

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DANILO ANDREATO

**TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO:
INSTRUMENTOS DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO À CRIMINALIDADE
PARA A PRESERVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

CURITIBA

2011

DANILO ANDREATO

**TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO:
INSTRUMENTOS DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO À CRIMINALIDADE
PARA A PRESERVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios.

CURITIBA

2011

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

A557t
2011 Andreato, Danilo
 Técnicas especiais de investigação : instrumentos de prevenção e repressão
 à criminalidade para a preservação do estado democrático de direito / Danilo
 Andreato ; orientador, Rodrigo Sánchez Rios. – 2011.
 145 f. il. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2011
Bibliografia: 133-145

1. Investigação criminal. 2. Direitos humanos. 3. Crime organizado. 4. Tutela
inibitória. I. Rios, Rodrigo Sánchez. II. Pontifícia Universidade Católica do
Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 341.43

DANILO ANDREATO

**TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO:
INSTRUMENTOS DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO À CRIMINALIDADE
PARA A PRESERVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Fábio André Guaragni
Centro Universitário Curitiba

Prof.^a Dr.^a Cinthia Obladen de Almendra Freitas
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 25 de março de 2011

*Para Nana, minha linda,
e nosso filho Guilherme.
Seja bem-vindo, Gui.*

AGRADECIMENTOS

Somente me foi possível chegar a este momento por ter contado com o auxílio de muitas pessoas. É hora de tornar pública essa gratidão.

Aos meus pais, Alício e Marina, pelo carinho, incondicional apoio e valiosos exemplos de superação.

A minhas irmãs Silvia, Uyara e Katty, pelos silenciosos e belos sentimentos audíveis a quilômetros de distância, e a Marco, pelo zelo familiar.

Ao meu afilhado e sobrinho Alicinho, por tornar inesquecível cada momento ao seu lado, e ao meu pequenino sobrinho André, pela alegria dos encontros.

A Bruno Costa Caribé (cuja formatura em Direito aconteceu na Bahia em 24 de outubro de 2008, mesmo dia da prova dissertativa da seleção do Mestrado, e por isso não pude estar lá), Lucas Moura Cerqueira e Frederico Almeida, meus amigos-irmãos hoje, respectivamente, em Mato Grosso do Sul, Bahia e Rio de Janeiro. Vocês são suportes imprescindíveis nessa jornada.

Aos amigos Alex Paulo de Jesus Santa'Anna e Márcio Leão, pela presença de sempre.

A querida amiga Andrea Ribeiro, pelas conversas e sorrisos que alimentam a alma e me fornecem novas forças para prosseguir na caminhada.

Ao amigo Leonardo Peres Fagundes, por me disponibilizar o seu estudo realizado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e pela hospitalidade, dele e da sua atenciosa esposa Rose, durante minha estadia em sua casa em Porto Alegre, em fevereiro de 2010.

A Ayeza Schmidt, estimada amiga, por me lembrar dos meus primeiros passos em terras paranaenses e renovar o carinho a cada oportunidade de reencontro.

A CAPES, pelo financiamento desta pesquisa, amparo fundamental para a sua concretização.

A todos os amigos que encontrei ao longo do curso, tornando essa etapa ainda mais singular, em especial a Camila Witchmichen Penteado, Christopher Marcantoni, Karin Bergit Jakobi e Manoela Priscila Schmitz.

A Eva Curelo, a “pequena Eva”, pelas úteis informações e presteza na secretaria do nosso PPGD.

A professora Dra. Flávia Piovesan, por suas cativantes aulas e construtivos ensinamentos sobre os direitos humanos.

Ao nosso decano, o professor Dr. Alvacir Alfredo Nicz, pelo enriquecedor conviver.

Ao meu orientador, professor Dr. Rodrigo Sánchez Rios, sobretudo pela serenidade na condução da minha trajetória durante todo o curso. Para além de um mestre, certamente encontrei um amigo.

