu um Poder avance sobre as atribuições dos demais e extrapole os limites postos pela Constituição sem que haja contenção. Há, pois, um controle recíproco entre os diferentes Poderes, baseado no sistema de freios e contrapesos" (MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 132).

177 Entendendo pela **cumulatividade** dos requisitos: "os dois requisitos dos incs. I e II acima deverã estar presentes concomitantemente, isto é, não basta o preenchimento de um deles apenas, senão de ambos. Fosse a '*ratio legis'* se contentar apenas com um deles e teria empregado a partícula 'ou', o que não se verifica" (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 66). **Em sentido contrário** : "São fixadas aqui (incisos I e II do § 4.º do artigo 4.º da Lei 12.850/13) duas **hipóteses independentes** e discricionárias ao Ministério Público – titular da ação penal pública para o não oferecimento da denúncia [...]. Essa regra pode então ser aplicada de forma alternativa, pelo MP, aplicando o princípio da oportunidade" (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado – Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41).

178 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 64.

179 Nesse tipo de organização criminosa se constata uma particular metodologia operativa: "o uso da força intimidativa, do forte vínculo associativo e da condição de poder de subjugar e de *omertà* [código mafioso do silêncio] que delas deriva" (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado*: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 14).

180 "As organizações criminosas tradicionais revelam estrutura hierárquico-piramidal (chefe,

subchefes, gerentes e 'aviões') [...]. Esta forma estrutural tem sua origem nas famílias mafiosas italianas, onde o 'patriarca', *capo di famiglia*, decidia todas as situações conflitantes. As famílias eram organizadas hierarquicamente, e cada uma tinha absolutas responsabilidades com os 'familiares superiores' e direitos também absolutos em relação aos seus subordinados, em escala de hierarquia" (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado*: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 47-48).

181 "[...] é oportuno mencionar que as estruturas das organizações delitivas não obedecem a um padrã uniforme, homogêneo. Ao contrário, elas variam de acordo com a origem, as atividades realizadas e, sobretudo, o grau de envolvimento alcançado por determinada organização. Desse modo, *há organizações que atingem um nível de hierarquização estru-*

182 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p 141.

183 Cf. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada* . Salvador: JusPodivm, 2016. p. 142.

184 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 58. E argumentam os notáveis membros do Ministério Público paulista: "Alguém dirá que não há ainda processo, a justificar o recurso, posto que não ofertada denúncia. Ocorre que o inc. I do mesmo art. 581, admite o recurso '*strictu juris*', da decisão que não recebe denúncia ou queixa, situação na qual ainda não se instaurou a relação processual. Aliás, o inc. XIV do art. 581 prevê o recurso em sentido estrito até contra decisão de cunho administrativo, que inclui ou exclui jurado da lista geral. A propósito, quando do advento da Lei n.º 9.099/95, que introduziu o instituto da suspensão condicional do processo, o Superior Tribunal de Justiça, à falta de previsão legal, entendeu cabível o recurso em sentido estrito contra decisão concessiva ou denegatória desse benefício".

185 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p 142.

186 AgRg nos EDcl no Agravo em REsp 375.390/BA, 5.ª Turma do STJ, Rel. Laurita Vaz, unânime, *DJe* 26.02.2014.

187 HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. t. II, p. 49.

188 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p 144.

189 "Caso o defensor se posicione contrariamente à delação, porque entende, *v.g* ., que não será tão vantajosa assim para o imputado, e, não obstante tal advertência, este queira colaborar, **prevalece a vontade do último**, afinal é ele, e não o defensor, o pactuante que está com a liberdade em risco. [...] mostrando-se **irrelevante** que o inciso III do art. 6.º se refira à aceitação

do colaborador *e* de seu defensor" (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 130).

190 Essas medidas de proteção serão analisadas por ocasião do estudo dos *direitos do colaborador*.

191 BEDÊ JÚNIOR, Américo; MOURA, Alexandre de Castro. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais,* v. 969, ano 105, jul. 2016, p. 149-159.

192 FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p 169. Ainda segundo a autora: "[...] em se negando o membro do Ministério Público a realizar o acordo, ao acusado nada restará senão apenas avaliar as demais estratégias: confessar, negar tudo, negar parte dos fatos, calar etc. Pode, é certo, revelar em juízo o que sabe além de apenas confessar e tentar obter benefícios de diminuição de pena diretamente do juiz, *ex officio*, na sentença. Todavia, corre todos os riscos daí decorrentes: como a nova lei não fala que o juiz pode aplicar os benefícios de ofício, o colaborador sem acordo formal com o Ministério Público pode simplesmente não obter nenhuma vantagem processual além da atenuante da confissão e da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal" (*Op. cit.*, p. 110-111).

193 *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 866-867. Entendendo que o acordo jurídico processual é apenas uma das faces da colaboração premiada: PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 193.

194 Mas não exclusivamente nessa ocasião. Assim, "caso a cooperação fosse acenada pelo acusado durante o processo, nada impediria à Defesa peticionar ao juiz esclarecendo dispor o imputado de informações reveladoras dos locais de armazenamento da droga e, portanto, de atuação de outros traficantes, pedindo à autoridade judiciária processante determinada premiação caso os dados, uma vez disponibilizados pelo denunciado, atingissem os resultados listados na norma. A homologação judicial da proposta dar-se-ia bilateralmente, se o parecer do *Parquet* fosse positivo, ou unilateralmente, se contrário" (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr. 2017. Disponível em: https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.49).

195 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p 124.

196 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr. 2017. Disponível em: https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.49.

197 Excertos do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do Inq 3204 (2.ª Turma do STF, *DJe*-151 de 03.08.2015), de sua relatoria. Veja-se, ademais, parte da ementa: "Os crimes

do art. 1.º do Decreto-lei 201/67 são próprios dos prefeitos, mas é viável participação de terceiros, na forma do art. 29 do CP. Colaboração premiada. A delação voluntária de outros implicados, *sem formalização de acordo com a acusação*, não impede o oferecimento da denúncia. *Eventuais benefícios pela colaboração serão avaliados na fase de julgamento*". Igualmente, a possibilidade de premiação em virtude da *colaboração premiada informal*, fora dos meandros da Lei 12.850/2013, foi reconhecida no voto proferido pelo Min. Dias Toffoli no julgamento do HC 127.483 (Tribunal Pleno do STF, *DJe*-021 de 04.02.2016), de sua relatoria. Veja-se: "Assim, a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas – o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração. *Tanto isso é verdade que o direito do imputado colaborador às sanções premiais decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei n.º 9.807/99; no art. 1.º, § 5.º, da Lei no.; 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4.º, do Código Penal, na redação dada pela Lei n.º 9.269/96 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2.º, da Lei n.º 7.492/86 e no art. 41 da Lei n.º 11.343/06 (Lei de Drogas),* ***independe*** *da existência de um acordo formal homologado judicialmente*".

198 Excertos do voto exarado pelo Min. Sebastião Reis Júnior, no julgamento do REsp 1691901/ RS (*DJe* 09.10.2017).

199 REsp 1691901/RS, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 09.10.2017.

200 Cf. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 319.

201 ARAS, Vladimir. *A técnica de colaboração premiada*. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/atecnicadecolaboracaopremiada/#sdfootnote Acesso em: 19 abr. 2016.

202 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 283. Sobre o assunto, impende assinalar que no início das negociações para a celebração do acordo de colaboração premiada entre o MPF e Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimento da Petrobras, no âmbito da Operação Lava Jato, o pretenso colaborador "estava em situação ruim, preso e acusado de vários crimes [...]. Durante longas conversas com os procuradores, ele assumia a frente, mais do que a advogada. *Reclamava* que estavam pedindo muito, que já tinha entregado tudo, *que precisava de um patrimônio para se manter e sustentar a família*" (NETTO, Vladimir. *Lava Jato*: o juiz Sergio

Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016. p. 61).

203 Veja-se, ainda, a doutrina de Frederico Valdez Pereira: "[...] *pode admitir-se alguma espécie de concessão no campo patrimonial apenas na hipótese de atribuição do perdão judicial*, tendo em vista a natureza da sentença concessiva de extinção da punibilidade com base no inc. IX do art. 107 do CP. Embora permaneça algum dissenso na doutrina, prevalece o entendimento de que, pelo perdão judicial, o acusado não é considerado condenado, havendo sim, decisão declaratória de extinção da punibilidade, sem qualquer efeito condenatório, portanto *não haveria que se cogitar da incidência do art. 92, inc. II, b, do Código Penal*, como ocorre nos casos de mera redução da penalidade aplicada, e *o órgão do MP poderia incluir um benefício ao colaborador consistente na utilização do proveito auferido pela prática do crime*; de qualquer modo, a decisão não vincularia o juízo civil em eventual ação para o ressarcimento ou restituição desses bens ou valores" (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 151).

204 Em sentido diverso, e como visto alhures (no início no item *4.1.5. Prêmios legais na LCO*), os professores Afrânio Silva Jardim e Marcos Paulo Dutra Santos entendem que a proposta do MP pode até englobar um rol de benefícios possíveis, mas não deve haver a eleição de um prêmio específico a ser entregue ao colaborador.

205 FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p 173.

206 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação* – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 283-284-454.

207 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 147.

208 *Manual – colaboração premiada*. Brasília: ENCCLA, 2014, p. 9.

209 JARDIM, Afrânio Silva. *Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/nova-interpretacao-sistematica-do-acordo-de-cooperacao-premiada-por-afranio-silva-jardim/>. Acesso em: 13 out. 2015.

210 Palavras do Min. Teori Zavascki (Petição 5.209-STF).

211 "A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de **atividade de delibação**, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador" (HC 127.483, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*-021 de 04.02.2016).

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

213 HC 127.483, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*-021 de 04.02.2016.

214 Excertos do *Informativo 796 STF*, de 24 a 28 de agosto de 2015.

215 "O juiz, ao homologar o acordo de colaboração, *não emite juízo de valor* a respeito das declarações eventualmente prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, nem confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores" (Pet 7.074 QO/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 21, 22, 28 e 29.6.2017, *Informativo 870 STF*).

216 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado – Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 45.

217 No mesmo sentido: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação* – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 324 e 326. *Contrariamente*, entendendo que a eficácia da colaboração premiada deve ser objeto de quesitação aos jurados: CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de. *Colaboração premiada*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/doutrinas/doutrinas_autores/COLABOI Acesso em: 20 abr. 2016. Para Everton Zanella, "o reconhecimento da colaboração dependerá da natureza do prêmio. Se a proposta ministerial for o perdão judicial, a homologação caberá ao juiz togado (art. 415, IV, do Código de Processo Penal, se até a decisão de 1.ª fase; ou art. 497, IX, da mesma norma, se após a pronúncia), mas, se constituir numa causa de diminuição de pena, ela deverá constar de quesito próprio a ser respondido pelos jurados (como acontece com as causas de diminuição da sanção a exemplo do homicídio privilegiado). Reconhecida a colaboração pelo Conselho de Sentença, caberá ao magistrado decidir quanto à fração da redução, de acordo com os requisitos de ordem objetiva e subjetiva estabelecidos na lei" (ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado*: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016. p. 177).

218 JARDIM, Afrânio Silva. *Três reflexões sobre o acordo de colaboração premiada* . Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/tres-reflexoes-sobre-o-acordo-de-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 19 abr. 2016.

219 HC 127.483, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*-021 de 04.02.2016.

220 Pet 7.074 QO/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 21, 22, 28 e 29.6.2017 (*Informativo 870 STF*). Nesse sentido: "É possível ao Desembargador Relator, monocraticamente, homologar ou rejeitar o acordo de colaboração premiada, dada à sua natureza jurídica como meio de obtenção de prova e ao poder instrutório conferido ao julgador" (HC 354.800/ AP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Foneseca, *DJe* 26.09.2017).

221 Por exemplo: GOMES, Luiz Flávio. *Há diferença entre colaboração e delação premiada?* . Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-

colaboracao-e-delacao-premiada/14756>. Acesso em: 31 out. 2017.

222 MENDONÇA, Andrey Borges de. *A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)*. *Custos Legis* – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, v. 4. 2013.

223 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 534.

224 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 43.

225 Inq 4130 QO, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*-020 de 03.02.2016.

226 Rcl 31.629/PR, Corte Especial, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20.09.2017, *DJe* 28.09.2017.

227 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 44.

228 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 44. E prosseguem os citados autores: "A máfia italiana (com ramificações em outros países), é um bom exemplo, já que dividida em 'famílias', chefiadas pelo 'Don' (lembre-se do personagem Don Corlone do filme 'O poderoso chefão') ou *capo di tutti capi*, vindo abaixo os gerentes ('capos'), e, por último, os 'soldados', a quem cabe o trabalho de intimidação e, por vezes, exterminação dos adversários. Há, além disso, toda uma 'estrutura de apoio', constituída por advogados, policiais e políticos corruptos".

229 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 127.

230 A quebra de sigilo bancário, por si só, no mais das vezes, não trará os resultados pretendidos. Em razão disso, como lembra Carla de Carli, "a colaboração vem sendo utilizada com sucesso em casos relevantes de lavagem de dinheiro. [...] **Há determinados tipos de transferência e movimentação de valores que absolutamente não deixam rastros**, de forma a identificar o remetente, o caminho e o destino do dinheiro: é o caso das **operações de dólar-cabo**, ***hawalla*** e outros sistemas alternativos de remessas que operam como uma compensação e troca de posições. A quebra de sigilo bancário do investigado não será suficiente, nestes casos, para a apuração e comprovação do delito. Apenas pela indicação, por componente do grupo organizado ou pelo 'doleiro' que operava o sistema é que poderão ser compreendidos os fluxos do dinheiro e identificados os bancos, as correspondentes contas bancárias e as sociedades *offshore* envolvidas, para que se possa, a partir daí, buscar a prova documental dos delitos. Por esta razão a colaboração premiada é uma técnica especial de investigação adequada à apuração do crime de lavagem de dinheiro" (CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro – ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 232).

231 HC 127.483, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*-021 de 04.02.2016.

232 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 246.

233 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 247.

234 Lei 7.492/1986, art. 25, § 2.º; e Lei 8.137/1990, art. 16, parágrafo único.

235 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 698. Igualmente: "A palavra 'colaborar' deve ser vista também na acepção de 'confessar', porquanto esse colaborador para ter a pena reduzida e eventualmente receber o benefício do perdão judicial, por exemplo, tem que ter sido coautor ou partícipe do crime [...]" (MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. *Delação premiada*: aspectos jurídicos. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016. p. 229-230). Também enxergando a confissão dos fatos dos quais tenha participado como pressuposto da colaboração processual: PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 38.

236 HC 49.842/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, *DJ* 26.06.2006, p. 214.

237 *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111-112.

238 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 532.

239 Excertos do *Informativo 796 STF*, de 24 a 28 de agosto de 2015.

240 CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro – ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 234-235.

241 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 525.

242 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 72.

243 CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro* – ideologia da criminalização e análise do discurso. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 239.

244 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 861.

245 Excertos do voto proferido pelo Min. Celso de Mello, no julgamento da Pet 7.074 QO/DF (Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 21, 22, 28 e 29.6.2017, *Informativo 870 STF*).

246 SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63. Com essa visão: "Ao final da instrução o juiz deverá

proferir a sentença. Pergunta-se: poderá o juiz fugir do que ficou disposto no acordo homologado? Poderá o julgador aplicar pena diferente da combinada entre as partes? A resposta é negativa. Sendo o caso de justiça negociada, caberá ao juiz respeitar totalmente o que foi acordado, de modo que, ao proferir a sentença, realizará, no caso de condenação, a dosimetria da pena e dizer qual a pena seria aplicada ao réu, não houvesse ele feito o acordo. Assim, condena-se, deixando-se expressa qual a pena cabível, porém ressalva-se, ao final, que a pena concretamente aplicada será a prevista no acordo de colaboração" (FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 125).

247 HC 127.483, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*-021 de 04.02.2016.

248 HC 99.736, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe*-091 de 20.05.2010.

249 HC 97.509/MG, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 02.08.2010.

250 Cf. CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro – ideologia da criminalização e análise d discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 239.

251 Excertos do voto proferido pelo Min. Celso de Mello, no julgamento da Pet 7.074 QO/DF (Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 21, 22, 28 e 29.6.2017, *Informativo 870 STF*). Na síntese do Decano: "o acordo de colaboração premiada legitimamente celebrado, objeto de regular homologação judicial, apresenta-se revestido de **força vinculante** quanto a suas cláusulas, independentemente da instância (ou da esfera de Poder) em que pactuado, impondo-se, quanto à sua execução, por efeito do ajuste de vontades, à observância dos Poderes do Estado, notadamente do Judiciário, e do agente colaborador, que deverão cumpri-lo, obrigados que se acham a respeitá-lo em razão dos princípios da probidade e da boa-fé ('*pacta sunt servanda*')".

252 Excertos do voto proferido pelo Min. Dias Toffoli, no julgamento do HC 127.483 (Tribunal Plenc do STF, *DJe*-021 de 04.02.2016), de sua relatoria. No mesmo sentido: "[...] uma vez reconhecido em concreto o preenchimento dos requisitos da colaboração, servindo os depoimentos do agente para subsidiar a atuação da autoridade policial ou do órgão de acusação no juízo criminal, verificados os resultados concretos na perspectiva da investigação dos fatos, cumprindo o colaborador com os compromissos assumidos anteriormente, o agente passa a ter direito subjetivo à concessão do benefício, não podendo haver aí discricionariedade ao Ministério Público ou ao magistrado. Com a renúncia do direito constitucional ao silêncio em benefício da investigação, não há como se afastar a concessão do benefício, o qual terá a sua dimensão definida no caso concreto, sujeito até mesmo a recurso à instância superior quando houver séria insatisfação de uma das partes [...]" (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 146).

253 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1217. Também defendendo o **cabimento do recurso de apelação** para os casos em que o benefício acordado não for reconhecido na sentença: CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro* –

*ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 242.

254 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal*: teoria (constitucional) do processo penal. 2. ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015. p. 544.

255 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 335.

256 Há quem veja a colaboração tardia como **flagrantemente inconstitucional**, "porque duplamente aflitivo da *coisa julgada*, que é garantia fundamental constitucional! [...] Sendo assim, não é possível que, uma vez fixada a pena, transitada em julgado a sentença, um acordo de colaboração premiada possa implicar a afetação desta coisa julgada, reduzindo ou alterando o regime do seu cumprimento, independentemente do *quantum* de pena aplicado! [...] Francamente, trata-se de um dispositivo não somente inconstitucional, inútil, inaplicável, como também moralmente desprezível e estimulante de uma postura de afronta completa à legalidade. Enfim, uma iniciativa claramente destrutiva e, por isso mesmo, inaplicável" (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 129-130).

257 SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63. E ainda: ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado*: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016. p. 176.

258 *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 68.

259 Se for caso de competência originária, o relator tem poderes para, monocraticamente, homologar o acordo de colaboração (Pleno do STF, HC 127.483).

260 FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade organizada*: comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 133-134. **Em sentido contrário**, entendendo viável o manejo da **revisão criminal** para a obtenção da homologação: AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014, subitem 8.12.7. Defendendo que o meio processual adequado para que seja reconhecida a colaboração após o trânsito em julgado de sentença condenatória é submeter o acordo à homologação perante o **juiz da vara de execuções penais**, nos mesmos moldes de outros incidentes da execução: LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 560.

261 A crítica que se faz ao citado § 6.º fica por conta da utilização do vocábulo "partes", haja vista qu a autoridade policial não é parte na acepção mais técnica do termo.

262 "No caso da Operação Lava Jato, apesar de a lei não fazer previsão, os Procuradores da República têm firmado com os investigados e seus advogados um **'termo de confidencialidade'** antes do início das negociações, como uma forma de garantir que o que for dito nessa etapa de tratativas prévias não será usado por nenhuma das partes antes da homologação judicial. [...] Se o Ministério Público checar ao menos parte dos fatos e verificar credibilidade nos depoimentos, então o caminho estará aberto para a negociação oficial dos benefícios e punições. É uma verdadeira barganha: cada parte negocia o que quer ganhar e analisa o custo que é perder o que a outra parte quer obter" (FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 112 e 114).

263 A regra 410, alínea *a*, item 4, da Regra Federal de Evidência (*Federal Rules of Evidence*) dos EUA (*Rule 410. Pleas, Plea Discussions, and Related Statements. (a) Prohibited Uses. In a civil or criminal case, evidence of the following is not admissible against the defendant who made the plea or participated in the plea discussions: (4) a statement made during plea discussions with an attorney for the prosecuting authority if the discussions did not result in a guilty plea or they resulted in a later-withdrawn guilty plea*) assevera que não podem ser utilizados contra o acusado elementos ou declarações apresentados durante as discussões de um acordo.

264 MENDONÇA, Andrey Borges de. *A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)*. *Custos Legis* – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, v. 4, 2013. Bem lembra Cibele Benevides Guedes da Fonseca (FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 112) que, "no caso da Operação Lava Jato, apesar de a lei não fazer previsão, os Procuradores da República têm firmado com os investigados e seus advogados um 'Termo de Confidencialidade' antes do início das negociações, como uma forma de garantir que o que for dito nessa etapa de tratativas prévias não será usado por nenhuma das partes antes da homologação judicial. Serve, ainda, para demarcar a data oficial do início das negociações".

265 Metáfora para uma encruzilhada, uma situação sem saída.

266 TROTT, Stephen. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução: Sergio Fernando Moro. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 37, abr./jun. 2007, p. 78.

267 Inq 4146, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJe*-212 de 05.10.2016.

268 Eis a íntegra dos **axiomas do Garantismo Penal**: 1) *Nulla poena sine crimine*: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) *Nullum crimen sine lege*: princípio da reserva legal; 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) *Nulla necessitas sine injuria*: princípio da lesividade ou da ofensividade do resultado; 5) *Nulla injuria sine actione*: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) *Nulla actio sine culpa*: princípio da culpabilidade

ou da responsabilidade pessoal; 7) *Nulla culpa sine judicio*: princípio da jurisdicionalidade; 8) *Nullum judicium sine accusatione*: princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) *Nulla accusatio sine probatione*: princípio do ônus da prova ou da verificação; e 10) *Nulla probatio sine defensione*: princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

269 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal*: teoria (constitucional) do processo penal. 2. ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015. p. 542.

270 Cf. FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada* . Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 122.

271 Pet 6714 AgR-segundo, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe*-219 de 27.09.2017.

272 Pet 6714 AgR-segundo, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe*-219 de 27.09.2017. Observe-se, por curial, que a prevenção constitui *critério residual* de aferição da competência (CPP, art. 78, II, *c*). Assim, "ainda que o juízo de origem, com base nos depoimentos do imputado colaborador e nas provas por ele apresentadas, tenha decretado prisões cautelares e ordenado a quebra de sigilos bancário ou fiscal e a realização de busca e apreensão ou de interceptação telefônica, essas medidas, por si sós, *não geram sua prevenção*, com base no art. 83 do Código de Processo Penal, *caso devam ser primariamente aplicadas as regras de competência do art. 70 do Código de Processo Penal* (local da consumação) ou do art. 78, II, *a* ou *b*, do Código de Processo Penal (determinação do foro prevalente, no caso de conexão ou continência)" (Inq-QO 4130, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, publicado em 03.02.2016).

273 HC 354.800/AP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 26.09.2017.

274 HC 354.800/AP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 26.09.2017.

275 HC 354.800/AP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 26.09.2017.

276 HC 354.800/AP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 26.09.2017.

277 *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 868.

278 *Criminalidade organizada*: comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 138. Igualmente: SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 133.

279 "[...] a busca de provas de autoria e da existência da infração penal, pelo juiz, por mais grave que possa parecer o delito, compromete a imparcialidade daquele que vai decidir, dentro de uma perspectiva de que a jurisdição difere do exercício da ação penal e que este, por sua vez, não se resume a deflagrar-se o processo por meio da petição inicial, compreendendo, ainda, as práticas da ação cautelar, no tocante à aquisição e preservação das provas além dos demais atos desenvolvidos no processo de conhecimento, com o escopo de confrontar a convicção judicial" (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 233).

280 *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 869.

281 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado* – Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 45-46.

282 BEDÊ JÚNIOR, Américo; MOURA, Alexandre de Castro. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais,* v. 969, ano 105, jul. 2016, p. 149-159.

283 Conforme veremos a seguir, para um setor doutrinário, a retratação não pode ocorrer após a homologação do acordo. Entendemos, todavia, de forma diversa.

284 FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p 158.

285 Pet 7.074 QO/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 21, 22, 28 e 29.06.2017 (*Informativo 870 STF*).

286 NUCCI, Gilherme de Souza. *Organização criminosa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 76.

287 Cf. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 149. Nesse sentido: ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Legislação criminal para concursos*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 825.

288 BEDÊ JÚNIOR, Américo; MOURA, Alexandre de Castro. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais,* ano 105, v. 969, jul. 2016, p. 149-159.

289 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 305.

290 NUCCI, Gilherme de Souza. *Organização criminosa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 76.

291 *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 544.

292 *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 73.

293 Nesse sentido: "Assim, a retratação prevista no parágrafo 10º do sempre referido artigo 4.º só terá eficácia se manifestada *antes da homologação*. *O desfazimento do acordo homologado dependerá sempre de uma decisão judicial desconstitutiva*. Julgo que o acordo de cooperação premiada é um negócio jurídico de Direito Público, dependendo a sua existência jurídica da manifestação estatal (do juiz). Assim, até mesmo para a estabilidade da relação processual penal, não vejo como admitir o distrato por ambas as partes. Evidentemente, *pode haver inadimplemento* em relação aos deveres assumidos. Por exemplo: o réu opta para, em juízo, ficar em silêncio ou mentir sobre a atuação dos outros membros da organização criminosa. Neste caso, perderá direito ao 'prêmio' avençado e a prova produzida será valorada livremente pelo magistrado, sendo tudo decidido na sentença final, impugnável pelo recurso de apelação"

(JARDIM, Afrânio Silva. *Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015out18/afraniojardimjudiciarionaorefemacordosdelacaopremiada Acesso em: 27 fev. 2018).

294 BEDÊ JÚNIOR, Américo; MOURA, Alexandre de Castro. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais,* ano 105, v. 969, jul. 2016, p. 149-159.

295 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal*: teoria (constitucional) do processo penal. 2. ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015. p. 542.

296 HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. t. II, p. 51-52.

297 Nesse sentido é a compreensão de Eduardo Araujo da Silva (*Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 67) e de Eugênio Pacelli de Oliveira (*Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 865). *Contra*: "Se houve a retratação, houve mudança de vontade das partes. Se as partes se retratam de todo o acordo, ele não pode produzir efeitos parcialmente fazendo com que somente as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não sejam utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Assim, pensamos que ou o acordo produz efeitos em sua integralidade, ou não produz nenhum efeito no caso de retratação das partes" (HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. t. II, p. 52).

298 BEDÊ JÚNIOR, Américo; MOURA, Alexandre de Castro. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 969, ano 105, jul. 2016, p. 149-159.

299 Inq 3979, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJe*-267 de 16.12.2016.

300 Cf. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 698. Nesse sentido: "Pode ocorrer de o delator arrepender-se da delação durante o processo e voltar atrás nas informações que tenha oferecido: é a denominada retratação. Isso não significa que elas se tornem automaticamente inúteis. [...] Seja como for, se houver arrependimento do delator, este não merecerá mais os benefícios previstos no acordo de colaboração, precisamente porque terá dificultado a condenação sua e a dos demais acusados" (SARAIVA, Wellington Cabral. *Colaboração premiada (delação premiada)*. Disponível em: <https://wsaraiva.com/2014/09/20/colaboracaopremiadaoudelacaopremiada/>. Acesso em: 30 set. 2016).

301 HC 118.375/PR, 2.ª Turma do STF, Rel. Cármen Lúcia, unânime, *DJe* 01.07.2014.

302 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro Forense, 2014. v. 2. p. 731. **Discordamos**, pelas razões expostas, de Gabriel Habib quando

afirma que "a intenção do legislador foi exigir que o colaborador prestasse as informações nas duas fases da persecução penal, ou seja, na fase do inquérito policial e também na fase do processo criminal. Assim, caso o colaborador preste as informações apenas em uma das fases da persecução penal, não poderá valer-se da colaboração premiada" (*Leis penais especiais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. t. II, p. 47).

303 Nesse sentido, há um precedente do STF anterior à vigência da Lei 12.850/2013: "**Delação premiada**. Perdão judicial. Embora não caracterizada objetivamente a delação premiada, até mesmo porque a reconhecidamente preciosa colaboração da ré não foi assim tão eficaz, não permitindo a plena identificação dos autores e partícipes dos delitos apurados nestes volumosos autos, restando vários deles ainda nas sombras do anonimato ou de referências vagas, como apelidos e descrição física, a autorizar o perdão judicial, incide a causa de redução da pena do art. 14 da Lei n.º 9.807/99, **sendo irrelevantes** a hediondez do crime de tráfico de entorpecentes e **a retratação da ré em Juízo, que em nada prejudicou os trabalhos investigatórios**" (AI 820480 AgR, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe*-078 de 23.04.2012).

304 Nesse sentido: "Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo" (HC n.º 367.050/SC, 5.ª Turma do STJ, Rel. Jorge Mussi. *DJe* 21.02.2017). E ainda: HC 352.575/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Nefi Cordeiro. *DJe* 11.11.2016.

305 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p 146. No mesmo sentido: "[...] o pressuposto da premiação é o alcance do resultado previsto na norma de regência e não que não haja a retratação [...]. Em resumo, o que basta para a conferência do prêmio ao delator é que de sua colaboração se consiga o resultado previsto pela norma de regência, independentemente se houver posteriormente o delator utilizado seu direito constitucional de se retratar" (MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. *Delação premiada*: aspectos jurídicos. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016. p. 229-230).

306 *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.060.

307 Para Gabriel Habib, "trata-se de dispositivo flagrantemente **inconstitucional** por violação do princípio do direito ao silêncio [...]. O agente colaborador tem a posição de investigado ou réu, e não de testemunha. Se ele é investigado ou réu, tem constitucionalmente assegurado a si o direito ao silêncio, não podendo o legislador ordinário impor a sua renúncia" (HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. t. II, p. 45). No mesmo sentido: DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2014. p. 1.036.

308 Não se olvide que "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do

julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal" (Súmula 545 do STJ).

309 *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 864-865.

310 SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 67-68.

311 "[...] DEPOIMENTO DE AGENTE COLABORADOR EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. CLASSIFICAÇÃO COMO TESTEMUNHA. ERRO FORMAL QUE NÃO GERA NU-LIDADES. RECURSO IMPROVIDO. [...] 2. Não sendo vedada a ouvida de coautores colaboradores, constantes ou não do processo, exigida é tão somente a indicação dessa condição - não pode o acusado desconhecer a condição do depoente como favorecido em acordo de colaboração premiada. 3. A categoria indicada ao colaborador deve ser de *corréu* ou *informante* (se não integra a ação penal), pelo direto interesse nos fatos acusatórios, mas a errônea nominação como testemunha não gera nulidade na colheita ou valoração dessa prova. 4. A diferença de valor da prova colhida, como informante ou testemunha, com ou sem compromisso de dizer a verdade, inobstante a previsão do art. 4.º, § 14, da Lei n.º 12.850/2013, decorre da ponderação judicial e não como prova legal com valoração pela categoria da prova oral. 5. Cabimento, ademais, da contradita para arguição e saneamento da condição de isenção e desinteresse da testemunha, na forma do art. 214 do CPP. 6. *Ausência de prejuízos concretos na mera indicação inicial do depoente como testemunha, informante ou coautor*. 7. Recurso em *habeas corpus* improvido" (RHC 75.856/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, *DJe* 16.12.2016).

312 "A delação de corréu e o depoimento de informante não podem servir como elemento decisivo para a condenação, notadamente porque não lhes são exigidos o compromisso legal de falar a verdade. [...]" (AP 465/DF, Tribunal Pleno do STF, Rel. Cármen Lúcia, unânime, *DJe* 30.10.2014). E ainda: "O corréu, por não ter o dever de falar a verdade e por não prestar compromisso, não pode servir como testemunha [...]" (RHC 36.410/PE, 5.ª Turma do STJ, Rel. Jorge Mussi, unânime, *DJe* 29.10.2013).

313 "No sistema da *common law*, noticia Ennio Amodio, a mais eficaz garantia contra os abusos que podem ser cometidos no delicado mecanismo da colaboração do corréu é a sua submissão a *cross examination*, na qual deve ser submetido a um exame mais cuidadoso do que aquele reservado para as testemunhas comuns. Através das perguntas diretas dos defensores dos demais acusados ao colaborador, é possível verificar o crédito de suas palavras e apurar eventuais prevenções, interesses ou tendências espúrias em suas declarações incriminadoras. É nessa fase que tais defensores poderão atacar o corréu colaborador, indagando-lhe a respeito de seus contatos com o Promotor de Justiça e qual acordo foi feito com o mesmo. Para o autor, 'uma brutal *cross examination* é o mais seguro antídoto contra todas as eventuais derivações desta prova tão insidiosa'" (SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e

processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 69).

314 HC 162.451/DF, 6.ª Turma do STJ, *DJe* 16.08.2010. No mesmo sentido: "O interrogatório é essencialmente meio de defesa. No entanto, se do interrogatório exsurgir delação de outro acusado, sobrevém para a defesa deste o direito de apresentar reperguntas. Tal decorre de um modelo processual penal garantista, marcado pelo devido processo legal, generoso feixe de garantias. A vedação do exercício de tal direito macula o contraditório e revela nulidade irresgatável" (HC 83.875/GO, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, Rel. p/ Acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 04.08.2008). E ainda: "A nulidade radical que afeta os diversos atos de interrogatório judicial, quando provocada pela conduta do magistrado que arbitrariamente nega, ao réu, o direito – por este titularizado – de formular reperguntas aos demais litisconsortes penais passivos, contamina, por efeito causal, todos os atos subsequentes do processo, notadamente aqueles de índole probatória [...]" (HC 94.016 ED, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe*-058 de 26.03.2013). Por fim: "[...]. 1. Nos termos do art. 188 do Código de Processo Penal, na hipótese em que um corréu, por ocasião de seu interrogatório em juízo, venha a delatar outro coacusado, necessário se faz que sejam possibilitadas reperguntas pela defesa do delatado. A vedação do exercício deste direito configura cerceamento de defesa, ocasionando nulidade do processo. [...]" (RESE 0004757-72.2005.4.01.3500/GO, 4.ª Turma do TRF da 1.ª Região, Rel. Hilton Queiroz, *e-DJF1* 14.06.2010, p. 216).

315 Em síntese, arremata Guilherme Nucci: "[...] se for denunciado, figurando como corréu, embora protegido pelo acordo, não pode ser compromissado a dizer verdade, visto não ser testemunha. Por outro lado, também não pode invocar o direito ao silêncio, pois, se o fizer, infringe as regras do acordo, que não mais surtirá efeito. Aliás, recomenda-se que o preceituado pelo § 14 do art. 4.º conste expressamente no termo de acordo da colaboração premiada. Em suma, figurando no polo passivo, embora colaborador, deve manifestar-se em interrogatório, pois assim acordou, mas o valor de suas declarações tem o mesmo alcance (relativo) de qualquer outro réu. Em qualquer hipótese, a previsão formulada pelo art. 4.º, § 14, é **constitucional**" (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 740).

316 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada: sobre o § 1 do art. 4.º da Lei n.º 12.850/2013*. Disponível em: <http://badaroadvogados.com. br/o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13. html>. Acesso em: 5 out. 2015.

317 Nesse sentido: "[...] Condenação amparada exclusivamente na delação dos corréus: impossibilidade. [...]" (HC 94.034, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe*-167 de 04.09.2008).

318 HC 75.226, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 19.09.1997.

319 Pet 6667 AgR, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe*-200 de 05.09.2017.

320 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 545.

321 *Codice di Procedura Penale* disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36785>, em tradução livre e adaptada. Acesso em: 2 maio 2015.

322 SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 75 (com esteio na doutrina de Oreste Dominioni).

323 FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 190.

324 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada: sobre o § 1 do art. 4.º da Lei n.º 12.850/2013*. Disponível em: <http://badaroadvogados.com. br/o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13. html>. Acesso em: 5 out. 2015.

325 Excertos do voto proferido na Pet. 5.700/DF pelo Min. Celso de Mello (*transcrições* do *Informativo 800 STF*). O Decano do Supremo voltou a adotar esse entendimento por ocasião do julgamento do HC 127.483/PR.

326 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973. v. I, p. 402-403.

327 Trecho da *Sentencia 230/2007*, de 05.11.2007, exarada pelo *Tribunal Constitucional de España*. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/2007/230>. Acesso em: 6 out. 2015. Em idêntico sentido: *"[...] conforme a la más reciente jurisprudencia de este Tribunal sobre la suficiencia de la declaración de los*

328 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal*: teoria (constitucional) do processo penal. 2. ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015. p. 521.

329 HC 127.900, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*-161 de 03.08.2016.

330 FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 164.

331 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 549.

332 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 82.

333 A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, v. 4, 2013. Com o mesmo entendimento, Guilherme de Souza Nucci: "Quanto à preservação do nome, qualificação, imagem e outras informações pessoais, sem dúvida, possui caráter absoluto no tocante ao público em geral,

particularmente em relação à mídia. Porém, jamais poderá ficar oculto da defesa dos outros corréus, criando-se um testemunho secreto, sem qualquer identidade. O princípio constitucional da ampla defesa veda o sigilo extremado de provas, permitindo o acesso dos defensores a qualquer meio constante dos autos" (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 742).

334 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p 163.

335 Excertos de seu voto proferido no HC 127.483/PR, julgado pelo Pleno do STF (*DJe*-021 de 04.02.2016).

336 Nesse sentido, é possível aplicar, por analogia, as disposições do Provimento CG 32/2000, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que prevê que os dados qualificativos e endereço da testemunha e da vítima sob ameaça não constarão dos depoimentos (constarão em impresso distinto, que ficará em poder da secretaria do Juízo e de acesso ao MP e aos defensores constituídos), nos termos do art. 3.º, e o mandado de intimação também será emitido em separado, sem constar os nomes e dados qualificativos da testemunha ou vítima (art. 6.º). Disponível em: <http://arisp.files.wordpress.com/2011/06/cgj-provimento-32-2000.pdf.> Acesso em: 24 fev. 2014. Esse provimento já foi considerado constitucional pelo STF: "PROGRAMA DE PROTEÇÃO À TESTEMUNHA. PROVIMENTO N. 32/2000 DA CORREGEDORIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PAULISTA. ACESSO RESTRITO À INFORMAÇÃO. NULIDADE INEXISTENTE. [...] Não há falar em nulidade da prova ou do processo-crime devido ao sigilo das informações sobre a qualificação de uma das testemunhas arroladas na denúncia, notadamente quando a ação penal omite o nome de uma testemunha presencial dos crimes que, temendo represálias, foi protegida pelo sigilo, tendo sua qualificação anotada fora dos autos, com acesso exclusivo ao magistrado, acusação e defesa" (HC 112811, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe*-156 de 12.08.2013). Obs.: a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Goiás editou provimento semelhante (Provimento 3/2011).

337 MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Custos Legis* – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, v. 4, 2013.

338 HC 341.790/PR, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 04.05.2016.

339 Nesse sentido: "**Testemunha 'sem rosto'** (Lei n.º 9.807/99, art. 7.º, n. IV, c/c o Provimento CGJ/SP n.º 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 – [...] Orientação jurisprudencial de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal que se firmou, no entanto, em sentido contrário a tal entendimento [...]" (HC 124614 AgR, 2.ª Turma do STF, Rel.

Min. Celso de Mello, *DJe*-078 de 28.04.2015). E ainda: "1. A tese de nulidade do ato do interrogatório do paciente devido ao sigilo das informações acerca da qualificação de uma das testemunhas arroladas na denúncia não deve ser acolhida. 2. No caso concreto, há indicações claras de que houve a preservação do sigilo quanto à identidade de uma das testemunhas devido ao *temor de represálias*, sendo que sua *qualificação foi anotada fora dos autos com acesso restrito aos juízes de direito, promotores de justiça e advogados constituídos e nomeados*. Fatos imputados ao paciente foram de formação de quadrilha armada, da prática de dois latrocínios e de porte ilegal de armas. 3. Legitimidade da providência adotada pelo magistrado com base nas medidas de proteção à testemunha (Lei n.º 9.807/99). Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de coautores ou partícipes que se oferecem para fazer a delação premiada. 4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado" (HC 90321, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe*-182 de 25.09.2008).

340 *Princípios do processo penal* – entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009. p. 342-343.

341 *Comentários à lei de combate ao crime organizado* – Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

342 FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Crime organizado*: aspectos processuais. São Paulo: RT, 2009. p. 25.

343 BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal* – entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009. p. 344.

344 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 743.

345 BARROSO, Luís Roberto. *País de provas ilícitas*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI68735,41046-Pais+de+provas+ilicitas>. Acesso em: 11 ago. 2016.

346 "[...] 1. De acordo com a regra prevista no art. 78, II, *c*, c/c o art. 83, ambos do Código de Processo Penal, o Juiz que tiver antecedido outros, igualmente competentes, na prática de algum ato ou medida no processo, mesmo que anterior à denúncia, será o competente para processar e julgar a causa. [...]" (RHC 47.956/CE, 5.ª Turma do STJ, Rel. Marco Aurélio Bellizze, unânime, *DJe* 04.09.2014). Acerca do assunto, impende ressaltar que "é relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção" (Súmula 706 do STF).

347 "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."

348 Rcl 24116, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*-028 de 13.02.2017.

349 Cf. RHC 67.493/PR, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 02.05.2016.

350 Inq 3983, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJe*-095 de 12.05.2016.

351 Nesse sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 860.

352 HC 93.767/DF, 2.ª Turma do STF, Rel. Celso de Mello, unânime, *DJe* 01.04.2014.

353 *Criminalidade organizada*: comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 158-159.

354 Excertos do voto proferido na Pet. 5.700/DF pelo Min. Celso de Melo (transcrições do *Informativo 800 STF*).

355 "2. O conteúdo dos depoimentos pretendidos pelo reclamante, embora posteriormente tornado público e à disposição, encontrava-se, à época do ato reclamado, submetido a sigilo, nos termos do art. 7.º da Lei 12.850/2013, regime esse que visa, segundo a lei de regência, a dois objetivos básicos: (a) preservar os direitos assegurados ao colaborador, dentre os quais o de 'ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados' (art. 5.º, II) e o de 'não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito' (art. 5.º, V, da Lei 12.850/2013); e (b) 'garantir o êxito das investigações' (art. 7.º, § 2.º e art. 8.º, § 3.º). 3. **Enquanto não instaurado formalmente o inquérito propriamente dito acerca dos fatos declarados, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos estão sujeitos a estrito regime de sigilo. Instaurado o inquérito, 'o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa**, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento' (art. 7.º, § 2.º). Assegurado, como assegura, o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, **o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14.** Agravo regimental a que se nega provimento" (Rcl 22009 AgR, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJe*-095 de 12.05.2016).

356 *Leis penais especiais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. t. II, p. 55-56.

357 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro Forense, 2014. v. 2, p. 746.

358 Rcl 24116, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*-028 de 13.02.2017.

359 "Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá *reclamação ao Supremo Tribunal Federal* que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

360 "Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente *caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos* recursos ou *outros meios admissíveis de impugnação*."

361 MENDONÇA, Andrey Borges de. *A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)*. *Custos Legis* – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, v. 4, 2013.

362 No mesmo sentido: "1. A Constituição proíbe restringir a publicidade dos atos processuais, salvo quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5.º, LX), e estabelece, com as mesmas ressalvas, que a publicidade dos julgamentos do Poder Judiciário é pressuposto inafastável de sua validade (art. 93, IX). 2. A Lei 12.850/2013, quando trata da colaboração premiada em investigações criminais, impõe regime de sigilo ao acordo e aos procedimentos correspondentes (art. 7.º), sigilo que, em princípio, perdura até a decisão de recebimento da denúncia, se for o caso (art. 7.º, § 3.º). Essa restrição, todavia, tem como finalidades precípuas (a) proteger a pessoa do colaborador e de seus próximos (art. 5.º, II) e (b) garantir o êxito das investigações (art. 7°, § 2.º). No caso, todavia, a manifestação do órgão acusador revela não mais subsistirem razões a impor o regime restritivo de publicidade. 3. A manutenção da revogação do sigilo dos termos de depoimento e da íntegra dos áudios não gera, no caso, prejuízos aos agravantes" (Pet 6138 AgR, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe*-200 de 05.09.2017).

363 Excertos do *Informativo 877 STF*, de 11 a 15 de setembro de 2017.

364 Excertos do *Informativo 877 STF*, de 11 a 15 de setembro de 2017. Nesse sentido: "[...] INQUÉRITO INSTAURADO COM LASTRO EM TERMOS DE DEPOIMENTO PRESTADOS EM ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. LEVANTAMENTO INTEGRAL DO SIGILO DOS AUTOS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. RECURSO DESPROVIDO. 1. A publicidade dos atos processuais, garantida no artigo 5.º, LX, da Constituição Federal, constitui verdadeiro instrumento democrático de controle da função jurisdicional, razão pela qual a sua mitigação, embora autorizada de forma expressa pelo Poder Constituinte Originário, deve receber o tratamento peculiar às restrições a qualquer direito fundamental, como a efetiva demonstração da sua necessidade e a maior brevidade possível da intervenção. 2. O aspecto temporal da norma contida no artigo 7.º, § 3.º, da Lei n. 12.850/13 tem que ser interpretado essencialmente com relação ao direito à ampla defesa, *não tendo o condão de limitar a publicidade dos termos de declaração do colaborador, ainda mais de forma irrestrita e até o recebimento da denúncia, caso a medida não encontre suporte no binômio necessidade e adequação da restrição da garantia fundamental*. 3. Ainda que o artigo

5.º, inciso II, da Lei n. 12.850/13 estabeleça como direito do colaborador ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados, *é imperioso que razões de ordem prática justifiquem o afastamento da publicidade dos atos processuais, caso esta seja a medida necessária à salvaguarda de tais bens jurídicos*. 4. No caso, o agravante, que concordou com os termos do acordo de colaboração premiada e não impugnou a coleta dos depoimentos somente em áudio e vídeo, não logra êxito no seu dever de apontar qualquer prejuízo concreto com o levantamento do sigilo nos moldes em que determinado, cingindo-se a argumentar, de forma abstrata, que a medida teria impacto direto na sua segurança e de sua família, sem a necessária individualização de qualquer dano ou perigo de sua ocorrência, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito recursal. 5. Agravo regimental desprovido" (Inq 4419 AgR, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe*-139 de 26.06.2017).

365 AgRg na APn 843/DF, Corte Especial do STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 14.02.2017.

366 Acórdão 804101, 20110110453902APC, 2.ª Turma Cível do TJDFT, Rel. Carmelita Brasil, *DJe* 21.07.2014. No mesmo sentido: "[...] O instituto da delação premiada não se aplica às ações por improbidade administrativa, vez que restrito à esfera penal" (Acórdão 698504, 20040111174335APC, 4.ª Turma Cível do TJDFT, Rel. Fernando Habibe, *DJe* 06.08.2013). E ainda: Apelação Cível 0000174-15.2004.4.01.4200/RR, 4.ª Turma do TRF da 1.ª Região, Rel. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes. j. 08.04.2014, unânime, *e-DJF1* 02.06.2014 e Processo 2005.01.1.055353-7 (833713), 1.ª Turma Cível do TJDFT, Rel. Gilberto Pereira de Oliveira, unânime, *DJe* 26.11.2014.

367 Juíza Federal Maria Cláudia de Garcia Paula Allemand, Titular da 5.ª Vara Cível da Seção Judiciária do Espírito Santo, na sentença proferida nos autos do Processo 2006.50.01.009819-5 (Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa – *Operação Sanguessuga*).

368 CHERUBINI, Karina Gomes. Ampliação da delação premiada aos atos de improbidade administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.519, 29 ago. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10340>. Acesso em: 23 maio 2015.

369 DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 458.

370 ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. *I nteresses difusos e coletivos*. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 846.

371 MENDONÇA, Andrey Borges de. *Roteiro de colaboração premiada*. São Paulo: Mimeo, 2012. No mesmo sentido: "A aplicação dos efeitos do acordo de colaboração premiada na área da improbidade é decorrência do princípio constitucional da moralidade administrativa, que impõe que o Estado agirá com lealdade, respeitando as expectativas do administrado, evitando comportamentos contraditórios (*non venire contra factum proprium*)" (FONSE-CA, Cibele

Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 151-152).

372 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p 168-169. Para o autor, desde que assegurada a recomposição integral do dano, seria possível a projeção dos efeitos da colaboração premiada para a esfera administrativa, notadamente, para as ações de improbidade, com a possibilidade de *redução do montante das penas listadas no art. 12*, descartando-se, contudo, a possibilidade de aplicação do *perdão judicial*, "cuja extravagância exige previsão legal expressa, ante a natureza indisponível dos bens em jogo" (*Op. cit.*, p. 169).

373 Exemplo de cláusula de extensão dos efeitos da colaboração premiada: "O Ministério Público Federal não proporá ações cíveis ou de improbidade contra o colaborador ou suas empresas pelos fatos abrangidos neste acordo, salvo em caso de rescisão" (disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/09/74_TERMO6.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017).

374 FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p 150.

375 Nesse sentido: "Se a colaboração eventualmente vier a implicar autoridades submetidas a outros foros, os signatários gestionarão buscando a adesão dos outros membros do Ministério Público nos termos do presente acordo" (GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 320).

376 Excertos do voto proferido pelo Min. Ricardo Lewandowski na Pet. 7.265/DF, em 14.11.2017.

377 Em razão desse vácuo legislativo, **prepondera o entendimento** segundo o qual se devem aplicar "ao procedimento cautelar de interceptação ambiental as regras das interceptações telefônicas previstas na Lei n.º 9.296/96" (TRENTIN, Jiskia Sandri. Crime organizado: ferramentas legais de combate – interceptação telefônica e ambiental – e suas deficiências. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord.). *Crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 395).

378 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado* – Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 23. Esclarece o autor que "telemática pode ser considerada como um conjunto de tecnologias de transmissão de dados, que resulta em aplicação conjunta dos recursos de telecomunicação (telefonia, satélite, cabo, fibras ópticas etc.) e também da informática (computadores, periféricos, *softwares* e sistemas de redes), que possibilita o processamento, a decodificação, o armazenamento e a comunicação de dados".

379 Conforme a clássica doutrina de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, "entende-se por *interceptação* a captação da conversa por um *terceiro*, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Se o meio

utilizado for o 'grampeamento' do telefone, tem-se a *interceptação telefônica*; se se tratar de captação de conversa por um gravador, colocado por terceiro, tem-se a *interceptação entre presentes*, também chamada de *interceptação ambiental*. Mas se um dos interlocutores grava a sua própria conversa, telefônica ou não, com o outro, sem o conhecimento deste, fala-se apenas em *gravação clandestina*" (*As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 207-208).

380 SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 109.

381 Outro exemplo colhido na jurisprudência é o do gerente do tráfico filmado em ação em praça pública. *In verbis*: "As gravações de imagens acostadas aos autos em que o paciente aparece, em plena via pública na Vila Cruzeiro, portando um fuzil e uma pistola, e distribuindo drogas aos seus comparsas em motocicletas, fortemente armados, aliadas às informações colhidas pelo Serviço de Inteligência da Polícia do Rio de Janeiro, dando conta de sua função de gerente do tráfico, são dados suficientes para demonstrar sua participação na associação criminosa responsável pelo comércio ilícito de drogas naquela localidade. [...] Na espécie, a gravação ambiental mostra, de forma clara e irrefutável, que ao proceder a distribuição de drogas aos seus comparsas, o paciente buscava assegurar o sucesso da mercancia ilícita mediante o porte de um fuzil e uma pistola" (HC 259.509/RJ, 5.ª Turma do STJ, Rel. Marilza Maynard, unânime, *DJe* 14.06.2013). Obs.: o termo *gravação ambiental* nesse julgado foi utilizado em sentido não técnico. A situação retrata, em verdade, hipótese de *interceptação ambiental em sentido estrito*.