Ao sempre solícito Vladimir Aras, pela amizade e constante aprendizado, grande responsável pela centelha das minhas reflexões sobre o tema aqui examinado.

A Renita Cunha Kravetz, pela oportunidade do agradável convívio propiciador de ricas lições práticas, muitas delas desenvolvidas nesta obra.

A equipe da Biblioteca da Procuradoria da República no Estado do Paraná, em especial a Dirce, pelas boas risadas e pronto atendimento às minhas buscas por inúmeras obras, e a Ângela Cristina Rodrigues, pela fraternal acolhida e pelo tempo em que esteve à frente daquele essencial setor.

A João Luiz Pianovski Vieira, que, com o desprendimento típico das relações de amizade, muito me ajudou na conciliação dos meus compromissos do Mestrado com as atividades profissionais.

A todos do Ministério Público Federal, em particular da Procuradoria da República no Estado do Paraná, que, direta ou indiretamente, contribuíram para este trabalho.

Concluí esta dissertação vivendo a expectativa do nascimento nos próximos dias do meu filho Guilherme. Ele e a dissertação, literalmente, foram gestados praticamente no mesmo período. A você, Gui, agradeço por me dar a oportunidade de já experimentar um pouco da porção divina pelo sentimento da paternidade.

A minha esposa, Nana, pela dedicação, amor, companheirismo e compreensão, principalmente durante essa travessia chamada Mestrado.

“A cada dia que vivo, mais me convenço de que o desperdício da vida está no amor que não damos, nas forças que não usamos, na prudência egoísta que nada arrisca, e que, esquivando-se do sofrimento, perdemos também a felicidade”.

(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

A presente pesquisa objetivou identificar os limites e proveitos do emprego das técnicas especiais de investigação (TEI) na prevenção e repressão à criminalidade e em que medida esses mecanismos se relacionam com a preservação do Estado Democrático de Direito na sociedade de informação. Uma das premissas para a utilização das TEI é fornecida pela afirmação e desenvolvimento dos direitos humanos, notadamente no período do pós-Segunda Guerra Mundial, com a reaproximação entre o Direito e a ética, rompendo com a tradição formalista, cultivada em boa parte do século XX, de considerar a Constituição um documento em que a dimensão política prevalecia ante a jurídica. Os diversos tratados celebrados a partir de então têm nos direitos humanos o paradigma ético, referencial adotado pela comunidade internacional para evidenciar a pauta valorativa da nova ordem global. A par disso, o trabalho analisa, a partir da constatação de que as organizações criminosas são uma inegável realidade no Brasil e no mundo, que as facilidades tecnológicas propiciadoras do significativo aumento do fluxo de bens e pessoas entre países proporcionaram também que esses grupos criminosos se valessem dessas praticidades, intensificando suas ações ilícitas não só dentro de um país, mas para além dos seus limites. Com o incremento dos delitos transnacionais, a comunidade internacional buscou erigir, principalmente por meio de tratados bilaterais ou multilaterais, um sistema global de prevenção e repressão, do qual despontam a Convenção de Viena de 1988, a Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida como fundamentos normativos internacionais das TEI. Nessa perspectiva, é imperioso que o Estado, além de não violar os direitos humanos, atue de modo a promovê-los e tutelá-los, inclusive lançando mão do direito penal e processual penal, quando necessidade houver. Ao possibilitar que sejam supridas insuficiências ou inaptidões dos tradicionais meios de prova ou de obtenção de elementos de prova na apuração e persecução penal, a utilização das TEI atende a mandamentos constitucionais e compromissos assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional, bem como qualifica a tutela preventiva e repressiva de bens jurídicos caros à sociedade, preservando o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Investigação criminal. Técnicas especiais de investigação. Crime organizado. Crimes transnacionais. Direitos humanos. Estado Democrático de Direito. Sociedade de informação.