382 AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 540. As hipóteses de (i)licitude da captação ambiental serão analisadas em tópico próprio.

383 "[...] há também como captar conversa alheia, interceptando-a, termo anteriormente usado na Lei 9.034/95, mas não repetido na atual Lei 12.850/2013. Nem por isso deixa de ser possível que um terceiro colha dados referentes ao contato feito por outras pessoas, ou seja, atravessa a conversa alheia e a grava ou registra de outra forma qualquer. A interceptação ambiental não deixa de ser uma forma de captação ambiental [...]" (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 725).

384 *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 516.

385 *Leis penais especiais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. t. II, p. 38.

386 Para uma visão profunda acerca da problemática das provas ilícitas no mundo, confira-se: ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita* – um estudo comparado. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

387 CR/88, art. 5.º, XII: "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, d 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".

388 "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."

389 "As gravações sub-reptícias de conversas entre presentes, efetuadas por terceiro, com o desconhecimento de todos os interlocutores ou de um deles, embora sejam interceptações em sentido técnico, no Brasil não se enquadram na disciplina do art. 5.º, XII, da CF, que cuida exclusivamente da quebra do sigilo das comunicações telefônicas" (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 236).

390 "Temos defendido, no entanto, que a captação ou interceptação ambiental **é viável, ainda que concretizada sem autorização do juiz, caso ocorra em ambiente público** e sem que as partes demandem sigilo. Afinal, em local público não há intimidade suficiente, e qualquer pessoa, mesmo sem aparato eletrônico, pode ouvir a conversa alheia" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 725). No mesmo sentido: "[...] estando em local público, não há falar em proteção a intimidade, o que seria inclusive uma *contradictio in terminis*, razão pela qual **é plenamente válida a interceptação ambiental em local público**, como, por exemplo, as filmagens amadoras que flagram a prática de crime em uma praça, as câmeras que filmam a prática de furto no supermercado ou o crime de roubo numa agência bancária" (BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal* – entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009. p. 59). Por fim: "Figure-se, assim, a situação em que um crime está sendo cometido em via pública e um transeunte qualquer filma a cena. Inexiste direito ao segredo, pois **quem se expõe em público não tem expectativa de privacidade, nem direito à reserva, pois qualquer pessoa pode relatar o que ocorreu na via pública**. Resulta claro que nessa hipótese a prova consistente na interceptação ambiental (registro de sons e imagens por um terceiro), conquanto atípica, não tem restrições à sua admissibilidade no processo, já que não viola a intimidade, em qualquer dos seus aspectos acima abordados, nem outro direito ou garantia. Constitui, pois, **prova lícita** (AVOLIO, 2003, p. 205)" (MOTA, Luig Almeida. O fenômeno da interceptação ambiental. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3.618, 28 maio 2013. Disponível em: <http://jus.com. br/artigos/24546>. Acesso em: 13 maio 2015).

391 TRENTIN, Jiskia Sandri. Crime organizado: ferramentas legais de combate – interceptação telefônica e ambiental – e suas deficiências. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord.). *Crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 392.

392 TRENTIN, Jiskia Sandri. Crime organizado: ferramentas legais de combate – interceptação telefônica e ambiental – e suas deficiências. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord.). *Crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 392.

393 HC 59.967/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Nilson Naves, *DJ* 25.09.2006, p. 316.

394 NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 590.

395 "[...] Interceptação ambiental por um dos interlocutores. Ilicitude da prova. Inocorrência. Reportagem levada ao ar por emissora de televisão. *Notitia criminis*. **Dever-poder de investigar**. 1. Paciente denunciado por falsidade ideológica, consubstanciada em exigir quantia em dinheiro para inserir falsa informação de excesso de contingente em certificado de dispensa de incorporação. Gravação clandestina realizada pelo alistando, a pedido de emissora de televisão, que levou as imagens ao ar em todo o território nacional por meio de conhecido programa jornalístico. O conteúdo da reportagem representou *notitia criminis*, compelindo as autoridades ao exercício do dever-poder de investigar, sob pena de prevaricação. 2. A ordem cronológica dos fatos evidencia que as provas, consistentes nos depoimentos das testemunhas e no interrogatório do paciente, foram produzidas em decorrência da *notitia criminis* e antes da juntada da fita nos autos do processo de sindicância que embasou o Inquérito Policial Militar. 3. A questão posta não é de inviolabilidade das comunicações e sim da proteção da privacidade e da própria honra, que não constitui direito absoluto, devendo ceder em prol do interesse público" (STF, HC 87.341/PR, Rel. Min. Eros Grau, j. 07.02.2006).

396 "Em face do direito à intimidade, especialmente quando tal conversa se dá em **ambiente privado** (ex.: o interior de uma casa particular) ou quando uma das partes pede **sigilo** à outra, **é indispensável haver a autorização judicial para que essa captação seja realizada e validada, depois, como prova lícita**. [...]. Igualmente, em nome do direito à intimidade, necessita-se da autorização judicial para que a prova seja validamente colhida e utilizada em juízo, desde que em ambiente privado" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 725).

397 Importantíssima percepção a respeito desse julgado teve Norberto Avena: "A propósito, ressalte-se que da leitura da decisão referida é perceptível que o argumento de maior peso utilizado pelo STF para validar as provas obtidas mediante violação do escritório profissional do advogado investigado, durante a noite, com aposição de instrumento oculto de captação de sons, foi, sem dúvida, o princípio da proporcionalidade, utilizado, porém, **contra os interesses dos investigados**, em flagrante modificação do entendimento até então agasalhado naquela Corte, que, no mais das vezes, apenas concebia o aproveitamento da prova ilícita **em favor do réu**, isso mesmo quando constituía no único modo de beneficiá-lo ou inocentá-lo" (*Processo penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 548).

398 "[...] **Escuta ambiental e exploração de local**. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de

exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5.º, X e XI, da CF, art. 150, § 4.º, III, do CP, e art. 7.º, II, da Lei n.º 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão [...]" (Inq 2.424, Plenário do STF, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJe*-055 de 25.03.2010). Obs.: note-se que o STF chamou de *escuta* o que em verdade era *interceptação* ambiental.

399 TRENTIN, Jiskia Sandri. Crime organizado: ferramentas legais de combate – interceptação telefônica e ambiental – e suas deficiências. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord.). *Crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 393. No mesmo sentido: "[...] a *justa causa* pode descaracterizar a ilicitude quando a prova for usada em defesa dos direitos violados ou ameaçados de quem gravou e divulgou a conversa. A doutrina internacional não considera ilícita a divulgação de gravação clandestina da conversa própria quando se trate, por exemplo, de comprovar a prática de extorsão, equiparando a situação à de quem age em legítima defesa, o que exclui a antijuridicidade" (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 238).

400 No ponto, Paulo Rangel (*Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 479) anota: "surge em doutrina a teoria da exclusão da ilicitude, capitaneada pelo mestre Afrânio Silva Jardim, à qual nos filiamos, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o **escopo de demonstrar sua inocência**, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante".

401 "[...] 1. **É pacífico, neste Superior Tribunal e no pretório excelso, que a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, com o objetivo de preservar-se diante de atuação desvirtuada da legalidade, prescinde de autorização judicial**. [...]" (RHC 31.356/ PI, 6.ª Turma do STJ, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, unânime, *DJe* 24.03.2014).

402 "[...] **Gravação clandestina**, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. [...] **Fonte lícita de prova**. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. **Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou**. [...] Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, **sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou**" (RE 402.717, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJe*-030 de 12.02.2009).

403 "Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, **vítima de concussão**, sem o conhecimento dos demais. **Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu**. Precedentes do Supremo Tribunal [...]" (RE 212.081, Rel. Min. Octavio Gallotti, 1.ª Turma do STF, *DJ* 27.03.1998). E ainda: "[...] **As gravações unilaterais, ambiental** e telefônica, efetuadas por um dos interlocutores, ou com o seu consentimento, ou à sua ordem, no **intuito de comprovar investida criminosa dos réus** – consistente no oferecimento de indevida vantagem ao parlamentar em troca de um relatório favorável no âmbito da Comissão Parlamentar de Inquérito – **são provas plenamente lícitas**. Os direitos e garantias constitucionais não possuem caráter absoluto, sendo que é razoável sacrificar-se o direito à privacidade em favor do interesse social na repressão dos crimes. [...]" (Apelação 0004168-68.2004.4.03.6181/SP, 1.ª Turma do TRF da 3.ª Região, Rel. convocado Paulo Domingues, unânime, *DE* 17.12.2012). Por fim: AgRg no Agravo em REsp 180.721/SP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Campos Marques, unânime, *DJe* 08.03.2013.

404 AI 560.223 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma do STF, *DJe*-079 de 28.04.2011.

405 "[...] 1. A **gravação ambiental** realizada por um dos interlocutores sem o consentimento da outra parte, **quando não restar caracterizada violação de sigilo, é considerada prova lícita**. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. [...]" (RHC 34.733/MG, 5.ª Turma do STJ, Rel. Jorge Mussi, unânime, *DJe* 19.08.2014).

406 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Teoria constitucional do direito processual penal: limitaçõe fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro*. Recife: 2005, p. 492. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/4013/arquivo5907_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 maio 2015.

407 Excertos do *Informativo 809 STF*.

408 "[...] I – No 'Supremo Tribunal, não tem voga a afirmação apodítica dessa licitude (licitude da gravação de conversa realizada por um dos interlocutores), [...]: a hipótese de gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor, tem sido aqui examinada caso a caso, e ora reputada prova ilícita, por violação da privacidade [...], ora considerada lícita, se utilizada na defesa de direito do autor ou partícipe da gravação, em especial, se vítima ou destinatária de proposta criminosa de outro [...].' (cf. HC 80949-9/RJ, 1.ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 14.12.2001). II – Portanto, a análise da licitude ou não da gravação de conversa por um dos interlocutores sem a ciência do outro deve ser casuística, i.e., deve ser caso a caso. III – **No caso em tela, a gravação da conversa telefônica foi realizada pela amásia do réu, tão somente com o intuito de responsabilizá-lo pelo crime, uma vez que a vítima do homicídio era pessoa com quem ela mantinha relação amorosa. Dessa forma, como**

**se percebe, tal prova (gravação telefônica) foi colhida com indevida violação de privacidade (art. 5.º, X, da CF) e não como meio de defesa ou em razão de investida criminosa, razão pela qual deve ser reputada ilícita**. *Writ* concedido a fim de que a prova obtida em virtude da gravação telefônica seja excluída dos autos" (HC 57.961/SP, Rel. Min. Félix Fischer, 5.ª Turma do STJ, *DJ* 12.11.2007, p. 242).

409 "[...] a gravação clandestina será considera **ilícita** quando o conteúdo da comunicação se referir a **assunto que goza de sigilo profissional ou funcional protegido penalmente**. Ainda que não haja proteção penal, pode tratar-se de sigilo implícito, como as intimidades que um amigo relata a outro, cuja revelação pode violar o direito fundamental à intimidade, salvo se feita para atender direito próprio ou por quem o sigilo protege" (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 520).

410 "[...] III. Gravação clandestina de 'conversa informal' do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita 'conversa informal', modalidade de 'interrogatório' sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6.º, V) –, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. **O privilégio contra a autoincriminação** – *nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr. Pen. – **importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em 'conversa informal' gravada, clandestinamente ou não**. [...]" (HC 80.949, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 14.12.2001). No mesmo sentido: HC 244.977/SC, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., *DJe* 09.10.2012.

411 "**Licitude** de prova consistente em gravação de entrevista de indiciados com autoridades policiais a qual **incrimina terceiros**. [...]" (HC 73.513, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 04.10.1996).

412 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 518. Nesse sentido: HC 222.818/MS, 5.ª Turma do STJ, Rel. Gurgel de Faria, unânime, *DJe* 25.11.2014.

413 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 209.

414 Apelação 0004168-68.2004.4.03.6181/SP, 1.ª Turma do TRF da 3.ª Região, unânime, *DE* 17.12.2012.

415 PRADO, Geraldo Mascarenhas; DOUGLAS, Willian. *Comentários à lei contra o crime*

*organizado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 49-50.

416 Cf. MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A nova lei de organização criminosa – Lei n.º 12.850/2013 Juris Plenum*, Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 43, maio/jun. 2015. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

417 Há quem diferencie o *flagrante esperado* do *flagrante prorrogado*. Nesse sentido: "No *flagrante esperado* o que ocorre é que a autoridade, que detém uma informação privilegiada a respeito de algo que irá ocorrer, monitora a situação, aguardando que ocorra a situação de flagrante, em princípio, inexistente. A prisão ocorre, então, imediatamente em relação à configuração do estado de flagrância. No *flagrante prorrogado*, a situação deve ser de permanência do delito – daí o cabimento mais frequente em casos de tráfico de drogas – e a vigilância policial também se protrai no tempo, aguardando o momento mais apropriado para realizar a captura onde a comprovação delitiva esteja mais evidente. A diferença, portanto, reside em que no *flagrante esperado* a prisão se dá no momento em que se instaura a situação de flagrância; enquanto no *flagrante prorrogado*, ao contrário, instaura-se a situação de flagrante; mas dado que não é instantâneo o delito, esta se prorroga, de modo a permitir que a autoridade dilate no tempo o momento de sua intervenção" (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 146).

418 A jurisprudência bem diferencia os flagrantes *provocado* (*preparado*), *forjado* e *esperado, in verbis*: "No *flagrante preparado*, a polícia provoca o agente a praticar o delito e, ao mesmo tempo, impede a sua consumação, cuidando-se, assim, de *crime impossível*; ao passo que no *flagrante forjado* a conduta do agente é criada pela polícia, tratando-se de *fato atípico*. Hipótese totalmente diversa é a do *flagrante esperado*, em que a polícia tem notícias de que uma infração penal será cometida e aguarda o momento de sua consumação para executar a prisão" (HC 307.775/GO, 5.ª Turma do STJ, Rel. Jorge Mussi, unânime, *DJe* 11.03.2015).

419 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 379-380.

420 Vicente Greco Filho registra que, "**no direito francês, há uma diferença entre** *entrega vigiada* **e** *entrega controlada*. Na primeira, a mercadoria ilegal é objeto de vigilância passiva por parte das autoridades; na segunda, é utilizado o recurso de agentes infiltrados que participam diretamente da operação. **No direito brasileiro**, pela lei comentada, os institutos estão bem separados com denominações próprias: ação controlada para a chamada entrega vigiada e a infiltração de agentes, com efeitos penais e processuais penais diferentes" (*Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35). No Brasil, uma parcela minoritária da doutrina busca diferenciar a ação controlada da entrega vigiada. Nesse rumo: RASCOVSKI, Luiz. *A entrega vigiada como meio de investigação*. 2011. Disponível em:

<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-14062012-110431/pt-br.php>. Acesso em: 19 maio 2015.

421 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 569-570.

422 RASCOVSKI, Luiz. *A entrega vigiada como meio de investigação*. 2011, p. 97. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-14062012-110431/pt-br.php>. Acesso em: 19 maio 2015.

423 "As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com consentimento dos Estados-Parte envolvidos, *métodos como a intercepção* de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias."

424 "Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: [...] II – a não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores."

425 Consoante o citado art. 16, "aplicam-se as disposições da Lei n.º 12.850, de 2 agosto de 2013, para a investigação, processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei". Conclui-se, pois, que todas as técnicas especiais de investigação previstas na Lei do Crime Organizado são compatíveis com os crimes previstos na Lei de Terrorismo.

426 A Lei 13.344/2016, que dispôs sobre o tráfico de pessoas cometido no território nacional contra vítima brasileira ou estrangeira e no exterior contra vítima brasileira, estipulou, em seu art. 9.º, a aplicação subsidiária, no que couber, do disposto na Lei 12.850/2013. Assim, é plenamente possível a ação controlada para a persecução penal do crime de tráfico de pessoas (CP, art. 149-A).

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

428 "Art. 2.º [...] II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações."

429 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 147.

430 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 93.

431 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César ( *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 144), com visão diversa, entendem que a ação controlada "afasta a *pretensão de ilicitude* do tipo, afinal o ordenamento determina uma ação e permite, sob condições, a realização do seu oposto, ou seja, a *omissão*. Evidentemente, ao tratar-se de um conflito de deveres, resta presente uma situação de *justificação procedimental* [...]".

432 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º *12.850/2013*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 92.

433 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 872-873.

434 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 144.

435 "[...] Organização criminosa. Ação policial controlada. Artigo 2.º, inciso II, da Lei n. 9.034/95. Prévia autorização judicial. Ausência de previsão legal. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada. 1. Da mesma forma, à míngua de previsão legal, não há como se reputar nulo o procedimento investigatório levado a cabo na hipótese em apreço, tendo em vista que o artigo 2.º, inciso II, da Lei n. 9.034/95 não exige a prévia autorização judicial para a realização da chamada 'ação policial controlada', a qual, *in casu*, culminou na apreensão de cerca de 450 kg (quatrocentos e cinquenta quilos) de cocaína. 2. Ademais, não há falar-se na possibilidade dos agentes policiais virem a incidir na prática do crime de prevaricação, pois o ordenamento jurídico não pode proibir aquilo que ordena e incentiva. 3. Ordem denegada" (HC 119.205/MS, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 16.11.2009).

436 *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 150-151. Nesse sentido: Marcelo Batlouni Mendroni (*Comentários à lei de combate ao crime organizado* – Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 71-72) assevera que "há necessidade inquestionável de, para a validade da medida, seja – antes – comunicada e **requerida** ao juiz. Não fosse assim, algum agente público eventualmente integrante de organização criminosa poderia, artificiosamente, utilizar 'motivação' de atuação em ação controlada para permitir a continuidade delitiva e depois apresentá-la como justificativa: 'não prendi os criminosos porque estava em ação controlada'. A ação, portanto, inquestionavelmente deve ter início e fim, assim conhecidos por MP e Judiciário, para o seu devido controle".

437 *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 565-566. Nesse

sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 748-749. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 94. FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZO-LA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade organizada*: comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 176. E, ainda, Eugênio Pacelli de Oliveira (*Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 873): "A Lei n.º 12.850/13 parece mais flexível, provavelmente por se tratar, especificamente, de delitos praticados por meio de organizações criminosas. **I mpõe apenas o dever de comunicação ao juiz** acerca da adoção do procedimento de ação controlada".

438 É "[...] mais compatível com a sistemática processual a colheita de parecer do Ministério Público para, em seguida, decidir [o magistrado] nos termos da lei" (SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 91).

439 STF, Pet. 5.262/DF, j. 06.03.2015.

440 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado* – Lei n.º *12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 71.

441 Nesse sentido: FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade organizada*: comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 170. E ainda: SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 91.

442 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 153.

443 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 568. Com entendimento semelhante: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 724. Ainda: "[...] perdida a situação de flagrante que efetivamente existiu [...], somente permitirá, eventualmente, a depender da presença dos requisitos formais e materiais dos dispositivos legais correspondentes, a decretação da prisão preventiva ou temporária, desde que absolutamente necessárias" (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 153).

444 Sobre o assunto, *vide* o art. 18 da Convenção de Palermo, que trata da "Assistência judiciária recíproca" entre os Estados-partes e, ainda, o Decreto 3.468/2000, que promulgou o "Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, assinado em San Luis, República Argentina, em 25 de junho de 1996", entre os Governos do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai.

445 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei

sobre o crime organizado – Lei n.º *12.850/2013*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 95.

446 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado* – Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 71.

447 "[...] Tanto o STF quanto este STJ admitem ser válida como prova a gravação ou filmagem de conversa feita por um dos interlocutores, mesmo sem autorização judicial, não havendo falar, na hipótese, em interceptação telefônica, esta sim sujeita à reserva de jurisdição" (AgRg no REsp 1.196.136/RO, 6.ª Turma do STJ, Rel. Alderita Ramos de Oliveira, unânime, *DJe* 17.09.2013).

448 "Art. 17-B. A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de *internet* e pelas administradoras de cartão de crédito." Renato Brasileiro de Lima (*Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 146) anota que, "embora inserido na Lei de Lavagem de Capitais, **este dispositivo pode ser invocado para a apuração de qualquer delito**, especialmente as infrações penais antecedentes. Não teve o legislador a intenção de limitar seu escopo à lavagem de capitais e nem teria razão para fazê-lo, já que o tipo penal de branqueamento depende de uma infração antecedente".

449 CPP, art. 13-A. "Nos crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no § 3.º do art. 158 e no art. 15 do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e no art. 239 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderá requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos. Parágrafo único. A requisição, que será atendida no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, conterá: I – o nome da autoridade requisitante; II – o número do inquérito policial; e III – a identificação da unidade de polícia judiciária responsável pela investigação". A principal **novidade** desse dispositivo fica por conta da possibilidade de a requisição abranger os dados e informações cadastrais da **vítima**, não se limitando ao investigado.

450 O art. 1.º, § 1.º, da Lei Complementar 105/2001 traz um rol de instituições que são consideradas *financeiras*. Por sua vez, o art. 10-A da Lei 9.618/1998 preconiza que: "O Banco Central manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores".

451 Conforme os arts. 10, I, e 9.º, parágrafo único, III, ambos da Lei 9.618/1998, as administradoras d cartões de crédito "identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes".

452 "Art. 8.º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...] II – requisitar informações, exames, perícias e

documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; [...] VIII – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; [...] § 2.º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido."

453 "Art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União."

454 Com outra visão: "Merece filtragem constitucional o aludido dispositivo, pois a medida em estud importa em clara invasão de privacidade [...] se o acesso referir-se ao itinerário da pessoa ou do objeto. Em virtude disto, para que o Ministério Público e o Delegado de Polícia tenham acesso a dados de reserva e registro de viagens devem ter prévia autorização judicial para tanto. De outro modo, se o acesso perquirir somente informações relativas à identidade de uma pessoa não haverá óbice que este acesso ocorra sem autorização judicial" (GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 420).

455 HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. t. II, p. 64. No mesmo sentido: "Não há lesão constitucional, pois esses dados têm natureza pública – e não íntima – podendo ser conhecidos por qualquer pessoa. O nome, a filiação, o endereço, número do RG e do CPF, entre outros, são aspectos concernentes ao indivíduo, mas não de natureza privada. Tanto é verdade que, no momento do interrogatório, o acusado não tem direito ao silêncio na parte relativa aos seus dados pessoais, para preencher a sua qualificação. Qualquer pessoa tem o dever de se identificar perante órgãos estatais, de forma que essa captação pelo MP e pela polícia independe de autorização judicial" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 758). Ainda: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viégas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo. Quartier Latin, 2005. p. 28-29.

456 ARAS, Vladimir. *Requisição de dados cadastrais: o segredo de polichinelo*. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2012/07/26/requisicaodedadoscadastraisosegredodepoli Acesso em: 3 jun. 2015.

457 HC 190.917/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Celso Limongi, *DJe* 28.03.2011. No mesmo sentido: "[... 2. O fornecimento de dados meramente cadastrais, identificadores do indivíduo (nome, endereço, filiação), não estão protegidos de sigilo, porque são dados relativos à convivência humana, à integração entre as pessoas, que às vezes os mencionam em uma simples conversa com desconhecidos, a fim de se identificarem melhor perante o outro com o qual interagem. 3. Não

sendo protegidos por sigilo em face da ausência de lesão à intimidade e à vida privada, torna-se desnecessária a tutela judicial, podendo os referidos dados ser requisitados diretamente pela Autoridade Policial e/ou pelo representante do Ministério Público Federal, no exercício das respectivas atribuições. [...]" (MSTR 102.727/ RN, 3.ª Turma do TRF da 5.ª Região, *DJe* 10.03.2011).

458 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 596. Com entendimento semelhante: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12. São Paulo: RT, 2012. p. 355.

459 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 122.

460 HC 83.338/DF, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJe* 26.10.2009. Em outro julgado assaz interessante sobre o tema, o STF diferenciou a "**quebra de sigilo das comunicações**" da "**apreensão física de computador**" onde se encontra o registro de dados, *in verbis*: "[...] 3. Não há violação do art. 5.º, 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'. 4. A proteção a que se refere o art. 5.º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 05.10.1995, Red. Néri da Silveira – *RTJ 179*/225, 270)" (RE 418.416, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19.12.2006).

461 Até o fechamento desta edição a matéria estava pendente de julgamento pelo Plenário do STF.

462 "A telemática, parte da informática, é ramo do conhecimento que trata da manipulação e utilização da informação por meio do uso combinado de computador e meios de telecomunicação, para transmissão computadorizada à distância" (PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal* – teoria, crítica e práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 901).

463 "Na linguagem usada na jurisprudência do STF, **interceptação de comunicação telefônica não se confunde com quebra de sigilo telefônico**, uma vez que esta diz respeito apenas ao acesso ao registro dos contatos telefônicos, sem que se tenha conhecimento do conteúdo da comunicação" (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro*. Recife: 2005, p. 298. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/4013/arquivo5907_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 maio 2015).

464 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei

sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 128.

465 *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 848.

466 *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 220.

467 *Comentários à lei de combate ao crime organizado* – Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 88-89.

468 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 708.

469 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 598.

470 Comungando do nosso entendimento: AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 527.

471 "Aqui inevitavelmente haverá invasão estatal na vida privada do cidadão investigado, pois os seu contatos telefônicos dizem respeito à sua intimidade. Por isso apenas mediante ordem judicial fundamentada poderão tais informações ser reveladas, sob pena de violação ao disposto no art. 5.º, inciso X, da Constituição da República, e consequente ilicitude da prova colhida" (SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 108).

472 HC 237.006/DF, 6.ª Turma do STJ, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, unânime, *DJe* 04.08.2014. Nesse sentido: "[...] O **sigilo telefônico**/bancário/fiscal é um direito individual não absoluto, podendo ser **afastado** em casos excepcionais, quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante ou de elementos aptos a indicar a possibilidade de prática delituosa, **mediante decisão judicial** devidamente fundamentada, nos moldes do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal [...]" (Apelação 0023377-34.2011.4.01.3400/DF, 3.ª Turma do TRF da 1.ª Região, Rel. Carlos Olavo, unânime, *DJ* 14.10.2011).

473 HC 128.466/PR, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 19.03.2013.

474 "**O Superior Tribunal de Justiça (STJ) autorizou a quebra de sigilo telefônico** do governador do Rio de Janeiro, Luiz Fernando Pezão (PMDB), do ex-governador do estado Sérgio Cabral (PMDB) e do ex-secretário da Casa Civil Regis Fichtner em inquérito da Operação Lava Jato no qual os três são investigados. [...] O ministro Luís Felipe Salomão, relator da Lava Jato no STJ, deferiu pedido da Polícia Federal e **determinou que as operadoras de telefonia enviem informações sobre a troca de telefonemas**. [...] O pedido da PF de quebra de sigilo foi endossado pela vice-procuradora-geral da República, Ela Wiecko, responsável pela investigação dos governadores no STJ [...]". Notícia disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/06/stj-autoriza-quebra-de-sigilo-telefonico-de-pezao-e-cabral.html>.

Acesso em: 6 jun. 2015.

475 ERB é a estação fixa do serviço móvel especializado usada para radiocomunicação com estações móveis. Em termos mais simples, são antenas que viabilizam a comunicação de telefonia celular.

476 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 141. Exemplo na jurisprudência: "Francisco, que estava na cidade de Porto Feliz (**levantamento de ERB**), fez diversos contatos telefônicos com André, que confessou a prática do roubo, havendo indícios suficientes de sua ativa participação na empreitada criminosa" (RHC 62.487/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, *DJe* 16.11.2015).

477 HC 247.331/RS, 6.ª Turma do STJ, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, unânime, *DJe* 03.09.201[illegible] Conquanto seja esse o posicionamento então reinante na jurisprudência do STJ (possibilidade de "quebra da ERB" independentemente de autorização judicial), não se olvide que a Lei 13.344/2016 inseriu o art. 13-B ao CPP e fez uma miscelânea conceitual, ao dispor que: "se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, *o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão* requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso". Ora, requisições ministeriais ou policiais são ordens, que devem ser observadas pelo destinatário a despeito de autorização judicial. Logo, **essa tal *requisição, mediante autorização judicial,* é uma figura esdrúxula**, aparentemente sem precedentes. Ademais, no § 2.º do art. 13-B, o legislador disciplinou que o sinal de que fala o *caput* "deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período" (inciso II) e, em seguida, ressaltou que "para períodos superiores àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial" (inciso III). Ou seja, a obtenção do sinal dentro do período estipulado pelo inciso II é **compatível com a *requisição ministerial ou policial***, o que não ocorre quando o período for superior a 60 (sessenta) dias, hipótese em que a obtenção fica **condicionada a apresentação da *ordem judicial***. Ademais, o § 4.º do mesmo artigo preconiza que, "não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente *requisitará* às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, *com imediata comunicação ao juiz*". Criou-se, pois, a figura da **requisição condicionada a comunicação ao magistrado**, na hipótese em que a reserva de jurisdição se esvai com o decurso do prazo (!!!). Os Tribunais Superiores, por certo, serão chamados a analisar a (in)constitucionalidade desses preceptivos. Em sede doutrinária, já há quem denuncie a inconstitucionalidade: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Tráfico de pessoas*:

Lei 13.344/2016 comentada por artigos. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 123-125.

478 HC 91.867, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*-185 de 20.09.2012. No mesmo sentido: "[...] O fato de ter sido verificado o registro das últimas chamadas efetuadas e recebidas pelos dois celulares apreendidos em poder do corréu, cujos registros se encontravam gravados nos próprios aparelhos, **não configura quebra do sigilo telefônico**, pois não houve requerimento à empresa responsável pelas linhas telefônicas, no tocante à lista geral das chamadas originadas e recebidas, tampouco conhecimento do conteúdo das conversas efetuadas por meio destas linhas. É dever da Autoridade policial apreender os objetos que tiverem relação com o fato, o que, no presente caso, significava saber se os dados constantes da agenda dos aparelhos celulares teriam alguma relação com a ocorrência investigada" (HC 66.368/PA, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 29.06.2007, p. 673).

479 A diferenciação também foi realizada pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura: "No caso concreto [RHC 51.531], as autoridades policiais acessaram fotos, imagens e conversas existentes em aplicativo de mensagens instantâneas (WhatsApp) extraídas do aparelho celular do recorrente. Não se trata, portanto, de verificação de registros das últimas ligações realizadas/recebidas ou de nomes existentes em agenda telefônica, informações tipicamente encontradas nos aparelhos antigos – como nos mencionados casos examinados pelo Supremo Tribunal Federal (HC 91.867) e pelo Tribunal Supremo espanhol (*Sentencia* 115/2013, de 9 de maio de 2013) –, mas de acesso a dados mais profundamente vinculados à intimidade, somente passíveis de armazenamento nos modernos aparelhos multifuncionais".

480 Evidenciada a controvérsia sobre o tema, extrai-se do voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura (RHC 51.531) que, "pouco após a prolação da referida decisão nos EUA, a **Suprema Corte do Canadá**, ao decidir *R. v. Fearon* (2014 SCC 77, [2014] S.C.R. 621), entendeu, por maioria de 4 votos a 3, pela legitimidade do acesso pela polícia aos dados armazenados em aparelho celular, sem a necessidade de prévia ordem judicial, quando realizado tal acesso na sequência de uma prisão em flagrante".

481 Em interessantíssimo artigo jurídico sobre o tema, João Biffe Jr. e Joaquim Leitão Jr. bem sintetizam as **três gerações probatórias**: "**Direito probatório de 1.ª Geração**: a proteção constitucional aplicava-se apenas a áreas tangíveis e demarcáveis, exigindo a entrada, o ingresso e a violação de um espaço privado ou particular, com abrangência apenas de coisas, objetos e lugares. Segundo a Suprema Corte dos EUA, a correta interpretação constitucional não permitiria alargá-la além do conceito de pessoas, casas, papéis e pertences, para proibir escutar ou observar. Na primeira geração, a captação da imagem e da voz, incluindo-se a realizada por meio da interceptação telefônica, não era protegida constitucionalmente – Teoria proprietária ou *trespass theory* (*Precedente Olmstead v. United States* de 1928). **Direito probatório de 2.ª Geração**: o âmbito de proteção constitucional foi ampliado de coisas, lugares e pertences para

pessoas e suas expectativas de privacidade. A teoria proprietária, estabelecida no precedente *Olmstead* v. *United States*, foi superada, e o âmbito de proteção constitucional foi migrado de coisas, lugares e pertences para pessoas e suas expectativas de privacidade, sedimentando o entendimento de que a 4.ª Emenda estende sua proteção à gravação de declarações orais – Teoria da proteção constitucional integral (*Precedente Katz v. United States* de 1967). **Direito probatório de 3.ª Geração**: abrange as provas tecnológicas, altamente invasivas, que permitem ao Governo alcançar conhecimentos e resultados que transcendem àqueles que seriam obtidos pelos sentidos e técnicas tradicionais. A partir do precedente *Kyllo* v. *United States*, fixou-se o entendimento de que o avanço da tecnologia

482 "O princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhes os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável" (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 193).

483 "A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência" (HC 315.220/RS, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 09.10.2015).

484 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 552.

485 Ademais, em data recente, a 6.ª Turma do STJ compreendeu que "não há ilegalidade na perícia de aparelho de telefonia celular pela polícia na hipótese em que seu proprietário – a vítima – foi morto, tendo o referido telefone sido entregue à autoridade policial por sua esposa, interessada no esclarecimento dos fatos que o detinha, pois não havia mais sigilo algum a proteger do titular daquele direito" (RHC 86.076/MT, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., Rel. p/ Acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* 12.12.2017). Nas palavras do Min. Shcietti, *in casu*, **não havia mesmo a necessidade de uma ordem judicial porque, "no processo penal, o que se protege são os interesses do acusado. [...] soa como impróprio proteger-se a intimidade de quem foi vítima do homicídio, sendo que o objeto da apreensão e da investigação é esclarecer o homicídio e punir aquele que, teoricamente, foi o responsável pela morte**".

486 "2. Embora seja **despicienda ordem judicial para a apreensão dos celulares**, pois os réus encontravam-se em situação de flagrância, **as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico**, que deve abranger igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer

natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, através de sistemas de informática e telemática. *Em verdade, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados, de modo a proteger tanto o direito individual à intimidade quanto o direito difuso à segurança pública*. Precedente. 3. O art. 5.º da Constituição Federal garante a *inviolabilidade do sigilo telefônico*, da correspondência, das comunicações telegráficas e telemáticas e de dados bancários e fiscais, devendo a mitigação de tal preceito, para fins de investigação ou instrução criminal, ser precedida de autorização judicial, em decisão motivada e emanada por juízo competente (Teoria do Juízo Aparente), sob pena de nulidade. [...]" (RHC 67.379/RN, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, *DJe* 09.11.2016). E ainda: "II. Contudo, os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de envio ou recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o 'WhatsApp'), ou mesmo por correio eletrônico, dizem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, sendo, portanto, invioláveis, nos termos do art. 5°, X, da Constituição Federal. Assim, **somente podem ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial**, nos termos do art. 3° da Lei n. 9.472/97 e do art. 7° da Lei n. 12.965/14. III. **A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior** firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos ('WhatsApp'), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel" (RHC 77.232/SC, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 16.10.2017). Por fim: "[...] a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. [...] Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a **ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial**, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem **desentranhadas dos autos**" (RHC 89.981/MG, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 13.12.2017).

487 BIFFE JR., João; LEITÃO JR., Joaquim. *Conotações práticas acerca do acesso pela polícia a conversas gravadas no WhatsApp*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/09/16/conotacoes-praticas-acerca-do-acesso-pela-policia-a-conversas-gravadas-no-whatsapp/>. Acesso em: 6 out. 2016.

488 Excertos do voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura no RHC 51.531.

489 "*Só há se falar em violação do domicílio* nos casos em que o ingresso se der fora das hipóteses d 'flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial', e *sem consentimento do morador*, conforme dispõe o art. 5.º, inciso XI, da CF, *o que não se verificou no caso dos autos. No caso, a autorização foi conferida pelo filho do*

*proprietário*, que é irmão do paciente e possui escritório de advocacia no local, revela a correta observância da norma constitucional, razão pela qual não há se falar em ilicitude da prova produzida" (HC 275.698/RS, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 16.03.2016).

490 HC 55.288/MG, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira [Des. convocada do TJPE], *DJe* 10.05.2013.

491 RHC 75.800/PR, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 26.09.2016. No mesmo sentido, há um conhecido precedente do STF: "3. Não há violação do art. 5.º, 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'. 4. A proteção a que se refere o art. 5.º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador" (RE 418416, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19.12.2006). E também: "IV. No presente caso, contudo, o aparelho celular foi [a]preendido em cumprimento a ordem judicial que autorizou a busca e apreensão nos endereços ligados aos corréus, tendo a recorrente sido presa em flagrante na ocasião, na posse de uma mochila contendo tabletes de maconha. V. **Se ocorreu a busca e apreensão dos aparelhos de telefone celular, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, porquanto necessário ao deslinde do feito, sendo prescindível nova autorização judicial para análise e utilização dos dados neles armazenados**" (RHC 77.232/SC, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 16.10.2017).

492 Por *distinguishing* entende-se a diferenciação do substrato fático havida entre o precedente paradigma e o caso subsequente, que viabiliza a fixação de entendimento diverso neste último.

493 Em sua decisão, consignou o magistrado que as autoridades responsáveis pelo cumprimento das buscas poderiam, além de apreender dispositivos de bancos de dados, disquetes, CDs, DVDs ou discos rígidos, "acessar dados armazenados em eventuais computadores, arquivos eletrônicos de qualquer natureza, inclusive *smartphones*".

494 RHC 75.800/PR, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 26.09.2016.

495 Excertos do voto proferido pelo Min. Felix Fischer no RHC 75.800/PR.

496 "A hipótese de ruptura da proteção oferecida pela Constituição ao sigilo das comunicações telefônicas está prevista no texto constitucional (art. 5.º, XII) – o sigilo somente pode ser violado, por ordem judicial, nas hipóteses previstas em lei, e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Fala-se que a providência estaria submetida à reserva de jurisdição. A cláusula de reserva de jurisdição consiste em confinar ao âmbito do Judiciário a prática de certos atos que impliquem restrição a direitos individuais especialmente protegidos. A se aceitar a existência de tal cláusula, haveria poderes de investigação que apenas as autoridades

judiciais estariam legitimadas a exercer" (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.081).

497 A expressão "**crimes de catálogo**" já foi utilizada pelo STF, *in verbis*: "[...] 'crimes de catálogo' isto é, aqueles para a investigação dos quais se permite autorizar a interceptação telefônica [...]" (HC 100.524, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe*-102 de 25.05.2012).

498 Sobre o juízo competente para o deferimento do pedido de interceptação das comunicações telefônicas, há de se aplicar a **teoria do juízo aparente**, invocada pelo STF no julgamento do HC 110.496 (*DJe*-238 de 04.12.2013). Sobre o ponto, veja-se ainda: "[...] IV. Interceptação telefônica: exigência de autorização do 'juiz competente da ação principal' (L. 9296/96, art. 1.º): inteligência. 1. Se se cuida de obter a autorização para a interceptação telefônica no curso de processo penal, não suscita dúvidas a regra de competência do art. 1.º da L. 9.296/96: só ao juiz da ação penal condenatória – e que dirige toda a instrução –, caberá deferir a medida cautelar incidente. 2. Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes: aí, o ponto de partida à determinação da competência para a ordem judicial de interceptação – não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará –, haverá de ser o fato suspeitado, objeto dos procedimentos investigatórios em curso. 3. Não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal – aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão – que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas" (HC 81.260, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19.04.2002).

499 GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*: considerações sobre a Lei 9.296/96, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 12-13.

500 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 102.

501 HC 160.662/RJ, 6.ª Turma do STJ, Rel. Assusete Magalhães, unânime, *DJe* 17.03.2014.

502 A recalcitrância do WhatsApp em cumprir uma decisão de interceptação levou a Justiça brasileira a determinar a suspensão temporária do serviço no país, conforme noticiado pela *Folha de S.Paulo* em 16.12.2015: "Justiça determina bloqueio do WhatsApp em todo o Brasil por 48 horas: "A Folha apurou que a Justiça em São Bernardo do Campo quer que o WhatsApp fique fora do ar no país devido a uma investigação criminal. As autoridades que investigam o caso obtiveram autorização judicial para que o WhatsApp quebrasse o sigilo de dados trocados pelos investigados via aplicativo, mas a empresa não liberou as informações solicitadas. O bloqueio seria uma represália" (Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/12/1719934-justica-determina-bloqueio-do-whatsapp-em-todo-brasil-por-48-

horas.shtml>. Acesso em: 17 dez. 2015). Outras decisões desse jaez foram proferidas por magistrados de 1.º grau. Contudo, por identificar violações às liberdades de expressão e de manifestação com o bloqueio do aplicativo, ao apreciar a Medida Cautelar da ADPF 403 (disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF403MC.pdf>), em 19.07.2016, o Min. Ricardo Lewandowski "derrubou" a decisão proferida por uma juíza do Rio de Janeiro que interrompeu as atividades do WhatsApp, considerando-a desproporcional.

503 "Especial atenção também deve ser dispensada ao denominado ***e-mail*** **corporativo**, assim compreendida a comunicação eletrônica disponibilizada ao empregado para fins estritamente profissionais, podendo o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, daí por que não se pode considerar ilícita a prova assim obtida. Nesses casos, não há expectativa de privacidade do usuário, mormente quando advertido de que o *e-mail* se destina a mensagens profissionais. Nessa linha, como já se pronunciou o Tribunal Superior do Trabalho, 'se se cuida de *e-mail* corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a Internet e sobre o próprio provedor'. Concluiu-se, assim, que a prova obtida mediante monitoramento desse *e-mail* corporativo não é ilícita para fins de se demonstrar a justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho" (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 140).

504 HC 161.053/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma do STJ, *DJe* 03.12.2012.

505 AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 524. **Igualmente** entendendo que o art. 1.º da Lei 9.296/1996 abrange tanto a interceptação telefônica em sentido estrito como a escuta telefônica: "Ao tratar da interceptação telefônica, admitindo-a, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que fosse estabelecida em lei, para fins de investigação criminal e instrução processual penal (art. 5.°, XII, *in fine*), a Constituição Federal refere-se à interceptação feita por terceiro, sem conhecimento dos dois interlocutores ou com conhecimento de um deles" (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 137). E ainda: JESUS, Damásio Evangelista de. *Interceptação de comunicações telefônicas*. *RT 735*/458-473.

506 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: legislação penal especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4. p. 322.

507 SANCTIS, Fausto Martin de. Interceptações telefônicas e direitos fundamentais. In: AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho; BASTOS, Marcelo Lessa. *Tributo a Afrânio Silva Jardim*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 268. E ainda: GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 5.

508 SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2007. p. 37-40.

509 REsp 1.026.605/ES, 6.ª Turma do STJ, Rel. Rogério Schietti Cruz, unânime, *DJe* 13.06.2014.

510 HC 74.678, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 15.08.1997. Igualmente: "Alegação de existência de prova ilícita, porquanto a interceptação telefônica teria sido realizada sem autorização judicial. Não há interceptação telefônica quando a conversa é gravada por um dos interlocutores, ainda que com a ajuda de um repórter. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. [...]" (RE 453.562 AgR, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe*-227 de 27.11.2008).

511 Todas as considerações acerca da desnecessidade de autorização judicial para a realização de gravações ambientais aplicam-se às gravações telefônicas.

512 Apelação 001.1813-42.2003.4.03.6000, 2.ª Turma do TRF da 3.ª Região, unânime, *DE* 04.12.2014. No mesmo sentido: "[...] 4. Tanto o STF, quanto este STJ, admitem ser válida como prova a gravação ou filmagem de conversa feita por um dos interlocutores, mesmo sem autorização judicial, não havendo falar, na hipótese, em interceptação telefônica, esta sim sujeita à reserva de jurisdição [...]" (AgRg no REsp 1.196.136/RO, 6.ª Turma do STJ, Rel. Alderita Ramos de Oliveira, unânime, *DJe* 17.09.2013).

513 "Independentemente da posição doutrinária a ser adotada, certo é que a realização de escuta telefônica poderá ser determinada pela autoridade judiciária sempre que houver justa causa, por força do princípio da proporcionalidade, como se dá nos casos de gravações efetuadas pela polícia de conversas entre sequestradores e familiares da vítima, com prévia autorização destes" (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 138).

514 RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 480. No mesmo sentido: RESE 20120810055297, 2.ª Turma Criminal do TJDFT, *DJe* 10.02.2015.

515 HC 57.961/SP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Félix Fischer, *DJ* 12.11.2007.

516 "[...] a gravação clandestina será considerada ilícita quando o conteúdo da comunicação se referir a assunto que goza de sigilo profissional ou funcional protegido penalmente. Ainda que não haja proteção penal, pode tratar-se de sigilo implícito, como as intimidades que um amigo relata a outro, cuja revelação pode violar o direito fundamental à intimidade, salvo se feita para atender direito próprio ou por quem o sigilo protege" (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 520). E ainda: HC 59.967/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Nilson Naves, *DJ* 25.09.2006.

517 AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 525.

518 GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *I nterceptação telefônica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 61-62.

519 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio

Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 119-120.

520 Inq 3965, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJe*-259 de 06.12.2016. E ainda: "'Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação' (HC 83.515, Rel. Min. Nelson Jobim)" (RE 810906 AgR, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe*-181 de 14.09.2015).

521 "Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova" (Inq-QO-QO 2.424, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Cezar Peluso, publ. 24.08.2007).

522 AgRg no RMS 43.329/RS, 6.ª Turma do STJ, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, unânime, *DJe* 21.10.2013.

523 HC 102.293, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe*-239 de 19-12-2011. E ainda: RMS 16.429/SC, 6.ª Turma do STJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 23.06.2008.

524 REsp 1.163.499/MT, 2.ª Turma do STJ, Rel. Mauro Campbell Marques, unânime, *DJe* 08.10.2010. No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.299.314/DF, 2.ª Turma do STJ, Rel. Og Fernandes, unânime, *DJe* 21.11.2014.

525 MS 154962-04.2013.8.09.0000, Seção Criminal do TJGO, Rel. Des. Edison Miguel da Silva Jr., *DJe* 1.407 de 14.10.2013. E ainda: "Concederam a segurança, ratificando-se a liminar anteriormente concedida, para autorizar o compartilhamento das interceptações telefônicas realizadas no procedimento n.º 609/2009, ficando permitida sua utilização nos autos da ação civil pública n.º 711/2010, ambos em trâmite perante a Vara Única da Comarca de Bariri, determinando-se o segredo de justiça em relação aos documentos que instruem este *mandamus*, devendo ater-se também, com relação à prova emprestada, o disposto no artigo 8.º e seu parágrafo da Lei n.º 9.296/96. V. U." (MS 990.10.469376-4, 15.ª Câmara de Direito Criminal do TJSP, Des. J. Martins, j. 28.10.2010).

526 "O fenômeno da serendipidade, consistente na *descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação* e, por isso, também é conhecida como 'descoberta casual' ou 'encontro fortuito', é perfeitamente compatível com nosso ordenamento jurídico, inexistindo a apontada nulidade" (Apelação 000.3043-81.2009.4.03.6119, 11.ª Turma do TRF da 3.ª Região, *DE* 08.01.2015).

527 "Nosso direito admite o fenômeno da serendipidade nas interceptações telefônicas, ou seja, a *descoberta de crimes praticados por terceiros não investigados* no procedimento que deu origem ao monitoramento" (Processo 1277250-4, 3.ª Câmara Criminal do TJPR, *DJ* 25.02.2015).

E ainda: "Não há falar, ainda, em inadmissibilidade da utilização como prova, do encontro fortuito nas interceptações telefônicas legalmente autorizadas, uma vez que a jurisprudência desta Corte Superior, tem admitido a serendipidade, ou seja, a *descoberta de crimes praticados por terceiros não investigados no procedimento que deu origem à interceptação*" (HC 210.351/PR, 6.ª Turma do STJ, Rel. Marilza Maynard, *DJe* 01.09.2014).

528 Damásio de Jesus (*Interceptação de comunicações telefônicas, RT 735*/458-473) sustenta que o encontro fortuito não é válido como prova em nenhuma hipótese.

529 Para Vicente Greco Filho, o encontro fortuito é válido "desde que a infração pudesse ser ensejadora de interceptação, ou seja, não se encontre entre as proibições do art. 2.º da Lei n. 9.296/96, e desde que seja fato relacionado com o primeiro, ensejando concurso de crimes, continência ou conexão. O que não se admite é a utilização da interceptação em face de fato de conhecimento fortuito e desvinculado do fato que originou a providência" (GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*: considerações sobre a Lei 9.296/96, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 21-22).

530 BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal – entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: RT, 2009. p. 58-59.

531 Igualmente, entendendo que a admissibilidade da prova fortuita "deve ocorrer não apenas para o crime conexo, mas para outros delitos sem conexão", a doutrina de ÁVILA, Thiago André Pierobom. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 220-221.

532 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro*. Recife: 2005. p. 493. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/4013/arquivo5907_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 maio 2015.

533 HC 300.684/RS, 5.ª Turma do STJ, Rel. Félix Fischer, *DJe* 25.03.2015.

534 Excertos do voto do Min. João Otávio de Noronha, proferido na APn 690/TO (Corte Especial do STJ, *DJe* 22.05.2015), de cuja ementa extrai-se: "Durante a interceptação das conversas telefônicas, podem-se divisar fatos diversos daqueles que a ensejaram. Princípio da serendipidade".

535 AgRg no Agravo em REsp 233305/RS, 5.ª Turma do STJ, Rel. Jorge Mussi, unânime, *DJe* 01.08.2013. No mesmo sentido: "O Estado não pode quedar-se inerte ao tomar conhecimento de suposta prática de crime. Assim, **o encontro fortuito** de notícia de prática delituosa durante a realização de interceptações de conversas telefônicas devidamente autorizadas **não exige a conexão entre o fato investigado e o novo fato** para que se dê prosseguimento às investigações quanto ao novo fato" (APn 510/BA, Corte Especial do STJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 17.03.2014). E ainda: HC 69.552/PR, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Félix Fischer, *DJ* 14.05.2007; AP 536/ BA, Corte Especial do STJ, Rel. Eliana

Calmon, unânime, *DJe* 04.04.2013; HC 197.044/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 23.09.2014.

536 Tal como se extrai do voto do Min. Luiz Fux no julgamento do RHC 120.379 (1.ª Turma do STF, *DJe*-210 de 24.10.2014).

537 "O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5.º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção" (AI 626.214 AgR, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe*-190 de 07.10.2010).

538 GOMES, Luiz Flávio. *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas*. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-se-rendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas?ref=topic_feed>. Acesso em: 20 jun. 2015. No mesmo sentido: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 519-520.

539 Por ocasião do recente julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937 (em 31.05.2017), a maioria dos Ministros do Plenário do STF conferiu uma **interpretação restritiva ao instituto do foro privilegiado**, alterando a compreensão da própria Corte sobre o assunto. Na oportunidade, capitaneados pelo Min. Luís Roberto Barroso (relator), foram fixadas as seguintes **teses**: "**(i)** O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e **(ii)** Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo" (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 26 fev. 2018).

540 "Quando o magistrado de 1.º grau autorizou a quebra do sigilo bancário e fiscal das pessoas físicas e jurídicas investigadas, **ainda não havia qualquer indício da participação ativa e concreta de agente político ou autoridade detentora de prerrogativa de foro nos fatos sob investigação**. Fatos novos, posteriores àquela primeira decisão, levaram o magistrado a declinar de sua competência e remeter os autos ao Supremo Tribunal Federal. Recebidos os autos, no Supremo Tribunal Federal, o então Presidente da Corte, no período de férias, reconheceu a competência do Supremo Tribunal Federal e **ratificou as decisões** judiciais prolatadas pelo magistrado de primeiro grau nas medidas cautelares de busca e apreensão e afastamento do sigilo bancário distribuídas por dependência ao inquérito. Rejeitada a preliminar de nulidade das decisões proferidas pelo juiz de 1.ª Instância" (Inq 2.245, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe*-139 de 09.11.2007).

541 SALGADO, Daniel de Resende. Considerações acerca dos conhecimentos ao acaso a partir das interceptações telefônicas e o foro por prerrogativa de função no STF – análise dogmática e dos precedentes da Suprema Corte. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 314 e 326.

542 AP 871 QO, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJe*-213 de 29.10.2014. No mesmo sentido: "A decisão pela manutenção da unidade de processo e de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal ou pelo desmembramento da ação penal está sujeita a questões de conveniência e oportunidade, como permite o art. 80 do Código de Processo Penal" (Emb. Decl. no Inq. 3.412/AL, Tribunal Pleno do STF, Rel. Rosa Weber, *DJe* 08.10.2014).

543 "[...] é possível afirmar que somente em um claro contexto fático do qual se possa com segurança depreender, a partir dos diálogos dos investigados com pessoa detentora de foro especial, que há **indícios concretos de envolvimento** dessa pessoa com a prática de crime(s), será imperativo o envio dos elementos de informação ao tribunal competente" (excertos do voto proferido pelo Min. Rogério Schietti, por ocasião do julgamento do HC 307.152 de 17.11.2015, que redundou na manutenção do processamento da Ação Penal movida pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra o ex-Senador Demóstenes Torres).

544 "A simples **menção do nome** de autoridades, em conversas captadas mediante interceptação telefônica, não tem o condão de firmar a competência por prerrogativa de foro. Inexiste violação do art. 5.º, XII, da CF/88 e à Lei n.º 9.296/96, porquanto os inquéritos foram remetidos ao STJ assim que **confirmados indícios de participação** de autoridades em condutas criminosas. Precedentes" (APn 675/GO, Corte Especial do STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 21.02.2013).

545 GOMES, Luiz Flávio. *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas*. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-seren-dipidade-nas-interceptacoes-telefonicas?ref=topic_feed>. Acesso em: 20 jun. 2015. No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 159; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 519-520; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 624.

546 SALGADO, Daniel de Resende. Considerações acerca dos conhecimentos ao acaso a partir das interceptações telefônicas e o foro por prerrogativa de função no STF – análise dogmática e dos precedentes da Suprema Corte. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 324-328.

547 HC 307.152/GO, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., Rel. p/ Acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* 15.12.2015.

548 "A simples menção de nomes de parlamentares, por pessoas que estão sendo investigadas em inquérito policial, não tem o condão de ensejar a competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento do inquérito, à revelia dos pressupostos necessários para tanto dispostos no art. 102, I, *b*, da Constituição. Agravo regimental improvido" (Rcl 2.101 AgR, Rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno do STF, *DJ* 20.09.2002). E ainda: "[...] a simples menção ao nome de autoridades detentoras de prerrogativa de foro, seja em depoimentos prestados por testemunhas ou investigados, seja na captação de diálogos travados por alvos de censura telefônica judicialmente autorizada, assim como a existência de informações, até então, fluidas e dispersas a seu respeito, são insuficientes para o deslocamento da competência para o juízo hierarquicamente superior. Para que haja a atração da causa para o foro competente, é imprescindível a constatação da existência de indícios da participação ativa e concreta do titular da prerrogativa em ilícitos penais" (RHC 135.683, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 25.10.2016).

549 SALGADO, Daniel de Resende. Considerações acerca dos conhecimentos ao acaso a partir das interceptações telefônicas e o foro por prerrogativa de função no STF – análise dogmática e dos precedentes da Suprema Corte. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 328.

550 Excertos da manifestação subscrita pelo Subprocurador-Geral da República, Edson Oliveira de Almeida, lançada no RHC 135.683.

551 Por Demóstenes Torres ser membro do MP-GO, com a cassação de seu mandato de senador, o TJ GO passou a ser o foro competente para julgar os fatos a ele imputados.

552 RHC 135.683, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 25.10.2016.

553 RHC 135.683, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 25.10.2016.

554 RHC 135.683, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 25.10.2016.

555 Trecho da notícia intitulada "2.ª Turma invalida interceptações ilegais em ação penal contra Demóstenes Torres". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328082>. Acesso em: 26 out. 2016.

556 Cf. BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal – entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: RT, 2009. p. 63-64. Igualmente: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1, p. 502.

557 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 161-162.

558 Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: legislação penal especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4, p. 328. Ainda: CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*: Lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: RT, 1997. p. 209.

559 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1, p. 503.

560 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 161.

561 Cf. BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal – entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: RT, 2009. p. 33.

562 Excertos de notícia veiculada no *site* do STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64514>. Acesso em: 9 dez. 2015.

563 GOMES, Luiz Flávio. *I nterceptação telefônica "de ofício": inconstitucionalidade*. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 43, maio/jun. 2015. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

564 "[...] A interceptação telefônica é subsidiária e excepcional e só deve ser determinada quando não houver outro meio para se apurar os fatos tidos por criminosos, nos termos do art. 2.º, II, da Lei n.º 9.296/1996. [...]" (HC 131.225/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Sebastião Reis Júnior, unânime, *DJe* 16.09.2013).

565 AVENA, Norberto. *Interceptação telefônica por prospecção*. Disponível em: <http://www.norbertoavena.com.br/noticia.php/intercepta-o-telef-nica-por-prospec-o-16>. Acesso em: 3 dez. 2015.

566 GOMES, Luiz Flávio. *Legislação criminal especial*. São Paulo: RT, 2009. p. 437.

567 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. 136.

568 "Se existir outro meio, mas este for de extrema dificuldade de produção, na prática a autorização poderá ser concedida" (CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: legislação penal especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4, p. 328).

569 HC 113.597/SP, 2.ª Turma do STF, Rel. Ricardo Lewandowski, unânime, *DJe* 19.08.2013. No mesmo sentido: "É lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como **único meio de prova**, à apuração de fato delituoso" (Inq 2.424, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJe*-055 de 26.03.2010).

570 Igualmente: "[...] **à defesa cabe demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos alternativos** às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida foi requerida, sob pena de a utilização da escuta telefônica se tornar absolutamente inviável, já que o órgão responsável pelas investigações apresentou justificativas plausíveis para a excepcional utilização da interceptação telefônica" (HC 148.413/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., *DJe* 01.09.2014).

571 RHC 37.209/BA, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, *DJe* 21.11.2013. E ainda: HC 148.413/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., *DJe* 01.09.2014.

572 Apelação 2005.51.01.515714-0/RJ (8836), 1.ª Turma Especializada do TRF da 2.ª Região, *e-DJF2R* 06.05.2014.

573 HC 186.118/RS, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., *DJe* 29.10.2014. Nesse sentido: HC 144.137/ES, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 31.08.2012.

574 "4. A interceptação telefônica pode levar à constatação de outros crimes (além do previsto no art. 288 do CP, com base no qual houve a decretação da medida), sendo válida a interceptação como meio de prova para os outros delitos, mesmo os apenados com detenção, tendo em vista que todos esses crimes estavam insertos na finalidade da investigação. 5. No caso, apurava-se a existência de uma quadrilha supostamente formada para fraudar licitações, o que acabou levando a autoridade policial a descobrir a suposta prática de crimes de corrupção e de alguns delitos previstos na Lei n.º 8.666/93, todos eles cometidos no mesmo contexto da quadrilha, de modo a revelar a total regularidade da interceptação telefônica como meio de prova desses crimes" (Apelação 2005.51.01.515714-0/RJ (8836), 1.ª Turma Especializada do TRF da 2.ª Região, *e-DJF2R* 06.05.2014).

575 Ademais, "há doutrinadores (Geraldo Prado, *v.g* .) que argumentam que o limite máximo seria de 60 dias. Vejamos: quando decretado o estado de defesa (CF, art. 136), o Presidente da República pode limitar o direito ao sigilo de comunicação telegráfica e telefônica. Esse estado não pode superar o prazo de 60 dias (CF, art. 136, § 2.º). Se durante o estado de defesa a limitação não pode durar mais de 60 dias, em estado de normalidade esse prazo não pode ser maior. Em sentido contrário pode-se dizer o seguinte: o limite de 60 dias vale para situação excepcional. Durante a normalidade, tendo em vista o controle judicial da medida, não há que se falar em prazo máximo" (GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica "de ofício": inconstitucionalidade. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 43, maio-jun. 2015).

576 HC 119.770/BA, 2.ª Turma do STF, Rel. Gilmar Mendes, unânime, *DJe* 23.05.2014.

577 ROHC 113.721/PR, 2.ª Turma do STF, Rel. Teori Zavascki, unânime, *DJe* 08.05.2015.

578 HC 144.136/SP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Gurgel de Faria, *DJe* 08.09.2015. Nesse sentido: "3. Admite-se prorrogação sucessiva de interceptação telefônica, se os fatos forem 'complexos e graves' (Inq. 2.424, Relator Ministro Cezar Peluso, *DJ* 26.03.2010) e as decisões sejam 'devidamente fundamentas pelo juízo competente quanto à necessidade de prosseguimento das investigações' (RHC 88.371, Relator o Ministro Gilmar Mendes, *DJ* 02.02.2007). 4. O período das escutas telefônicas autorizadas e o número de terminais alcançados subordinam-se à necessidade da investigação e ao princípio da razoabilidade" (ROHC 108.496/RJ, 2.ª Turma do STF, Rel. Cármen Lúcia, unânime, *DJe* 10.03.2014).

579 ROHC 116.166/SP, 2.ª Turma do STF, Rel. Gilmar Mendes, unânime, *DJe* 27.06.2014. Nesse

sentido: "É legítima a prorrogação de interceptações telefônicas, desde que a decisão seja devidamente fundamentada e observe o art. 5.º, XII, da Constituição Federal e a Lei 9.296/96. Eventual referência às decisões pretéritas não traduz motivação deficiente quando demonstrado que as razões iniciais legitimadoras da interceptação subsistem e o contexto fático delineado pela parte requerente indique a sua necessidade, como único meio de prova, para elucidação do fato criminoso" (ROHC 108.926/DF, 2.ª Turma do STF, Rel. Teori Zavascki, unânime, *DJe* 10.03.2015).

580 Apelação 0006087-57.2005.404.7110, 7.ª Turma do TRF da 4.ª Região, unânime, *DE* 03.02.2015.

581 "O prazo de duração da interceptação deve ser avaliado pelo Juiz da causa, considerando os relatórios apresentados pela Polícia" (RHC 13.274/RS, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 29.09.2003).

582 ARAS, Vladimir. *Grampos telefônicos: Pororoca contra Furacão*. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2013/02/12/grampostelefonicospororocacontrafuracao/>. Acesso em: 19 jun. 2015.

583 Ag. Reg. no ROHC 114.741/ES, 2.ª Turma do STF, Rel. Gilmar Mendes, unânime, *DJe* 13.10.2014. Nesse sentido, vale conferir alguns excertos do voto do Min. Luís Roberto Barroso, proferido no julgamento do HC 117.000: "Devo dizer que acho que **o garantismo, o direito de as partes bem se defenderem, não deve se degenerar numa eternização do processo, nem em uma garantia de impunidade**. De modo que, se a transcrição de quarenta mil horas é faticamente impossível, acho que é imperativo trabalhar-se com essa realidade. […] **Se o Ministério Público considerou as transcrições disponíveis suficientes para a acusação e cabe a ele fazer a prova, eu estou satisfeito** e penso que, na medida em que o Advogado recebe a mídia e pode também identificar se há erro na transcrição, **se há imprecisão no resumo e ele próprio transcrever as partes relevantes para a sua defesa**, eu, em linha de princípio, ficaria satisfeito, porque penso que a decisão contrária poderia inviabilizar a persecução penal. Portanto, para mim, **o nosso compromisso deve ser com o direito de defesa, mas não com nenhuma solução que inviabilize a persecução penal onde ela deva ocorrer**".

584 HC 266.089/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, unânime, *DJe* 04.02.2015. Ainda: HC 276.227/TO, 6.ª Turma do STJ, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, unânime, *DJe* 27.02.2015.

585 "Informações financeiras: são aquelas referentes à movimentação financeira do investigado, por exemplo, empréstimos financeiros, gerenciamento de risco de crédito ou investimentos, crediários, consórcios, [...] informações extraídas do cartão de crédito do investigado etc." (CONSERINO, Cassio Roberto. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 58).

586 "Informações bancárias: são aquelas relacionadas com a movimentação bancária, ou seja, extratos

de contas-correntes, de poupanças, de aplicações em fundos de investimentos, inclusive ações" (CONSERINO, Cassio Roberto. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 57).

587 "Informações fiscais: são aquelas prestadas ao fisco federal, estadual ou municipal, pelas pessoas físicas ou jurídicas" (CONSERINO, Cassio Roberto. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 57).

588 "A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas" (HC 70.814, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 24.06.1994).

589 Ag. Reg. no HC 125.585/PE, 2.ª Turma do STF, Rel. Cármen Lúcia, unânime, *DJe* 19.12.2014. No mesmo sentido: "o direito ao sigilo das informações bancárias e fiscais, eminentemente de caráter individual, não é absoluto, podendo ser mitigado em face do interesse público, quando restarem evidenciadas circunstâncias que justifiquem a sua restrição" (RMS 22.761/ BA, 5.ª Turma do STJ, Rel. Laurita Vaz, unânime, *DJe* 17.12.2010). Ainda: TAVARES, Juarez. A violação do sigilo bancário em face da proteção da vida privada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 1, jan.-mar. 1993, p. 107.

590 Uma nova forma de acesso a dados bancários, que visa alcançar não apenas o "passado", mas também as operações bancárias que forem se consumando em determinado período a ser fixado na decisão cautelar, foi muito bem exposta no trabalho: MARQUES, Denis Augusto Bimbati. Acesso imediato aos dados de futuras operações bancárias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4.182, 13 dez. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/31503>. Acesso em: 2 jul. 2015.

591 Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 73. Nesse sentido: "1. *O direito ao sigilo financeiro não é absoluto* e pode ser mitigado quando houver interesse público, por meio de autorização judicial suficientemente fundamentada, na qual se justifique a providência para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, lastreada em indícios de prática delitiva. 2. **Não há ilegalidade na quebra de sigilo bancário e *fiscal*** da recorrente por longo período, **autorizada por autoridade judicial** no curso de inquérito policial, com alusão a indícios de seu suposto envolvimento em associação criminosa voltada à prática de estelionatos por quase uma década, desde o ano de 2005" (RMS 51.152/ SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6.ª Turma do STJ, *DJe* 13.11.2017).

592 O STF (ACO n.º 730, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 11.11.2005) entendeu possível, dentro do âmbito de suas competências estaduais, a determinação de quebra de sigilo bancário por CPI de Assembleia Legislativa Estadual.

593 RHC 44.909/PE, 5.ª Turma do STJ, Rel. Jorge Mussi, unânime, *DJe* 25.09.2014.

594 "As informações constantes no processo administrativo não foram obtidas por quebra de sigilo bancário mas sim através do sistema *'Dossiê Integrado', que não possui natureza bancária e cujo acesso, por conseguinte, não necessita de prévia autorização judicial*" (AC 200983000016278, 2.ª Turma do TRF da 5.ª Região, Des. Federal Fernando Braga, *DJE* de 01.08.2013).

595 "Sem aprofundar a discussão, o poder requisitório do Ministério Público, em relação à situação econômico-financeira do investigado na Secretaria da Receita Federal, encontra respaldo no art. 198, § 1º, II, do Código Tributário Nacional (CTN), alterado pela Lei Complementar n. 104/2001 [...]" (CARDOSO NETO, Lauro Pinto; VELOSO, Eduardo Gazzinelli. *Quebra de sigilos fiscal e bancário*: ferramentas para o aprimoramento do acesso a dados protegidos. Brasília: ESMPU, 2006, p. 24).

596 "[...] QUEBRA DE SIGILO FISCAL REALIZADA DIRETAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REQUISIÇÃO DE CÓPIAS DE DECLARAÇÕES DE IMPOSTO DE RENDA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que 'a intervenção penal constitui incursão qualificada em direitos individuais protegidos no art. 5.º, incisos X e XII, da Constituição da República. Por explícito mandamento constitucional, a quebra de sigilo bancário ou fiscal de pessoa física ou jurídica não pode ser realizada à revelia da atuação do Poder Judiciário para fins de investigação criminal ou para subsidiar a *opinio delicti* do *Parquet*, sendo nitidamente ilícitas, no caso, as provas remetidas pela Receita Federal do Brasil diretamente ao Ministério Público, com posterior oferecimento de denúncia' [...]. Precedentes" (AgRg no REsp 1348076/PR, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 10.12.2015).

597 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 77-79.

598 PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal* – teoria, crítica e práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 947-948.

599 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 359. No ponto, Pacelli lembra a lição de José Adércio Leite Sampaio: "Na Bélgica, por exemplo, tanto os juízes, quanto os procuradores do rei, auditores militares, polícia judiciária ou autoridades fiscais, monetárias e financeiras podem ter acesso às informações bancárias de um determinado correntista. Na França, as leis permitem aos agentes fiscais terem acesso a documentos confidenciais das empresas, aí incluídos os bancos [...]. Assim também na Alemanha, Holanda, Itália e Espanha, defere-se poder análogo ao Fisco e ao Juiz" (op. cit., p. 358).

600 AgRg no HC 234.857/RS, 5.ª Turma do STJ, Rel. Laurita Vaz, unânime, *DJe* 08.05.2014. Com o mesmo pensar, Juarez Tavares (A violação do sigilo bancário em face da proteção da vida privada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 1, jan.-mar. 1993, p. 108), para quem "a

norma do art. 129 da Carta Magna deve ser interpretada em consonância com o disposto no art. 5.º, LIV, onde se exige a observância do devido processo legal para se exercer contra alguém qualquer medida de limitação ou supressão da liberdade. Como a violação do sigilo bancário implica, evidentemente, em ameaça ou lesão à própria liberdade individual, sua determinação somente pode ser efetuada, sob as garantias do devido processo legal, evidentemente não basta para tal efeito o simples ato do MP, mas ordem judicial fundamentada (art. 93, IX, CF)".

601 Portanto, "em se tratando de investigação que envolva dinheiro ou verbas públicas, pode o Ministério Público requisitar informações diretamente à instituição financeira, independentemente de autorização judicial. A alegação de que os recursos já haviam ingressado em contas particulares não justifica a recusa no atendimento à requisição, isso porque a irregularidade investigada era exatamente o desvio de tais recursos, com destinação ilegal para as contas pessoais de terceiros. [...]" (Apelação 126.337-5/188, 3.ª Câmara Cível do TJGO, Apelante: Bradesco, Apelado: MP, Rel. Des. João Waldeck Félix de Sousa, unânime, *DJ* 209 de 05.11.2008).

602 RHC 133118/CE, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 26.9.2017 (*Informativo 879 STF*).

603 HC 308.493/CE, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 26.10.2015. Igualmente: "Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar n.º 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal" (MS-33.340, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 03.08.2015).

604 HC 243.034/SP, 5.ª Turma do STJ, unânime, *DJe* 02.09.2014. Igualmente: "O Superior Tribunal d Justiça não admite que os dados sigilosos obtidos diretamente pela Secretaria da Receita Federal sejam repassados ao Ministério Público ou à autoridade policial, para fins investigação criminal ou instrução processual penal, pois não precedida de autorização judicial" (REsp 1406055/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6.ª Turma do STJ, *DJe* 14.11.2017). E ainda: RHC 65.436/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5.ª Turma do STJ, *DJe* 23.08.2017.

605 RHC 46.571/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, *DJe* 03.10.2016.

606 HC 258.460/SP, 6.ª Turma do STJ, *DJe* 18.08.2014. Nesse sentido: "Consoante precedentes da Sexta Turma, para fins penais, *a Receita Federal não pode compartilhar os dados bancários dos contribuinte obtidos sem prévia autorização judicial*" (AgRg no RHC 63.057/SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* 21.06.2016).

607 RHC 52.067/DF, 5.ª Turma do STJ, Rel. Jorge Mussi, unânime, *DJe* 03.02.2015. E ainda: "1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 610.314 (repercussão geral), decidiu pela *desnecessidade de prévia autorização judicial* para a quebra de sigilo bancário *para fins de constituição de crédito tributário*. 2. *No âmbito do processo criminal, todavia, é inequívoco que o envio de tais informações obtidas pelo Fisco ao Ministério Público e o oferecimento de*

*denúncia com base nesses dados constitui quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial, o que é efetivamente vedado no ordenamento jurídico*. 3. Para investigação criminal, a invasão de privacidade deve ser *necessariamente* submetida à avaliação do magistrado competente, é dizer, submetida à reserva de jurisdição. 4. Ordem concedida para, reconhecendo írrita a prova decorrente da quebra de sigilo bancário, declarar nula a denúncia e o processo penal, bem assim a condenação do ora paciente, ressalvando a possibilidade de nova persecução penal ser intentada com base em elementos lícitos" (HC 393.824/RS, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 24.08.2017).

608 Que também se aplica aos Ministérios Públicos estaduais, *ex vi* do art. 80 da Lei 8.625/1993 ("Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União").

609 Nesse sentido: "1. Interpretação do art. 5.º, X, da Constituição que deve guardar consonância com a realidade atual. Vivemos momento de alastramento da corrupção e da criminalidade organizada como um todo, inclusive do terrorismo, de maneira que os órgãos de investigação devem ser fortalecidos nas suas funções. 2. Por outro lado, a Constituição de 1988 e a Lei Complementar 75/93, que organiza o Ministério Público da União, garantiram ao órgão a possibilidade de requisitar informações e documentos nos seus procedimentos investigatórios (CF, art. 129, VI e VIII; LC 75/93, art. 8.º, II, IV, V e VII). A referida Lei Complementar é explícita em afastar o sigilo, que fica transferido ao Ministério Público (art. 8.º, II). 3. Elevado estatuto jurídico dos membros do Ministério Público na nova ordem constitucional, equiparável ao da magistratura, que de forma objetiva põe seus membros ao abrigo de injunções políticas e outras formas de pressão que poderiam macular uma atuação isenta e voltada à consecução do interesse público. 4. Supremo Tribunal Federal que já reconheceu a possibilidade de o Ministério Público investigar crimes de forma direta - o chamado poder investigatório do Ministério Público em matéria penal. 5. Estatuto jurídico e conjunto de funções desempenhadas pelo Ministério Público que estão a propiciar analogia com o tratamento dispensado, em matéria de sigilo bancário, aos agentes da Receita Federal. **Se a Receita Federal, com atribuições relevantes, mas certamente não mais que aquelas desempenhadas pelo *Parquet*, pode requisitar diretamente dados bancários, por que não poderia fazê-lo o próprio Ministério Público?** O Ministério Público estaria para tal amparado na Constituição e nas disposições da referida Lei Complementar. 6. Instrumentos internacionais e organizações de que o Brasil faz parte aconselham firmemente a flexibilização do sigilo bancário como forma de aprimorar o combate à criminalidade organizada. Nesse sentido, a Recomendação n.º 9 do GAFI-Grupo de Ação Financeira - organização internacional encarregada do combate à lavagem de dinheiro em âmbito mundial -, além de manifestações específicas que já foram dirigidas ao Brasil. 7. Órgãos de direção do Ministério Público, em todos os seus ramos, que se têm empenhado para regular a atuação investigatória dos seus membros, de maneira a evitar abusos - como é o caso da

Resolução n.º 77 do Conselho Superior do Ministério Público Federal, que, por exemplo, proíbe a expedição de intimações e requisições sem que seja instaurado procedimento investigatório formal. 8. Ordem denegada" (HC 0020412-68.2016.4.03.0000/SP, 5.ª Turma do TRF da 3.ª Região, Rel. Des. Paulo Fontes, *DE* 15.02.2017).

610 Disponível em: <http://www.pgr.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/informativo-no-7-de-23-07-2015/docs/RE%20601314%20-%20sigilo%20bancario%20-%20repercussao%20geral%20-%20ASC-CD.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2016.

611 Por amostragem: ARE 841.344-AgR (2.ª Turma do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 15.02.2017) E as seguintes decisões monocráticas: ARE 987.248-AgR (Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* 17.03.2017), RE 1.090.776 (Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento: 22.11.2017), RE 1.043.799 (Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento: 17.10.2017), RE 947.296 (Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 13.04.2016) e RE 1.073.398 (Rel. Min. Luiz Fux, julgamento: 29.11.2017).

612 Nesse sentido: "Ademais, a teor do art. 198, § 3.º, inciso I, do Código Tributário Nacional (com redação dada pela Lei Complementar 104/2001), não é vedada a divulgação de informações, para representação com fins penais, obtidas por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. Dessa maneira, **sendo legítimo os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo administrativo fiscal, mostra-se lícita sua utilização para fins da persecução criminal**. Sobretudo, quando se observa que a omissão da informação revelou a efetiva supressão de tributos, demonstrando a materialidade exigida para configuração do crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, **não existindo qualquer abuso por parte da Administração Fiscal em encaminhar as informações ao *Parquet***" (ARE 953.058, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 30.05.2016).

613 "No caso dos autos, inexiste qualquer ilegalidade na quebra do sigilo bancário dos acusados, uma vez que a medida foi realizada para a obtenção de provas em investigação em curso nos Estados Unidos da América, tendo sido implementada de acordo com as normas do ordenamento jurídico lá vigente, sendo certo que a documentação referente ao resultado da medida invasiva foi posteriormente compartilhada com o Brasil por meio de acordo existente entre os países" (HC 231.633/PR, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 03.12.2014).

614 Acerca do assunto, veja-se o disposto nos arts. 14 da Lei 9.613/1998: Art. 14. *É criado, no âmbit do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, com a finalidade de* disciplinar, aplicar penas administrativas, *receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas* previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

615 CARDOSO NETO, Lauro; VELOSO, Eduardo Gazzinelli. *Quebra de sigilos fiscal e bancário*: ferramentas para o aprimoramento do acesso a dados protegidos. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 40.

616 AC 3872 AgR, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJe*-228 de 13.11.2015. No mesmo sentido: "No caso, a quebra de sigilo fiscal e bancário foi **medida subsidiária** e imprescindível à continuidade das investigações. A mitigação do sigilo dos Recorrentes, decretada de modo **complementar a outros meios de provas**, foi balizada por depoimentos testemunhais, interceptações telefônicas, e por relatório elaborado pelo COAF, tudo a apontar para indícios de incompatível movimentação bancária, inexplicável evolução patrimonial, entre outras irregularidades" (RMS 35.410/SP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 05.11.2013). E ainda: "A quebra dos sigilos bancário e fiscal fundou-se no suporte probatório prévio e justificou a indispensabilidade da prova. [...] 4. Não foi o decreto de quebra dos sigilos baseado unicamente no relatório do COAF, pois **foram previamente realizadas outras provas menos invasivas**, como a tomada de declarações de Ana Lúcia Pinto Soares e Cláudia Vieira Santos Rodrigues, além do chamamento por diversas vezes dos representantes legais da sociedade Mutreco Bar e Lanchonete LTDA., que não compareceram espontaneamente para prestar esclarecimentos" (RHC 42.121/RJ, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, *DJe* 26.09.2016).

617 HC 191.378/DF, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., *DJe* 05.12.2011.

618 HC 191.378/DF, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., *DJe* 05.12.2011.

619 Excertos do voto proferido pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora do RMS 38.060/SP, 6.ª Turma do STJ, *DJe* 20.02.2014.

620 Excertos do voto proferido pelo Min. Rogerio Schietti no RMS 38.060/SP, 6.ª Turma do STJ, *DJe* 20.02.2014.

621 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. 139-140.

622 A Lei 13.441/2017 modificou a Lei 8.069/1990 para tratar da "infiltração de agentes de polícia na *internet* com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente". **A Lei 12.850/2013, por seu turno, disciplinou a infiltração policial como *gênero*, de modo a contemplar as espécies: *infiltração presencial* e *infiltração virtual***. Ou seja, a Lei 12.850/2013 "não trata de forma específica sobre a infiltração na *internet*, mas ao prever a infiltração de forma genérica, abarca tanto o mundo físico e o virtual. Desse modo, além do rol do art. 190-A do ECA, é possível também a infiltração de agentes policiais na *internet* nos seguintes casos tratados pela Lei n.º 12.850/2013: *Infrações penais praticadas por organização criminosa; *Infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a

execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; *Organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional" (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à infiltração de agentes de polícia na internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente*. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2017/05/comentarios-infiltracao-de-agentes-de.html>. Acesso em: 08 nov. 2017). Ainda sobre a questão, veja-se: SILVA, Danni Sales. Da validade processual penal das provas obtidas em sites de relacionamento e a infiltração de agentes policiais no meio virtual. *RBCCrim*, São Paulo, ano 24, n. 120, maio-jun. 2016.

623 SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 92.

624 Ley de Enjuiciamiento Criminal. "Artículo 282 bis. 1. A los fines previstos en el artículo anterior 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. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad". Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l2t3.html#a282b>. Acesso em: 23 jun. 2015.

625 "Nos Estados Unidos é a técnica mais utilizada pelo DEA (*Drug Enforcement Administration*) e outros organismos policiais. Sem ela, seria impossível penetrar e conduzir investigações contra as mais sofisticadas organizações de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro no mundo" (PACHECO, Rafael. *Crime organizado* – medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2011. p. 108).

626 Ley 23.737: "Art. 31 Bis. Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta: [...]. Art. 31 Ter. No será punible el agente encubierto que como consecuencia necesaria del

desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro. [...]". Disponível em: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/138/texact.htm>. Acesso em: 23 jun. 2015.

627 A sistemática da Lei do Crime Organizado sobre a *infiltração de agentes* também se aplica no âmbito da **Lei de Terrorismo** (Lei 13.260, art. 16) e no que importa ao **Tráfico de Pessoas** (Lei 13.344/2016, art. 9.º).

628 SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Rio d Janeiro: RT, n. 42, p. 224, jan.-mar. 2003. Em posição diametralmente oposta, Rafael Pacheco (*Crime organizado* – medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2011. p. 110) crê "precipitada a atribuição de uma moral duvidosa" à medida, "uma vez que, ao menos no Brasil, a infiltração, igualmente a outros institutos que restringem garantias e direitos constitucionais, está submetida ao controle e amparada por ordem de um juiz competente".

629 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Também em matéria processual provoca inquietação a Lei Anti-Crime Organizado. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 10, p. 1, 1994.

630 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 875.

631 SICA, Leonardo. Infiltração de agentes: posição contrária. *Jornal Carta Forense*, set. 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/infiltracao-policial-posicao-contraria/11949>. Acesso em: 23 jun. 2015.

632 "Tal alegação, em nosso entendimento, não é válida, pois: 1) o juiz que acompanha qualquer inquérito, no Brasil, como regra, não é o mesmo a julgar o feito; 2) nas Comarcas menores, onde o juiz exerce todas as funções, deve atuar com a mesma imparcialidade que lhe é exigida quando decreta uma quebra de sigilo, uma intercepção telefônica ou uma prisão temporária, durante o inquérito, para, depois, receber eventual denúncia e julgar o caso; 3) a infiltração de agentes é atividade invasiva da intimidade alheia, pois servidores públicos, passando-se por outras pessoas, entram na vida particular de muitos indivíduos, razão pela qual o magistrado precisa vislumbrar razões mínimas para tanto; 4) a atividade do agente infiltrado funciona como meio de prova, congregando a busca, que depende de mandado judicial, com o testemunho. [...]" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 752).

633 SARAIVA, Wellington Cabral. Obtenção de prova decorrente de agente infiltrado. In: SALGADC Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 221.

634 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei

sobre o crime organizado – Lei n.º *12.850/2013*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 100. Os mesmos autores acrescentam que a infiltração policial é instituto "que tem previsão na Convenção de Palermo e que, fosse assim tão nefasto e danoso, como pensam alguns, decerto que não mereceria a aprovação em um encontro de âmbito mundial, promovido pela Organização das Nações Unidas. É, de resto, meio de prova admitido em praticamente todos os países do mundo ocidental" (op. cit., p. 112).

635 O Congresso Nacional chegou a aprovar a redação do § 4.º do art. 157 do CPP, cujos dizeres eram os seguintes: "o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão". Contudo, tal dispositivo foi vetado pela Presidência da República.

636 PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente encubierto como medio extraordinario de investigación* – perspectivas desde el garantismo procesal penal. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013. p. 619 – *tradução livre*.

637 "O garantismo como modelo constitucional de inspiração juspositivista consiste em um movimento jurídico penal que busca a legitimação da intervenção punitiva do Estado através da observância por este dos direitos e garantias individuais e coletivos, em razão do que não é incompatível com a persecução aos delitos graves praticados especialmente por organizações criminosas de atuação transnacional. Entretanto, o perigo ideológico de sua equivocada interpretação em um sentido único de defesa dos direitos fundamentais de índole individual frente a eventuais abusos estatais – garantismo monocular e hiperbólico – poderá desviar a função constitucional do processo penal, no sentido de equilibrar os vetores eficiência e garantia" (PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente encubierto como medio extraordinario de investigación* – perspectivas desde el garantismo procesal penal. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013. p. 619-620).

638 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado* – Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 75.

639 Haja vista que a atuação do provocador "é um artifício onde verdadeira **armadilha** é maquinada n intuito de prender em flagrante aquele que cede à tentação e acaba praticando a infração. [...] Para o Supremo, havendo a preparação do flagrante, e a consequente realização da prisão, existiria **crime só na aparência**, pois, como não poderá haver consumação, já que esta é obstada pela realização da prisão, estaríamos diante de verdadeiro crime impossível, de sorte que não só a prisão é ilegal, mas também não há de se falar em responsabilidade penal pela conduta daquele que foi instigado a atuar como verdadeiro objeto de manobra do agente provocador" (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 564-565).

640 "A ***entrapment defense*** é uma tese defensiva pela qual se intenta a anulação de todas as provas colhidas numa investigação, na qual o uso da infiltração policial é maculado por excesso na ação

do agente infiltrado, de modo a tornar a ação do investigado mero desdobramento de cenário preparado pelo instigador do ato. Seria algo muito assemelhado ao nosso flagrante preparado por ato do agente provocador. [...] **Nos EUA, há duas teorias definidoras da *entrapment defense*: subjetiva (majoritária) e objetiva (minoritária)**. Segundo a corrente subjetivista [*subjective approach*], para a anulação das provas colhidas pela infiltração é necessário que o agente *induza* o cometimento do delito, *sem* que o autor tivesse qualquer predisposição para ferir a lei, sob pena de ineficácia da arguição. Noutro giro, a teoria objetiva [*objective approach*] exige *apenas* a ação irregular do agente infiltrado para macular a prova colhida na investigação" (SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial*: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 72 e 137).

641 "*Habeas corpus*. Paciente condenada pelo crime de tráfico de entorpecente. Processo apodado de nulo, [...] por tratar-se de crime putativo inexistente. Alegações que encontram ampla ressonância nos autos, onde se verifica que, efetivamente, a denúncia, em relação a paciente, descreve **crime putativo por obra de agente provocador**, de modo tão nítido que, conquanto a circunstância não tenha sido invocada pela defesa, com sério prejuízo para a paciente, não poderia ter passado despercebido aos julgadores de primeiro e segundo graus. **Processo nulo 'ex radice'**. Súmula 145. Ordem deferida" (HC 69.192, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 13.03.1992).

642 Pacelli é um voraz crítico da abordagem tradicional que se faz sobre o flagrante preparado. Vale conferir: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 535-537.

643 "O **flagrante preparado** apresenta-se quando existe a **figura do provocador** da ação dita por criminosa, que se realiza a partir da **indução do fato**, e não quando, já estando o sujeito compreendido na descrição típica, a conduta se desenvolve para o fim de efetuar o flagrante. Na espécie, inexiste flagrante ilegalidade, porquanto a imputação é explícita quanto à realização do verbo nuclear 'guardar' entorpecentes, conduta que não foi estimulada pelos policiais, sendo despicienda eventual indução da mercancia pelos agentes" (HC 290.663/ SP, 6.ª Turma do STJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 17.12.2014).

644 PEREIRA, Flávio Cardoso. Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas). *Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais*, São Paulo: RT, vol. 6, p. 199-226, jan.-jul. 2007.

645 "O que verdadeiramente importa, para assegurar essa legitimidade – da intervenção do agente infiltrado – é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e a colher informações a respeito das atividades criminosas de que ele é suspeito" (GONÇALVES, Fernando *et al*. *Lei e crime* – o agente infiltrado *versus* o agente provocador. Os princípios do processo penal. Coimbra:

Almedina, 2001. p. 264-265).

646 PEREIRA, Flávio Cardoso. Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas). *Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais*, São Paulo: RT, vol. 6, p. 199-226, jan.-jul. 2007.

647 Não se olvide do que já expusemos sobre a (in)capacidade postulatória dos delegados de polícia (vide Capítulo III, item 2).

648 ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado*: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016. p. 195.

649 Nesse sentido: SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial*: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 130.

650 Para Flávio Cardoso Pereira (A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009. p. 117), **são as seguintes as características básicas do agente infiltrado**: "perfil físico compatível com as dificuldades da operação, inteligência aguçada, aptidão específica para determinadas missões, equilíbrio emocional vez que poderá ficar bastante distante do âmbito familiar por tempo indeterminado, sintonia cultural e étnica compatível com a organização a ser infiltrada etc.".

651 "Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador" (PRADO, Geraldo. *A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 136-137).

652 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 101.

653 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 162. No mesmo sentido: "[...] não se concebe uma infiltração de agentes no curso de uma ação penal" (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 712). E ainda: "[...] embora não haja vedação legal para a infiltração durante a fase judicial, ela, na prática, é absolutamente inviável diante das dificuldades de ser concretizada ao longo do processo-crime. Pior que isso: ela feriria, a nosso ver, os princípios da proporcionalidade (se já há processo em trâmite, a infiltração não seria a *ultima ratio* probatória), bem como, da ampla defesa e do contraditório (uma operação em andamento em fase de instrução judicial contraditória não poderia ser ocultada da defesa técnica – diferentemente do que ocorre com as diligências cautelares promovidas na fase investigativa)" (ZANELLA,

Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado*: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016. p. 190).

654 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro Forense, 2014. v. 2, p. 751.

655 Esta conclusão, todavia, é equivocada, haja vista que o delegado e seus agentes serão invariavelmente os executores da operação e, por isso, deverão ser ouvidos.

656 PACHECO, Rafael. *Crime organizado* – medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2011. p. 115.

657 Noutro sentido, com esteio na capacidade investigatória criminal do MP e nas disposições do art. 3.º do CPP, Zanella considera ser possível que a expressão *agentes de polícia em tarefas de investigação* seja extensivamente interpretada "como quaisquer agentes públicos que exerçam investigação. E os Ministérios Públicos possuem, em alguns Estados, os chamados 'agentes de promotoria', cujas funções constituem tarefas essencialmente investigativas". Como exemplo, cita o Ato Normativo 396/2005 do MPSP, que define as atribuições dos citados agentes. Contudo, muito embora defenda, teoricamente, a interpretação extensiva, Zanella aponta três motivos pelos quais, na prática, a infiltração deve ficar a cargo da polícia: "I) os agentes infiltrados devem ser treinados e especializados em centros de formação ou agências próprias, pertencentes aos órgãos policiais, razão pela qual é propício que sejam da carreira da polícia; II) os Ministérios Públicos possuem quadro reduzido de agentes de promotoria, sendo inviável destacá-los para a longa tarefa de infiltração; III) o mecanismo probatório de infiltração somente é viável como prova efetiva no combate ao crime organizado se trabalhado em força-tarefa permanente entre polícia e Ministério Público, com integração e profissionalismo; ambos terão tarefas a executar para o sucesso da empreitada" (ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado*: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016. p. 192).

658 "**A infiltração de 'gansos' ou 'informantes'**, civis que trabalham esporadicamente para a polícia sem qualquer hierarquia funcional, **também é vedada** e quem assim proceder responderá pelas consequências do seu ato, certo, ainda, que a prova amealhada nessas circunstâncias não será considerada válida e lícita. Por exemplo: legislações da Alemanha, México, França, Argentina não permitem a infiltração de particulares. Por outro lado, Espanha e Portugal permitem a realização da diligência desde que o particular atue sobre o controle do Estado prescindindo-se, pois, de sua condição profissional de policial" (CONSERINO, Cassio Roberto. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 82).

659 PEREIRA, Flávio Cardoso. *A investigação criminal realizada por agentes infiltrados*. Disponível em: <http://flaviocardosopereira.com.br/pdf/Artigo%20infiltra%C3%A7%C3%A3o%20criminal%20

%20Revista%20do%20MP-MT.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2015.

660 Não se olvide que a infiltração também poderá ser utilizada para investigar os crimes previstos na Lei de Drogas (art. 53, I).

661 No caso, um delegado de polícia federal se infiltrou na superintendência do Inmetro, em Goiânia, como técnico de metrologia e fiscal de postos de combustíveis para desarticular uma organização criminosa, formada por servidores do órgão, que comandava um forte esquema de corrupção e cobrança de propinas. Para maiores detalhes, vide: <http://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/10/delegado-da-pf-vira-tecnico-do-inmetro-para-desmontar-quadrilha-de-fiscais.html>).

662 Na defesa da inconstitucionalidade da ampliação da competência da Justiça Militar pela Lei 13.491/2017, foi proposta perante o STF a ADI 5.804 (pendente de julgamento até o momento).

663 Mesmo antes da ampliação da competência da Justiça Militar, já havia quem considerasse possíve a infiltração por *militar*, com o que não concordávamos. Nesse sentido: "A execução da medida é privativa de servidores das carreiras policiais, *incluindo a Polícia Militar*, uma vez que o art. 10 menciona somente *agentes de polícia*" (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 713).

664 PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*: teoria, crítica e práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 1.312. Os tribunais aceitam o manejo de correição parcial/reclamação na hipótese de proibição judicial de diligência probatória (escuta ambiental) imprescindível à instrução do feito: Autos n.º 321289-07.2011.8.09.0000 (201193212898). TJGO, Des. Alan Sebastião de Sena Conceição, j. 02.08.2011.

665 MS 154962-04.2013.8.09.0000, Seção Criminal do TJGO, Rel. Des. Edison Miguel da Silva Jr., *DJe* 1407 de 14.10.2013. Também entendendo que o mandado de segurança é apto a amparar o direito líquido e certo à obtenção da prova obtida por meio da infiltração de agentes: ZANELLA, Everton Luiz. *I nfiltração de agentes e o combate ao crime organizado*: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016. p. 195.

666 Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado:* aspectos gerais e mecanismos legais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 111.

667 Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado* – Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 80.

668 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado* – Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 80-81.

669 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 575. E ainda: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 106. Por fim: ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e*

*o combate ao crime organizado*: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016, p. 199.

670 Cf. CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro – ideologia da criminalização e análise d discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 227.

671 A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) recomenda "que a decisão deferitória autorize a realização de gravações em ambiente privado, nos casos em que esta medida seja possível e necessária, de sorte a evitar alegações de nulidade" (*Manual* – infiltração de agentes. Brasília: ENCCLA, 2014. p. 4).

672 SARAIVA, Wellington Cabral. Obtenção de prova decorrente de agente infiltrado. In: SALGADC Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 225.

673 O crime está previsto no art. 2.º, e não no art. 1.º, que apenas define a organização criminosa.

674 A técnica especial de investigação também pode ser aplicada nos casos de **tráfico de drogas**, por força do art. 53, inciso I, da Lei 11.343/2006. Igualmente, em razão do art. 16 da Lei 13.260/2016, a infiltração policial pode ser utilizada para a investigação, processo e julgamento dos crimes previstos na **Lei de Terrorismo**. Por fim, a Lei 13.344/2016, que dispôs sobre o tráfico de pessoas cometido no território nacional contra vítima brasileira ou estrangeira e no exterior contra vítima brasileira, estipulou em seu art. 9.º a aplicação subsidiária, no que couber, do disposto na Lei 12.850/2013. Assim, é plenamente possível a infiltração policial para a persecução penal do crime de **tráfico de pessoas** (CP, art. 149-A). Por fim, a Lei 13.441/2017 previu "**a infiltração de agentes de polícia na *internet* com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente**".

675 O *periculum libertatis* emana da consideração que se faz sobre o risco ou prejuízo que a não realização imediata da operação de infiltração pode representar para a aplicação da lei penal, para a investigação propriamente dita ou mesmo para a evitação da prática de novas infrações penais (CPP, art. 282, I).

676 A Lei 13.441/2017, ao inserir no ECA o art. 190-A, § 3.º, reforçou o *caráter subsidiário* da infiltração policial (também presente na modalidade virtual): "A infiltração de agentes de polícia na internet não será admitida se a prova puder ser obtida por outros meios".

677 Conosco: "[...] entre uma interceptação telefônica e a infiltração de agente policial, esta deve ser, efetivamente, a *ultima ratio*. Primeiro, porque o próprio legislador reservou-lhe um campo mais restrito de aplicação: somente em casos de organizações criminosas, enquanto que a interceptação telefônica e telemática cabe – indevidamente [*sic*] – em todo e qualquer crime punido com reclusão. Depois, porque a infiltração de agentes policiais causa graves riscos, inclusive de morte, ao próprio agente. E esse potencial de dano não se verifica na interceptação telefônica. Por último, mas não menos relevante, porque um agente infiltrado poderá ter

franqueado – em virtude do erro – até mesmo o acesso ao domicílio do investigado, o que certamente exporá aspectos de sua privacidade e de seus familiares, que são desnecessários para a investigação. Em suma, entre a interceptação telefônica e a infiltração de agente policial, primeiro deve ser utilizada aquela, para somente em último caso, lançar-se mão do *undercover agente*" (BADARÓ, Gustavo. Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Org.). *Crime organizado*: análise da Lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, 2017. p. 43).

678 As outras são: o princípio da adequação ou da idoneidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

679 PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal* – teoria, crítica e práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 170.

680 Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 170.

681 FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade organizada:* comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 204.

682 "Admissível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem [...]" (HC 119.770/BA, 2.ª Turma do STF, Rel. Gilmar Mendes, unânime, *DJe* 23.05.2014).

683 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 882.

684 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à infiltração de agentes de polícia na internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente*. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2017/05/comentarios-infiltracao-de-agentes-de.html>. Acesso em: 8 nov. 2017.

685 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro Forense, 2014. v. 2. p. 753.

686 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 577.

687 CONSERINO, Cassio Roberto. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011 p. 85.

688 "**Afigura-se possível**, sempre que necessária, a **criação de personalidade jurídica apta a facilitar a infiltração** em casos de crimes cometidos em âmbito empresarial" (*Manual – infiltração de agentes*. Brasília: ENCCLA, 2014. p. 5).

689 CONSERINO, Cassio Roberto. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011

p. 98.

690 PACHECO, Rafael. *Crime organizado* – medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2011. p. 127-128.

691 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 271.

692 PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal* – teoria, crítica e práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 971.

693 "No estudo da situação, devem ser feitas análise da organização, análise do ambiente operacional análise do agente (perfil adequado para o desempenho da missão, compreensão da missão e dos riscos dela decorrentes, entendimento das normas e das ordens a que está submetido, provas de idoneidade, credibilidade e confiança demonstradas em missões ou operações anteriores etc.), análise de risco (custo/benefício da infiltração do agente, riscos quanto à pessoa do agente infiltrado, riscos institucionais, medidas de segurança específicas e alternativas, medidas de controle especiais, ligações/comunicações de informações com oportunidade e segurança etc.)" (PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal* – teoria, crítica e práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 970).

694 PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal* – teoria, crítica e práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 970-971. Há quem diga que o plano operacional também deve especificar "cada uma das **fases** a serem obedecidas para o êxito da infiltração, a saber, o recrutamento, a formação do agente, a imersão, a infiltração propriamente dita, o seguimento-reforço, a exfiltração ou retirada do agente e a reinserção" (FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade organizada*: comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 201).

695 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro Forense, 2014. v. 2, p. 751.

696 HC 74.438/SP, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 14.03.2011. No mesmo sentido AgRg no Agravo em REsp 234.674/ES, 6.ª Turma do STJ, Rel. Rogerio Schietti Cruz unânime, *DJe* 06.06.2014.

697 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal* – estudos e pareceres. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 541.

698 Apelação 1229935/2, 11.ª Câmara do TACrim/SP, Rel. Renato Nalini, *DOU* 23.02.2001.

699 FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade organizada*: comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 212.

700 "As provas obtidas por meio de interceptação telefônica possuem o contraditório postergado para

a ação penal porventura deflagrada, diante da incompatibilidade da medida com o prévio conhecimento de sua realização pelo agente interceptado" (AgRg no Agravo em REsp 262.655/SP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Marco Aurélio Bellizze, unânime, *DJe* 14.06.2013).

701 CARLOS, André; FRIEDE, Reis. *Aspectos jurídico-operacionais do agente infiltrado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 66-67.

702 ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado*: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016. p. 206.

703 Nesse caminho: PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente encubierto como medio extraordinario de investigación* – perspectivas desde el garantismo procesal penal. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013. p. 621.

704 A sistemática inaugurada pela Lei 13.441/2017 – que modificou a Lei 8.069/1990 para tratar da "infiltração de agentes de polícia na *internet* com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente" – também seguiu nessa direção, ao prever que: "O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados" (ECA, art. 190-C, parágrafo único).

705 SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial*: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 75.

706 "Não se apresenta razoável, por exemplo, admitir que o policial possa matar pessoas na busca de elementos de prova para apuração de crimes praticados contra a flora e a fauna. Tal conclusão, portanto, impõe análise casuística das situações que se apresentarem" (SIL-VA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 98).

707 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 756.

708 FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade organizada*: comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 216.

709 "Embora tendo fixados os limites de sua atuação, haverá casos e circunstâncias em que a decisão sobre determinadas condutas lhe parecerá inerente à 'finalidade' da investigação. O termo 'finalidade' é abstrato, não delimitando ou fixando condutas – e nem poderia. Se ao agente infiltrado parecer haver um *link* da conduta com a finalidade da investigação, desde que plenamente justificável e considerando a situação vivenciada, nessas condições não poderá responder pelo 'excesso'" (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado* – Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 84).

710 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 587.

711 Com esteio em Eugenio Raúl Zaffaroni, pode-se dizer que para a aferição da tipicidade reclama-s a presença da antinormatividade. Assim, ou o fato praticado pelo agente, contrário à lei penal, desrespeita todo o ordenamento normativo, e há tipicidade, ou, ainda que em desconformidade com a lei penal, esteja em consonância com a ordem normativa, ausente estará a tipicidade. Para essa teoria, a tipicidade penal resulta da junção da tipicidade legal com a tipicidade conglobante: tipicidade penal = tipicidade legal + tipicidade conglobante. Tipicidade legal (adequação à fórmula legal do tipo) é a individualização que a lei faz da conduta, mediante o conjunto dos elementos objetivos e normativos de que se vale o tipo penal. Já a tipicidade conglobante (antinormatividade) é a comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pela norma, o que se afere separando o alcance da norma proibitiva conglobada com as demais normas do sistema jurídico. Não basta, pois, a mera tipicidade legal, isto é, a contrariedade do fato à lei penal. É necessário mais. A conduta do agente, contrária à lei penal, deve violar todo o sistema normativo. Em suma, deve ser antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela.

712 PACHECO, Rafael. *Crime organizado* – medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2011. p. 126.

713 PACHECO, Rafael. *Crime organizado* – medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2011. p. 126.

714 SARAIVA, Wellington Cabral. Obtenção de prova decorrente de agente infiltrado. In: SALGADC Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 219.

715 PACHECO, Denilson Feitoza. *Atividades de inteligência e processo penal*. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/direitomilitar/ano2005/denilsonfeitozapacheco/atividade-deinteligencia.htm>. Acesso em: 7 jul. 2015.

716 JESUS, Damásio Evangelista de. Organização criminosa: primeiros conceitos. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/organizacao-criminosa-primeiros-conceitos/12390>. Acesso em: 7 jul. 2015.

717 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crime organizado: nova Lei 12.850/13 e o problema da conduta dos agentes infiltrados no cometimento de infrações penais*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI188454,91041-Crime+organizado+nova+lei+1285013+e+o+problema+da+conduta+dos+agentes>. Acesso em: 7 jul. 2015.

718 CONSERINO, Cassio Roberto. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011 p. 86.

719 Note-se, por curial, que a **Lei 13.441/2017** – que modificou a Lei 8.069/1990 para tratar da "infiltração de agentes de polícia na *internet* com o fim de investigar crimes contra a dignidade

sexual de criança e de adolescente" – cuidou da exclusão da responsabilidade penal do infiltrado de maneira diversa, ou seja, **não no campo da *culpabilidade*** (como o fez a Lei 12.850/2013), **mas, sim, no âmbito da *ilicitude*** (estrito cumprimento do dever legal). Com efeito, o art. 190-C do ECA giza que: "**Não comete crime** o policial que oculta a sua identidade para, por meio da *internet*, colher indícios de autoria e materialidade dos 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 n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)".

720 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 179.

721 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 180.

722 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 181.

723 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 181.

724 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 182.

725 Na redação original: "Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto". Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l2t3.html#a282b>. Acesso em: 9 jul. 2015.

726 "A ressalva 'no que couber' significa dizer que nem tudo que previsto naquela lei [9.807/99] terá aplicação para as hipóteses de agente infiltrado. Assim, por exemplo, não há que falar em 'conselho deliberativo', órgão típico da Lei n.º 9.807/99 [...]. **Aqui a decisão sobre a alteração da identidade do agente infiltrado cabe exclusivamente ao juiz de direito**, mediante – entendemos – requerimento do Ministério Público, representação da autoridade policial e mesmo a pedido do próprio policial (ouvido, nestas últimas hipóteses, o *parquet*)" (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 119).

727 FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade organizada*: comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 226.

728 A lei portuguesa n.º 101/2001 trata do regime jurídico das *acções encobertas* para fins de prevenção e investigação criminal e, de forma expressa, rege a *identidade fictícia*. Veja-se: "*Art. 5.º. 1.* Para o efeito do n.º 2 do artigo 1º, os agentes da polícia criminal podem actuar sob identidade fictícia. *2.* A identidade fictícia é atribuída por despacho do Ministro da Justiça, mediante proposta do director nacional da Polícia Judiciária. *3.* A identidade referida no número

anterior é válida por um período de seis meses prorrogáveis por períodos de igual duração, ficando o funcionário de investigação criminal a quem a mesma for atribuída autorizado a, durante aquele período, actuar sob a identidade fictícia, quer no exercício da concreta investigação quer genericamente em todas as circunstâncias do tráfico jurídico e social. *4.* O despacho que atribui a identidade fictícia é classificado de secreto e deve incluir a referência à verdadeira identidade do agente encoberto. *5.* Compete à Polícia Judiciária gerir e promover a actualização das identidades fictícias outorgadas nos termos dos números anteriores".

729 *Manual – infiltração de agentes*. Brasília: ENCCLA, 2014. p. 4-5.

730 Como vimos, a mesma celeuma existe em torno da oitiva do *colaborador* como testemunha anônima.

731 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 590. É de se observar que "tal anonimato testemunhal em regra é acompanhado do uso de procedimentos judiciários que impedem o acusado e seu defensor técnico de vislumbrar o semblante da testemunha, e de recursos tecnológicos que distorcem a voz dela durante o seu depoimento em juízo. Ademais disso, aqueles sistemas probatórios que permitem a produção de fontes de prova oral anônimas no julgamento também costumam impor restrições quanto às linhas de questionamento que podem ser utilizadas pelo acusado, ao ensejo da inquirição dessas fontes, a fim de evitar a identificação delas próprias ou da sua atual residência" (MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 140).

732 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 594.

733 "1. A tese de nulidade do ato do interrogatório do paciente devido ao sigilo das informações acerca da qualificação de uma das testemunhas arroladas na denúncia não deve ser acolhida. 2. No caso concreto, há indicações claras de que houve a preservação do sigilo quanto à identidade de uma das testemunhas devido ao temor de represálias, sendo que sua qualificação foi anotada fora dos autos com acesso restrito aos juízes de direito, promotores de justiça e advogados constituídos e nomeados. Fatos imputados ao paciente foram de formação de quadrilha armada, da prática de dois latrocínios e de porte ilegal de armas. 3. Legitimidade da providência adotada pelo magistrado com base nas medidas de proteção à testemunha (Lei n.º 9.807/99). Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de coautores ou partícipes que se oferecem para fazer a delação premiada. 4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado" (HC 90.321, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe*-182 de 25.09.2008).

734 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado* – Lei n.º *12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 82. No mesmo sentido, Américo Bedê Jr. e Gustavo Senna (*Princípios do processo penal* – entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009. p. 342-343) ponderam que, "em casos extremos, quando existem provas concretas de ameaça à integridade física e à própria vida das testemunhas e vítimas e informantes", seria possível a restrição do "acesso à identidade do depoente até mesmo em relação ao advogado, com base na ponderação de interesses". Segundo os autores, "especialmente nos casos de criminalidade organizada é que a medida extrema de ocultamento da identidade da testemunha terá maior aplicação, pois é notório que uma das características marcantes dessas organizações é a intimidação, impondo a 'lei do silêncio', não raramente por meio da eliminação da testemunha".

735 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado* – Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 85-86.

736 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro Forense, 2014. v. 2, p. 755.

737 Além do mais, parece-nos possível a aplicação, por analogia, das disposições do Provimento CG 32/2000, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que prevê que os dados qualificativos e endereço da testemunha e da vítima sob ameaça não constarão dos depoimentos (constarão em impresso distinto, que ficará em poder da secretaria do Juízo e de acesso ao MP e aos defensores constituídos), nos termos do art. 3.º, e o mandado de intimação também será emitido em separado, sem constar os nomes e dados qualificativos da testemunha ou vítima (art. 6.º). Disponível em: <http://arisp.files.wordpress.com/2011/06/cgj-provimento-32-2000.pdf.>. Acesso em: 24 fev. 2014. Esse provimento já foi considerado constitucional pelo STF. Obs.: a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Goiás editou provimento semelhante (Provimento 3/2011).

738 Igualmente: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 743.

739 BARROSO, Luís Roberto. *País de provas ilícitas*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI68735,41046-Pais+de+provas+ilicitas>. Acesso em: 11 ago. 2016.

740 SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 123.

# Capítulo III
# DISPOSIÇÕES GERAIS

## 1. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

O art. 394, § 1.º, do Código de Processo Penal preconiza que:

"Art. 394. [...]. § 1.º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo: I – *ordinário*, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; II – *sumário*, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; III – *sumaríssimo*, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei".

Assim sendo, *pela conceituação do Código de Processo Penal* (regra geral), os delitos dos arts. 2.º, 19 e 20 da Lei 12.850/2013 enquadram-se no rito ordinário; o crime do art. 18 da mesma lei encaixa-se no rito sumário; e, por último, a infração penal do art. 21 do mesmo diploma amolda-se ao rito sumaríssimo.

Entretanto, de acordo com a **regra especial** prevista no art. 22 da Lei do Crime Organizado, "**os crimes previstos nesta Lei** e as **infrações penais conexas** serão apurados mediante **procedimento ordinário** previsto no Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), observado o disposto no parágrafo único deste artigo". Com efeito, sendo os crimes previstos na Lei 12.850/2013 abstratamente graves e prevendo a lei métodos especiais de investigação, nada mais razoável do que o estabelecimento do rito ordinário para todos eles, considerado mais amplo e favorável à defesa.[1]

Portanto, em regra, o processamento de qualquer dos crimes supramencionados (LCO, arts. 2.º, 18, 19, 20 e 21) **e** das infrações penais a eles conexas se dará pelo procedimento ordinário. **Excepcionalmente**, contudo, se algum desses delitos for cometido em conexão com um crime doloso contra a vida, cuja competência para o julgamento é constitucionalmente atribuída ao Tribunal do Júri (CR/88, art. 5.º, XXXVIII, "d"), incidirá na hipótese o art. 78, I, do Código de Processo Penal,[2] que consagra a *vis attractiva* **do júri,**[3] reconhecida amplamente em sede jurisprudencial.

Didaticamente, suponha-se que, "após matar uma pessoa, o agente impute esse fato, mentirosamente, a uma organização criminosa. Responderá, pelas razões já expostas, perante o Tribunal do Júri, tanto pelo homicídio quanto pelo crime previsto no art. 19 desta lei".[4]

Calha observar, por necessário, que **o estabelecimento do rito ordinário para o**

**processamento dos crimes previstos na Lei 12.850/2013 não significa automaticamente rechaçar a eventual incidência dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995** (*v.g.*, transação penal e suspensão condicional do processo). Quando o legislador almejou vedar a aplicação desses institutos, o fez expressamente, a exemplo do art. 41 da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha ("Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995").[5]

Destarte, à míngua de vedação legal, os delitos do art. 21, *caput*, e parágrafo único, da Lei 12.850/2013 comportam, ao menos em tese, a transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76), por serem infrações penais de menor potencial ofensivo. Da mesma forma, em tese, os crimes previstos nos arts. 18, 19 e 20 da Lei do Crime

Organizado, todos de médio potencial ofensivo, são compatíveis com a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89).

## 2. PRAZO PARA ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

A teor da dicção do parágrafo único do art. 22 da Lei 12.850/2013,

"A instrução criminal deverá ser **encerrada em prazo razoável**, o qual **não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis** em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu".

Esse dispositivo consagra o direito fundamental à duração razoável do processo, previsto no art. 5.º, LXXVIII, CR/88[6] ("a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação") e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/1992, art. 7.º, item 5).

Pela prescrição normativa, fixou-se um prazo legal para o encerramento da instrução criminal[7] – e não para o fim do processo – que, tratando-se de **réu preso**, não poderá (a *priori*) exceder a 120 dias, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada,[8] devidamente motivada (CR/88, art. 93, IX) pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu. O *termo inicial* para fins de contagem desse prazo deve ser a data do início da prisão cautelar do investigado.

A prorrogação do prazo-limite para o término da instrução processual dos crimes previstos na Lei 12.850/2013 e conexos (mencionados no *caput* do art. 22) vem ao encontro do entendimento há muito sacramentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "a razoável duração do processo não pode ser considerada de maneira isolada e descontextualizada das peculiaridades do caso concreto".[9] Portanto, a aferição sobre o *termo final* da instrução há de ser feita casuisticamente, à luz da **razoabilidade**, de maneira que:

"não é o simples somatório aritmético dos prazos abstratamente previstos na lei processual penal, ou o decurso do prazo máximo previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei n.º 12.850/13 – 240 (duzentos e quarenta) dias –, que servirá de balizamento para fins de delimitação do excesso de prazo na formação da culpa. Dependendo da natureza do delito e das diligências necessárias no curso do processo, é possível que eventual dilação do feito seja considerada justificada".[10]

A lei se refere tanto à *complexidade da causa* como ao fato *procrastinatório atribuível ao réu* como fundamentos suficientes para a prorrogação do prazo em até um novo período de 120 dias, sem, contudo, orientar o intérprete sobre o significado de tais expressões.

Não obstante a omissão legal nesse aspecto, de acordo com a jurisprudência consolidada no STF, o *número excessivo de réus* e a *necessidade de expedição de várias precatórias* podem indicar a **complexidade da causa**. A propósito, veja-se:

"[...] 3. A aferição de eventual excesso de prazo depende das condições objetivas da causa e deve ser orientada por uma análise circunstanciada do **grau de complexidade da ação penal, da quantidade de acusados** e da atuação das partes e do Estado-Juiz. 4. No caso, a ação penal é caracterizada pela **pluralidade de réus (seis)** e pela **necessidade de expedição de cartas precatórias**, não sendo possível atribuir eventual demora à atuação desidiosa do Juízo na condução da ação penal, notadamente porque o agravante foi interrogado em julho de 2014. [...]".[11]

No tocante ao **fato procrastinatório atribuível ao réu**, conquanto possa o magistrado indeferir as diligências que considere protelatórias e tomar medidas mais enérgicas para garantir a razoável propulsão da ação penal,[12] desde há muito o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sumulado no sentido de que "não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa" (Súmula 64). De igual modo,[13] no Supremo Tribunal Federal a prática de atos procrastinatórios pela defesa autoriza a dilatação do prazo para a conclusão da instrução processual, a teor do julgado *infra*:

"[...] 5. O excesso de prazo na instrução criminal não resulta de simples operação aritmética. Complexidade do processo, retardamento injustificado, **atos procrastinatórios da defesa** e número de réus envolvidos são fatores que, analisados **em conjunto ou separadamente**, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o encerramento da instrução criminal. 6. *In casu*, as instâncias precedentes justificaram o excesso de prazo em razão da complexidade do feito e do elevado número de corréus (doze denunciados). [...]".[14]

Apesar de não previsto expressamente na lei, "cabe salientar que os tribunais pátrios, de um modo geral, têm entendido que os percalços ocorridos durante a instrução processual penal que não podem ser atribuídos exclusivamente ao juízo processante – tais como **greve** [dos serventuários da justiça] de servidores da Polícia Federal, impossibilidade de escolta de réus presos para audiência etc. – não têm o condão de configurar o aventado excesso de prazo injustificado e, com isso, ensejar

o relaxamento da prisão preventiva".[15]

Diante desse bosquejo, calha sublinhar que na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme o entendimento segundo o qual "a demora para conclusão da instrução criminal, como circunstância apta a ensejar constrangimento ilegal, **somente se dá em hipóteses excepcionais**, nas quais a mora seja decorrência de **(a)** evidente desídia do órgão judicial; **(b)** exclusiva atuação da parte acusadora; ou **(c)** situação incompatível com o princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5.º, LXXVIII, da CF/88".[16]

Já no plano internacional, com o escopo de facilitar a determinação do *prazo razoável*, a Comissão Europeia de Direitos Humanos fixou inicialmente a **regra dos sete critérios** e, num segundo momento, a **regra dos três critérios**. Nesse sentido, conforme o registro de Aury Lopes Jr.,

"Foi no caso 'Wemhoff ' (STEDH de 27.06.1968) que se deu o primeiro passo na direção da definição de certos critérios para a valoração da 'duração indevida', através do que se convencionou chamar de 'doutrina dos sete critérios'. Para valorar a situação, a Comissão sugeriu que a razoabilidade da prisão cautelar (e consequente dilação indevida do processo) fosse aferida considerando-se: a) a duração da prisão cautelar; b) a duração da prisão cautelar em relação à natureza do delito, à pena fixada e à provável pena a ser aplicada em caso de condenação; c) os efeitos pessoais que o imputado sofreu, tanto de ordem material como moral ou outros; d) a influência da conduta do imputado em relação à demora do processo; e) as dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e réus, dificuldades probatórias etc.); f) a maneira como a investigação foi conduzida; g) a conduta das autoridades judiciais.
Tratava-se de critérios que deveriam ser apreciados em conjunto, com valor e importância relativos, admitindo-se, inclusive, que um deles fosse decisivo na aferição do excesso de prazo.
**Mas a doutrina dos sete critérios não restou expressamente acolhida pelo TEDH [Tribunal Europeu de Direitos Humanos] como referencial decisivo, mas tampouco foi completamente descartada, tendo sido utilizada pela Comissão em diversos casos posteriores e servido de inspiração para um referencial mais enxuto: a teoria dos três critérios básicos**; a saber: a) a complexidade do caso; b) a atividade processual do interessado (imputado); c) a conduta das autoridades judiciárias".[17]

Sintetizando o que acabamos de expor, parece-nos que o estabelecimento do prazo de **até 240 dias**, fruto da soma de 120 dias prorrogáveis por outros 120, deve representar "**apenas um limite ilustrativo do razoável**"[18] a ser observado como regra que, no caso concreto, poderá ser afastada sob justificada fundamentação. Dessarte, "os prazos indicados para a consecução da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, pois variam conforme as peculiaridades de cada processo, razão pela qual a jurisprudência uníssona os tem mitigado, à luz do princípio da razoabilidade".[19]

# 3. DECRETAÇÃO JUDICIAL DO SIGILO DA INVESTIGAÇÃO

Disciplina o art. 23, *caput*, da Lei 12.850/2013 que

"**O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial** competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, **devidamente precedido de autorização judicial**, ressalvados os referentes às diligências em andamento".

Como se vê, a hipótese em exame não se confunde com o dever de preservação do sigilo imposto pela lei (*ex lege*), tal como acontece com as distribuições sigilosas do pedido de homologação do acordo de colaboração premiada (LCO, art. 7.º), da comunicação da ação controlada (LCO, art. 8.º, § 2.º) e do pedido de infiltração de agentes (LCO, art. 12, *caput*).

Diversamente das situações mencionadas, na hipótese vertida no *caput* do art. 23, o sigilo será imposto sobre a própria *investigação*, e não sobre a distribuição de um meio especial de obtenção da prova. Ademais, a sigilosidade prevista no dispositivo em estudo não é imposição legal, mas, sim, fruto de decretação pela autoridade judicial com intuito de garantir a celeridade e a eficácia das diligências investigatórias.

Assim, instaurado o procedimento inquisitorial para a investigação de uma organização criminosa, "o juiz pode – e muitas vezes, em nossa ótica, deve – decretar o sigilo", sendo curial perceber que "a apuração do delito de organização criminosa ou crime conexo lida com casos de extrema gravidade, merecendo ficar longe do acesso de qualquer pessoa estranha à investigação e mesmo aos advogados, que não tenham procuração nos autos, nem tampouco representem investigados".[20]

Sem embargo da decretação do sigilo judicial da investigação, o preceptivo em exame assegura ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa – ressalvadas as diligências probatórias que estejam em andamento, por exemplo, uma interceptação de comunicações telefônicas[21] –, desde que haja **prévia autorização judicial**.

Essa prévia autorização judicial para acesso aos elementos de prova, também prevista no § 2.º do art. 7.º da Lei do Crime Organizado, é alvo de discussão na doutrina, havendo controvérsia acerca de sua (in)constitucionalidade. Veja-se:

**1.ª corrente:** Para Gabriel Habib, a prévia autorização judicial para acesso pelo defensor aos autos da investigação "é flagrantemente inconstitucional por violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa [...]. De acordo com a Súmula Vinculante n.º 14 do STF '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'. Dessa forma, deve ser assegurado ao defensor o amplo acesso aos autos independentemente de autorização judicial, desprezando-se a parte final do dispositivo ora comentado".[22]

**2.ª corrente:** Eugênio Pacelli de Oliveira entende que, "cuidadosamente", impõe a lei "que referido acesso dependerá de autorização judicial, o que não há de causar tanta perplexidade, na medida em que cabe a ele o controle de legalidade das investigações e a apreciação acerca da necessidade do sigilo".[23] Ademais, como bem observa Vicente Greco Filho, "caberá ao juiz a delimitação do âmbito do acesso ao advogado ao qual poderá ser exigida justificativa da necessidade da consulta a peças que eventualmente possam ser consideradas sem interesse para a defesa de seu cliente".[24]

Estamos com a segunda corrente. Ora, decretado o sigilo judicial da investigação, nada mais coerente que seja o magistrado a autoridade responsável por autorizar o acesso pelo defensor, sempre no interesse de seu cliente investigado, a fim de que seja mantido um *controle de acesso* aos autos, apto a garantir a sigilosidade. Entretanto, havendo indeferimento arbitrário e imotivado, sem prejuízo da impetração de mandado de segurança, poderá o advogado do investigado lançar mão da reclamação diretamente protocolada no Supremo Tribunal Federal como meio apto a fazer cumprir o comando da Súmula Vinculante 14 (CR/88, art. 103-A, § 3.º c/c Lei 11.417/2006, art. 7.º, *caput*).

## 4. DIREITO À PRÉVIA VISTA DOS AUTOS EM PRAZO MÍNIMO DE TRÊS DIAS

Preconiza o parágrafo único do art. 23 da Lei 12.850/2013:

"Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a **prévia vista dos autos**, ainda que classificados como sigilosos, no **prazo mínimo de 3 (três)** dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação".

Em nosso entendimento, esse dispositivo deve ser lido necessariamente em consonância com o *caput* do art. 23 da Lei 12.850/2013, o qual, para garantir a celeridade e a eficácia das diligências investigatórias, possibilita à **(a) autoridade judicial** a decretação do sigilo da investigação.

Além dessa hipótese de sigilosidade (judicial) da investigação, é cediço que o sigilo do procedimento investigatório criminal pode emanar de outras fontes, como **(b) a própria lei (sigilo *ex lege*)**[25] e a **(c) determinação do presidente da investigação (membro do Ministério Público**[26] **ou delegado de polícia**[27]**)**. Contudo, **o direito à prévia vista dos autos de investigação**, ainda que classificados como sigilosos (LCO, art. 23, parágrafo único), não alcança essas duas últimas

possibilidades ("b" e "c"), mas apenas e tão somente aquela prevista no *caput* do art. 23 da Lei 12.850/2013, qual seja a **decretação judicial do sigilo** do procedimento investigatório criminal ("a").

Além do mais, para nós, esse direito à vista prévia, no prazo mínimo de três dias – prorrogáveis a critério do condutor da investigação – que antecedem o depoimento do investigado, nascerá **apenas** nas situações em que, decretado o *sigilo judicial* da investigação, seja determinado o ato (interrogatório) com a expedição de mandado de notificação/intimação pela autoridade condutora do procedimento inquisitorial.

Por outro lado, **não incidirá o direito à prévia vista** no prazo mínimo de três dias nas ocasiões em que a oitiva do investigado decorrer de decretação judicial de medida cautelar restritiva da liberdade (prisão temporária, prisão preventiva, condução coercitiva etc.), em razão de que:

a) a vista prévia no tríduo legal não se coaduna com a urgência típica das providências cautelares;

b) a prisão temporária "terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade" (Lei 7.960/1989, art. 2.º). Como se sabe, a lei estipula apenas o *prazo-limite*, ou seja, o patamar máximo de duração da medida constritiva da liberdade, sem obstar que o magistrado decrete a prisão temporária por um período menor que o quinquídio.[28] Destarte, exemplificativamente, se o direito à prévia vista dos autos com antecedência mínima de três dias da realização do interrogatório incidisse também quando da decretação da prisão temporária, esta poderia restar inviabilizada por completo quando viesse a ser decretada em prazo menor (dois dias, p. ex.);

c) a equivocada interpretação do direito à vista dos autos no tríduo legal pode vir a prejudicar os interesses do próprio investigado, com a prorrogação de sua prisão temporária a fim de viabilizar a sua oitiva no interesse da investigação (como haveria de acontecer na hipótese cogitada na alínea "b" *supra*).

Em síntese, temos que o parágrafo único do art. 23 da Lei do Crime Organizado, ao dispor sobre o direito à prévia vista dos autos no prazo mínimo de três dias que antecedem o interrogatório do investigado, pressupõe **(a)** a decretação judicial do sigilo da investigação (LCO, art. 23, *caput*) e **(b)** a expedição de mandado de notificação/intimação para a realização de interrogatório, não sendo aplicado o citado regramento nas hipóteses de decretação judicial de medidas cautelares constritivas da liberdade.

Por fim, sempre defendemos ser salutar a observância da regra do art. 185, § 5.º, do Código de Processo Penal, que tem como destinatário o juiz, também pelas autoridades condutoras de procedimentos investigatórios criminais. Desse modo, apesar de até o final do ano de 2015 não haver imposição legal,[29] já considerávamos recomendável que membros do Ministério Público e delegados

de polícia, antes da realização de interrogatórios em sede inquisitorial, garantissem ao investigado, acompanhado por defensor, o direito à entrevista prévia e reservada.

Com a Lei 13.245, de 12 de janeiro de 2016, passou a constituir o rol de direitos do advogado a assistência (que engloba o direito à entrevista prévia e reservada) a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente (Lei 8.906/1994, art. 7.º, XXI).

---

1 RHC 55.097/MS, 6.ª Turma do STJ, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, unânime, *DJe* 02.03.201

2 "Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: I – no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, **prevalecerá a competência do júri**."

3 "[...] 1. A competência atrativa constitucional estende ao crime conexo (porte ilegal de arma de fogo) a mesma soberania com que os jurados apreciam o crime doloso contra a vida, sendo inviável, por isso mesmo, a supressão do crime de porte ilegal pelo Tribunal de origem em sede de apelação pela aplicação do princípio da consunção como ocorreu no caso. [...]" (REsp 1388668/SP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Laurita Vaz, unânime, *DJe* 10.10.2013).

4 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 140.

5 "[...] 1. O art. 41 da Lei n.º 11.340/2006 veda expressamente a aplicação das benesses previstas n Lei n.º 9.099/1995 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar. 2. Os diversos institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados Especiais, inclusive a suspensão condicional do processo, não são aplicáveis aos crimes cometidos com violência familiar, independentemente da gravidade da infração. [...]" (RHC 54.493/SP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Gurgel de Faria, unânime, *DJe* 03.03.2015).

6 Para Aury Lopes Jr., o art. 5.º, LXXVIII, da Constituição adotou a **doutrina do não prazo**. Em sua palavras: "Adotou o sistema brasileiro a chamada 'doutrina do não prazo', persistindo numa sistemática ultrapassada e que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem há décadas debatendo. O fato de o Código de Processo Penal fazer referência a diversos limites de duração dos atos (*v.g* ., arts. 400, 412, 531 etc.) não retira a crítica, posto que são prazos despidos de sanção. Ou seja, aplica-se aqui a equação *prazo-sanção = ineficácia*. Portanto, quando falamos em não prazo significa dizer: ausência de prazos processuais com uma sanção pelo descumprimento" (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal* . 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 190).

7 Súmula 52 do STJ: "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo". Esse entendimento sumular sofre duras críticas por parte da doutrina, que chega a propor o seu cancelamento. Nesse sentido: "[...] a súmula cria um termo final anterior à prolação da sentença que é incompatível com o direito fundamental de ser julgado em um prazo razoável, fixado no art. 5.º, LXXVIII, da Constituição. Esse encurtamento do termo final, ou seja, a adoção de um termo *a quo* anterior ao julgamento em primeiro grau, é incompatível com o direito ao processo penal em prazo razoável, assegurado pelo art. 5.º, inc. LXXVIII, da Constituição. O direito à 'razoável duração do processo' não pode ser reduzido ao direito à 'razoável duração da instrução'. O término da instrução não põe fim ao processo, adverte Badaró. Encerrada a instrução, ainda poderão ser realizadas diligências complementares deferidas pelo juiz, memoriais substitutivos dos debates orais, e, finalmente, o prazo para a sentença. [...] É chegado o momento de serem canceladas as Súmulas ns. 52 e 21 do STJ, pois incompatíveis com o direito fundamental de ser julgado em um prazo razoável" (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 857).

8 "Quatro réus acusados, não havendo complexidade na causa. Imposição da Lei n.º 12.850, em seu artigo 22, parágrafo único, de que a instrução se encerre em 120 dias, se houver réus presos - caso dos autos - somente sendo possível prorrogação se houver **decisão fundamentada** na complexidade da causa ou em fato atribuído à defesa ou aos réus – o que não ocorreu. Ordem concedida" (HC 70065513038, 3.ª Câmara Criminal do TJRS, j. 23.07.2015).

9 HC 124804/CE, 1.ª Turma do STF, Rel. Rosa Weber, *DJe* 20.03.2015.

10 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 607.

11 Ag. Reg. no HC 123.822/PB, 1.ª Turma do STF, Rel. Roberto Barroso, *DJe* 29.10.2014. No mesm sentido: "[...] 2. No caso, a Primeira Turma rejeitou a alegação de excesso de prazo, tendo em vista a **pluralidade de acusados**. 3. Esse entendimento está em conformidade com jurisprudência no sentido de que a aferição de eventual demora no encerramento da instrução criminal depende das condições objetivas da causa, notadamente da complexidade da ação penal, da quantidade de réus, da necessidade de expedição de cartas precatórias e do comportamento processual das partes. [...]" (Emb. Decl. no HC 113.278/SP, 1.ª Turma do STF, Rel. Roberto Barroso, unânime, *DJe* 14.10.2014). E ainda: Súmula 15 do TJCE: "Não há falar em ilegalidade da prisão por excesso de prazo quando a complexidade do crime apurado ou a pluralidade de réus justifica a mora na ultimação dos atos processuais".

12 Cf. HC 295.991/MG, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, Rel. p/ Acórdão Min. Laurita Vaz, *DJe* 02.09.2014.

13 Segundo exemplos extraídos da jurisprudência, ocorrem atos procrastinatórios atribuíveis ao réu: "se a defesa pede a instauração de incidente de insanidade mental do acusado 1 (arts. 149 e ss.

do Código), de acareação 2 ou quando a demora se deve a substituição de advogado constituído por outro [...]. Lembraríamos, ainda, o pedido de oitiva de testemunhas por carta rogatória. Ou ainda quando a demora se deu em face da dificuldade de se proceder à citação pessoal do réu 4 ou a citação por edital de corréu 5" (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 143).

14 HC 122.546/RJ, 1.ª Turma do STF, Rel. Luiz Fux, *DJe* 16.06.2014. Nesse sentido: "[...] 2. Não há falar em excesso de prazo para formação da culpa quando se adotam as medidas possíveis para o julgamento da ação penal, observando-se o direito de defesa, comprovada a complexidade da ação penal e a **contribuição da defesa para a dilação do prazo** [...]" (Ag. Reg. no HC 125688/SP, 1.ª Turma do STF, Rel. Roberto Barroso, *DJe* 04.03.2015).

15 HC 002.4359-04.2014.4.03.0000, 5.ª Turma do TRF da 3.ª Região, unânime, *DE* 10.11.2014. Nes sentido: "[...] Esta Corte tem construído entendimento favorável à continuidade da ordem detentiva sempre que estiverem gravitando em torno da causa circunstâncias pelas quais se supõem contribuir para a justificativa do excesso de prazo, tais como natureza do delito, dificuldades de diligências, processo com múltiplos sujeitos, envio de precatórias, **greve de servidores** etc. [...]" (HC 38.303/SP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 01.07.2005). Ainda: HC 41.139/SP, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 27.06.2005; HC 4013/PB, 4.ª Turma do TRF da 5.ª Região, unânime, *DJe* 05.08.2010.

16 Ag. Reg. no HC 125432/PI, 2.ª Turma do STF, Rel. Teori Zavascki, unânime, *DJe* 02.03.2015. E ainda: HC 124.381/ES, 2.ª Turma do STF, Rel. Teori Zavascki, unânime, *DJe* 19.12.2014.

17 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 191.

18 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro Forense, 2014. v. 2, p. 766. Para o magistrado paulista, a questão deve ser aferida sob dois prismas: "a) apurando-se o crime de organização criminosa (pena de reclusão de três a oito anos), existindo vários corréus, com diversos defensores, presos em locais diferentes, demonstrando complexidade invulgar, tramitando em Vara com muitos processos, pode-se acolher como razoável os 240 dias; se houver atuação procrastinatória da defesa, parece-nos até possível ultrapassar tal período; b) havendo um só réu, em causa sem complexidade, tramitando em Vara com número regular de feitos, atingir 120 dias ou mais pode configurar excesso, ferindo a razoabilidade. Em suma, o caso concreto deve determinar o mais adequado prazo para findar a instrução, segundo a razoabilidade e a proporcionalidade. [...]".

19 HC 295.991/MG, 5.ª Turma do STJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, Rel. p/ Acórdão Min. Laurita Vaz, *DJe* 02.09.2014. E ainda: "O reconhecimento do excesso de prazo durante a instrução somente é admissível quando a demora for injustificada, impondo-se a adoção de critério de razoabilidade no exame da sua eventual ocorrência. Os prazos para conclusão de inquérito

policial ou instrução criminal não são peremptórios, podendo ser dilatados dentro de limites razoáveis, quando a complexidade da investigação assim exigir" (HC 5027988-97.2016.404.0000, 8.ª Turma do TRF da 4.ª Região, juntado aos autos em 28.07.2016).

20 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro Forense, 2014. v. 2, p. 769. No mesmo sentido: "Sobre a fase de investigação, relevante salientar a necessidade, como regra, de decretação de sigilo nas investigações, a fim de se preservarem os interesses da persecução e dos investigados, no que toca à possibilidade, sempre e tragicamente presente, de divulgação de fatos e nomes pela imprensa (art. 23)" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 861).

21 "[...] O sistema normativo brasileiro assegura ao advogado regularmente constituído pelo indiciad (ou por aquele submetido a atos de persecução estatal) o direito de pleno acesso aos autos de persecução penal, mesmo que sujeita, em juízo ou fora dele, a regime de sigilo (necessariamente excepcional), **limitando-se, no entanto, tal prerrogativa jurídica às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, consequentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito ou processo judicial**. Precedentes. Doutrina" (HC 93767, 2.ª Turma do STF, Rel. Min. Celso de Mello, Acórdão Eletrônico *DJe*-064 de 01.04.2014).

22 *Leis penais especiais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. t. II, p. 71-72.

23 *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 885.

24 *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 50

25 "Nessas hipóteses, independentemente de prévia determinação judicial, a própria Lei já determina a necessária preservação do sigilo, a exemplo do que ocorre com a distribuição sigilosa da comunicação do retardamento da intervenção policial ou administrativa nos casos de ação controlada (art. 8.º, § 1.º), ou com a distribuição sigilosa do pedido de infiltração (art. 12, *caput*). Nesse caso, como o sigilo é imposto *ex lege* por se tratar de diligência em andamento, o acesso aos autos por parte do advogado não é possível, nem mesmo mediante prévia autorização judicial" (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 616).

26 Conforme o art. 16 da Resolução 181/2017-CNMP, que disciplina o procedimento investigatório criminal conduzido pelo MP, "o presidente do procedimento investigatório criminal poderá decretar o sigilo das investigações, no todo ou em parte, por decisão fundamentada, quando a elucidação do fato ou interesse público exigir, garantido o acesso aos autos ao investigado e ao seu defensor, desde que munido de procuração ou de meios que comprovem atuar na defesa do investigado, cabendo a ambos preservar o sigilo sob pena de responsabilização".

27 "Não é o sigilo, portanto, característica de todo e qualquer inquérito policial. É o delegado de

polícia que decidirá, discricionariamente, acerca da necessidade ou não do sigilo" (BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 154).

28 Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 678. Ainda, Nucci (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1, p. 463): "Cremos, inclusive, que o magistrado pode dosar a prisão temporária em situações de delitos hediondos e equiparados, podendo decretar até trinta dias (prorrogáveis por outro período de até trinta dias), mas não necessariamente 'trinta + trinta'".

29 "Evidentemente, ao interrogatório realizado no âmbito do inquérito policial não se aplica o disposto no referido § 5.º do art. 185 do CPP, primeiro porque o dispositivo é expresso ao referir que *o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada*, deixando claro tratar-se de faculdade inerente ao interrogatório judicial; e, segundo, porque esse direito outorgado à defesa é corolário das garantias do contraditório e da ampla defesa, as quais não incidem na fase do inquérito, que possui natureza inquisitorial" (AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 589).

# REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal n. 470 do STF*. Disponível em: <http://zisonline.com/dat/artikel/2014_6_827.pdf>.

_____. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. *Interesses difusos e coletivos*. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

ANDRADE, Fernando Rocha de. *Aspectos da nova Lei de Crime Organizado*. Disponível em: <http://blog.ebeji.com.br/aspectosdanovaleidecrimeorganizado/>.

ANDREATO, Danilo. *Crime organizado e técnicas especiais de investigação*. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justicadireito/artigos/crimeorganizadoetecnicases

ARAS, Vladimir. *A nova Lei do Crime Organizado*. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2013/10/26/anovaleidocrimeorganizado/>.

_____. *A técnica de colaboração premiada*. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/atecnicadecolaboracaopremiada/#sdfootnote

_____. *Grampos telefônicos: pororoca contra furacão*. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2013/02/12/grampostelefonicospororocacontrafuracao/>.

_____. *Requisição de dados cadastrais: o segredo de polichinelo*. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2012/07/26/requisicaodedadoscadastraisosegredodepoli

_____. *Whistleblowers*, informantes e delatores anônimos. In: ZANELLATO, Vilvana Damiani (coord.). *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita*: um estudo comparado. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ARRUDA, Rejane Alves de (coord.). *Organização criminosa – comentários à Lei n.º 12.850/13*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ASSIS, Augusto *et al*. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Lei n. 12.850/2013 e a atribuição para a investigação criminal de organizações criminosas integradas por policiais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3830, 26 dez. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26249>.

_____. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AZEVEDO, Marcelo André de. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. *O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4.º da Lei n.º 12.850/2013*. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/ovalorprobatoriodadelacaopremiadasobreo16art4dalein128501

_____. Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Org.). *Crime organizado*: análise da Lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons; Cedpal, 2017.

_____; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12. São Paulo: RT, 2012.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Retrospectiva 2014 – ano trouxe mudanças e amadurecimento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/roberto-barroso-ano-sinaliza-mudancas-supremo-tribunal-federal?imprimir=1>.

_____. *País de provas ilícitas*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI68735,41046-Pais+de+provas+ilicitas>.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal*: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009.

_____; MOURA, Alexandre de Castro. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais,* v. 969, ano 105, jul. 2016.

BIFFE JR., João; LEITÃO JR., Joaquim. *O acesso pela polícia a conversas gravadas no WhatsApp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação estatal*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/08/12/oacessopelapoliciaaconversasgravadasnowhatsappeasgera

_____. *Conotações práticas acerca do acesso pela polícia a conversas gravadas no WhatsApp*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/09/16/conotacoespraticasacercadoacessopelapoliciaaconversasg

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Organização criminosa: não se aplica a majorante em lavagem de dinheiro*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013ago26/cezarbitencourtnaoaplicamajorantecrimelavagemdinheiro

_____. *Tratado de direito penal*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

_____; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n.

12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; FELDENS, Luciano. A forma inteligente de controlar o crime organizado. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013nov05/direitodefesaformainteligentecontrolarcrimeorganizado>.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crime organizado: nova Lei 12.850/13 e o problema da conduta dos agentes infiltrados no cometimento de infrações penais*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI188454,91041Crime+organizado+nova+lei+128501

_____; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Criminalidade organizada e globalização desorganizada – curso completo de acordo com a Lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: legislação penal especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4.

_____; BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARDOSO NETO, Lauro; VELOSO, Eduardo Gazzinelli. *Quebra de sigilos fiscal e bancário*: ferramentas para o aprimoramento do acesso a dados protegidos. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro* – ideologia da criminalização e análise do discurso. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. *Aspectos jurídico-operacionais do agente infiltrado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CARRIÓN, Andy; URQUIZO, Gustavo. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EEUU. In: AMBOS, Kai; CORIA, Dino Carlos Caro; MALA-RINO, Ezequiel. *Lavado de activos y compliance*: perspectiva internacional y derecho comparado. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2015.

CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de. *Colaboração premiada*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/doutrinas/doutrinas_autores/COLABO

CASTRO, Henrique Hoffmann; SANNINI NETO, Francisco. *Delegado de polícia tem legitimidade para celebrar colaboração premiada*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016mar04/delegadolegitimidadecelebrarcolaboracaopremiada#auth

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.694/2012 (julgamento colegiado em primeiro grau de crimes praticados por organizações criminosas)*. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/lfg/files/2012/08/Lei12.694Julgamentocolegiadoemc

_____. *Comentários à infiltração de agentes de polícia na internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente*. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2017/05/comentariosinfiltracaodeagentesde.html>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 146.º, n.º 4000, Coimbra: Gestlegal, 2016.

CHERUBINI, Karina Gomes. Ampliação da delação premiada aos atos de improbidade administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1519, 29 ago. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10340>.

ROSA, Alexandre Morais da; CONOLLY, Ricardo. *Juiz sem rosto e com medo: a questão da lei n. 12.694/2012*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/juizsemrostoecommedoaquestaodaleino126942012poralexandrer

CONSERINO, Cassio Roberto. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar*: dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*: parte geral. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. *Tráfico de pessoas*: Lei 13.344/2016 comentada por artigos. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____; SOUZA, Renee do Ó. *A posição de garantidor e a responsabilidade penal por omissão do* compliance officer *na legislação brasileira*. Disponível <https://congressonacional2017.ammp.org.br/public/arquivos/teses/85.pdf>.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Delação premiada – proibição para quem está preso.* Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/faustomacedo/delacaopremiadaproibicaoparaquemestapresc

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2014.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015.

EL TASSE, Adel. *Nova Lei do Crime Organizado*. Disponível em: <http://adeleltasse.jusbrasil.com.br/artigos/121933118/novaleidecrimeorganizado>.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 16, n. 70, jan.-fev.

2008.

_____; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Crime organizado*: aspectos processuais. São Paulo: RT, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viégas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo. Quartier Latin, 2005.

FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade organizada*: comentários à Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014.

FLORES, Andréa *et al*. *Organização criminosa*: comentários à Lei n.º 12.850, de 05 de agosto de 2013. Organização de Rejane Alves de Arruda. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *O controle da administração pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. Rio de Janeiro: Editor Borsói, 1973. v. 1.

GALAIN PALERMO, Pablo. Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica. In: AMBOS, Kai; CORIA, Dino Carlos Caro; MALARINO, Ezequiel. *Lavado de activos y compliance*: perspectiva internacional y derecho comparado. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2015.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Emerson. *Aferição da proporcionalidade da pena cominada à infração penal: uma interpretação constitucionalmente (in)correta*. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/211/77>.

GOMES, Luiz Flávio. *A polêmica da perda do mandato é por excesso de regras*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012dez03/luizflaviogomespolemicaperdamandadoexcessoregras>.

_____. *Comentários aos artigos 1.º e 2.º da Lei 12.850/13 – criminalidade organizada e crime organizado* (item 30). Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932382/comentarios-aos-artigos-1-e-2-da-lei-12850-13-crimina-lidade-organizada>.

_____. Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei n.º 10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 56, 1.º abr. 2002.

_____. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print>.

_____. Interceptação telefônica "de ofício": inconstitucionalidade. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do

Sul: Plenum, n. 43, maio-jun. 2015. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

_____. *Legislação criminal especial*. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas*. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipi-dade-nas-interceptacoes-telefonicas?ref=topic_feed>.

_____. *Organização criminosa: um ou dois conceitos?* Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/direito-criminal/artigo-prof-luiz-flavio-gomes-organizacao-criminosa-um-ou-dois-conceitos->.

_____. *República dos delatores (mas falta a lei do* whistleblower*)*. Disponível em: <http://luizflaviogomes.com/republica-dos-delatores-mas-falta-a-lei-do-whistleblower/>.

_____. *Há diferença entre colaboração e delação premiada?* Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao--e-delacao-premiada/14756>.

_____*;* MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Também em matéria processual provoca inquietação a Lei Anti-Crime Organizado. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 10, 1994.

GONÇALVES, Fernando *et al*. *Lei e crime*: o agente infiltrado *versus* o agente provocador. Os princípios do processo penal. Coimbra: Almedina, 2001.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRANDIS, Rodrigo de. Whistleblowing *e Direito Penal*. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/coluna-rodrigo-de-grandis>.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte especial. 11. ed. Niterói: Impetus, 2015. v. IV.

_____.Direito penal do equilíbrio – uma visão minimalista do direito penal. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Interceptação telefônica*: considerações sobre a Lei 9.296/96, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Considerações processuais da lei de julgamento de crimes envolvendo organização criminosa. *Boletim do IBCCrim*, ano 20, n. 239, out. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. t. II.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

_____. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Púbico, 1993.

HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Cei, 2017.

HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ISHIDA, Válter Kenji. O crime de organização criminosa – art. 2.º da Lei n.º 12.850/2013. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/con-teudo/artigos/o-crime-de-organizacao-criminosa-art-2%C2%BA-da-lei-n%C2%BA-128502013/12020>.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio Manuel. *Direito penal do inimigo – noções e críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*: princípio da obrigatoriedade. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direito processual penal*: estudos e pareceres. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. *Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada>.

_____. *Três reflexões sobre o acordo de colaboração premiada*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/tres-reflexoes-sobre-o-acordo-de-colaboracao-premiada/>.

JESUS, Damásio Evangelista de. Interceptação de comunicações telefônicas. *Revista dos Tribunais*, n. 735.

_____. O prêmio à delação nos crimes hediondos. *Boletim IBCCRIM*.

_____. Organização criminosa: primeiros conceitos. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/organizacao-criminosa-primeiros-conceitos/12390>.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. *Crime organizado e a Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Verbatim, 2014.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à efetividade estatal de persecução criminal. *Garantismo penal integral*: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010.

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.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Manual de processo penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. volume único.

_____. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LIVIANU, Roberto; OLIVEIRA, Julio Marcelo. Medida Provisória 703 é uma verdadeira aberração jurídica afrontosa à CF. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-11/mp-debate-medida-provisoria-703-verdadeira-aberracao-juridica>.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; ROSA, Alexandre Morais da. *Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tam-bem-lavado-jato>.

MACHADO, Costa. *Novo CPC*: sintetizado e resumido. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre lavagem de dinheiro: cegueira deliberada e honorários maculados. *Revista da EMERJ*, v. 17, n. 64, 2014.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Apontamentos sobre política criminal e a "plea bargaining"*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175928/000461964.pdf?sequence=1>.

_____. *Delação premiada: Desde a profecia de um filósofo alemão em 1800 até a transação de Paulo Roberto Costa junto ao MP*. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/revista/819/delacao-premiada-4253.html>.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MANZINI, Vicenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. 5. ed. Torino: UTET, 1956. v. 5.

MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. A identificação compulsória pelo perfil genético e a hipérbole do direito ao silêncio. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5089, 7 jun. 2017. Disponível em: <https://jus.com. br/artigos/58233>.

_____, Vinícius; TORRES NETO, Benedito. PEC n.º 37/2011: um retrocesso inconstitucional. Ministério Público: o pensamento institucional contemporâneo. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, CNPG, 2012.

MARQUES, Denis Augusto Bimbati. Acesso imediato aos dados de futuras operações bancárias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4182, 13 dez. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/31503>.

MARREIROS, Adriano Alves (Coord.). *Manual nacional do controle externo da atividade policial*: o Ministério Público olhando pela sociedade. 2. ed. Brasília: Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG), 2012.

MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Custos Legis* – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, v. 4, 2013.

_____. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 442.

_____. *Roteiro de colaboração premiada.* São Paulo, 2012. Mimeografado.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado*: Lei n.º *12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal.* 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999. v. 1.

MONTOYA, Mario Daniel. *Máfia e crime organizado:* aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, Rômulo Andrade. A nova lei de organização criminosa – Lei n.º *12.850/2013*. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 43, maio-jun. 2015. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

_____. *A nova lei de organização criminosa*: Lei n.º 12.850/2013. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

MORO, Sérgio. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. *Delação premiada*: aspectos jurídicos. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016.

MOTA, Luig Almeida. O fenômeno da interceptação ambiental. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3618, 28 maio 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24546>.

NADER, Paulo. *I ntrodução ao estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NETTO, Vladimir. *Lava Jato*: o juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. Juiz sem rosto e crime organizado. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). *Direito penal e processo penal*: processo penal I. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: RT, 2015. v. 6.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2.

_____. *Organização criminosa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. Breves notas sobre a não autoincriminação. *Revista de Doutrina da 4.ª Região*, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em: <ttp://http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/eugenio_oliveira.html>.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Atividades de inteligência e processo penal*. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/direitomilitar/ano2005/denilsonfeitozapacheco/atividadedeintelige

_____. *Direito processual penal*: teoria, crítica e práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005.

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

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente encubierto como medio extraordinario de investigación*: perspectivas desde el garantismo procesal penal. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013.

_____. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *A investigação criminal realizada por agentes infiltrados*. Disponível em: <http://flaviocardosopereira.com.br/pdf/Artigo%20infiltra%C3%A7%C3%A3o%20criminal%20-%20Revista%20do%20MP-MT.pdf>.

_____. A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009.

_____. Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas). *Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais*, São Paulo: RT, v. 6, jan.-jul. 2007.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *I gnorância do parlamento. Definição de organização criminosa trará dor de cabeça*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-05/antonio-pitombo-definicao-organizacao-criminosa-trara-dor-cabeca>.

_____. *Organização criminosa*: nova perspectiva do tipo legal. São Paulo: RT, 2009.

PRADO, Geraldo. *A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____; DOUGLAS, Willian. *Comentários à lei contra o crime organizado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

PRADO, Luiz Regis. Direito penal econômico. 6. ed. São Paulo: RT, 2014. _____. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (direito penal econômico)*. São Paulo: RT, 2014. v. 8.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RASCOVSKI, Luiz. *A entrega vigiada como meio de investigação*. 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-14062012-110431/pt-br.php>.

REIS, André Wagner Melgaço. *A mentira do réu e a dosimetria da pena*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47119/amentiradoreueadosimetriadapena>.

RODAS, Sérgio. Delação premiada não é involuntária só por acusado estar preso, diz Sergio Moro. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015ago20/delacaopremiadapresonaoinvoluntariamoro>.

ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Legislação criminal para concursos*. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 1999.

SALGADO, Daniel de Resende. Considerações acerca dos conhecimentos ao acaso a partir das interceptações telefônicas e o foro por prerrogativa de função no STF – análise dogmática e dos precedentes da Suprema Corte. In: _____; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *El computado que colabora con la justicia penal*. *Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 7-5, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc0705.pdf>.

SANCTIS, Fausto Martin de. Interceptações telefônicas e direitos fundamentais. In: AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho; BASTOS, Marcelo Lessa. *Tributo a Afrânio Silva Jardim*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Rio de Janeiro: RT, n. 42, jan.-mar. 2003.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr. 2017. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.49

SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. *Garantismo penal integral* : questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. *Colaboração premiada (delação premiada)*. Disponível em: <https://wsaraiva.com/2014/09/20/colaboracao-premiada-ou-delacao-premiada/>.

SICA, Leonardo. Infiltração de agentes: posição contrária. *Jornal Carta Forense*, set. 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/infiltracao-policial-posicao-contraria/11949>.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2007.

SILVA, Danni Sales. Da validade processual penal das provas obtidas em sites de relacionamento e a infiltração de agentes policiais no meio virtual. *RBCCrim*, São Paulo, ano 24, n. 120, maio-jun. 2016.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei n.º *12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

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

_____. *Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro*. Recife, 2005, p. 492. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/xmlui/bitstream/hand-le/123456789/4013/arquivo5907_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial*: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015.

SUZUKI, Cláudio Mikio; AZEVEDO, Vinicius Cotta. Organização criminosa: confusões e inovações trazidas pela Lei 12.850/13. Disponível em: <http://claudio-suzuki.jusbrasil.com.br/artigos/121941247/organizacao-criminosa-confusoes-e-inovacoes-trazidas-pela-lei-12850-13>.

TAVARES, Juarez. A violação do sigilo bancário em face da proteção da vida privada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 1, jan.-mar. 1993.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

TRENTIN, Jiskia Sandri. Crime organizado: ferramentas legais de combate – interceptação telefônica e ambiental – e suas deficiências. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo

Guimarães (Coord.). *Crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TROTT, Stephen. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução: Sergio Fernando Moro. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 37, abr./jun. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categoria frustrada. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade,* Rio de Janeiro: Revan, ano 1, v. 1, 1996.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado*: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. *A nova lei do crime organizado – Lei n.º 12.850/2013*. Disponível em: <http://henriqueziesemer.jusbrasil.com.br/artigos/121943420/a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-n-12850-2013>.