ABSTRACT

This study aimed to identify the limits and income for the employment of special techniques of investigation (STI) in the prevention and repression of crime and to what extent these mechanisms relate to the preservation of a democratic rule of law in the information society. One of the premises for the use of STI is supplied by the affirmation and development of human rights, especially in the post-World War II, with the rapprochement between law and ethics, breaking with the formalist tradition, cultivated in much of the twentieth century, to consider the Constitution a document in which the political dimension prevailed before the law. The various treaties signed since then have on the human rights paradigm ethical references adopted by the international community to highlight the evaluative of the new global order. In addition, the study examines, from the fact that criminal organizations are an undeniable reality in Brazil and abroad, that the technological conducive to the significant increase in the flow of goods and people between countries also provided that these criminal groups were worth these practicalities, intensifying their illicit activities not only within a country, but beyond its limits. With the increase of transnational crimes, the international community sought to erect, mostly through bilateral or multilateral treaties, a comprehensive system of prevention and repression, which demonstrates the Vienna Convention of 1988, the Palermo Convention and the Merida Convention as foundations international norms of STI. From this perspective, it is imperative that the State, in addition to not violating human rights, act in order to promote them and protects them, even resorting to criminal law and criminal procedure when there is need. By enabling or disabilities are met shortcomings of traditional methods of proof or production of evidence in the investigation and criminal prosecution, the use of STI meets the constitutional provisions and commitments made by Brazil before the international community, and qualifies the preventive protection and enforcement of interests legal valuable to society, preserving the democratic rule of law.

Key-words: Criminal investigation. Special techniques of investigation. Organized crime. Transnational crimes. Human rights. Democratic rule of law. Information society.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACR	Apelação Criminal
ADA	Amigos dos Amigos
AgRg	Agravo Regimental
Apn	Ação Penal
Banestado	Banco do Estado do Paraná
Bemge	Banco do Estado de Minas Gerais
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC-5	Carta Circular n. 5
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CV	Comando Vermelho
Des.	Desembargador
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça eletrônico
DRCI	Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional
Ext	Extradição
FATF	<i>Financial Action Task Force</i>
FBI	<i>Federal Bureau Investigation</i>
FNSIC	Fundo Nacional Suíço de Investigação Científica
GAFI	<i>Groupe d'Action Financière sur le Blanchiment de Capitaux</i>
GAFISUD	<i>Grupo de Acción Financiera de Sudamérica</i>
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBRAC	Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional
Inq	Inquérito
Interpol	<i>International Criminal Police Organization</i>
j.	juízo em
Min.	Ministro
MLAT	<i>Mutual Legal Assistance Treaty</i>
MPF	Ministério Público Federal
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OECD	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>
OECE	Organização Europeia de Cooperação Econômica
PCC	Primeiro Comando da Capital
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
PNDH	Programa Nacional de Direitos Humanos
PPE	Prisão preventiva para extradição
PROVITA	Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas

QO	Questão de ordem
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SIAFI	Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STN	Secretaria do Tesouro Nacional
TCU	Tribunal de Contas da União
TEI	Técnicas especiais de investigação
TJ/MG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TPI	Tribunal Penal Internacional
TRF-4	Tribunal Regional Federal da 4. ^a Região
US Marshals	<i>United States Marshals Service</i>
US	<i>United States</i>
USSS	<i>United States Secret Service</i>
v.g.	<i>verbi gratia</i>
v.u.	votação unânime
WitSec	<i>Witness Security Program</i>

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL, NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	17
2.1 O PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL	17
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVERES DE PROTEÇÃO	21
2.3 CRIMINALIDADE ECONÔMICA CONTEMPORÂNEA	24
2.4 DIREITO À SEGURANÇA E À PROTEÇÃO PENAL EFICIENTE	26
2.5 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO-SÍNTESE	31
2.6 DO SISTEMA DE PROVAS IRRACIONAIS AOS PARÂMETROS DA INVESTIGAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	32
2.7 DIREITO DE AÇÃO, DIREITO À PROVA, DIREITO À INVESTIGAÇÃO	36
2.8 PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	40
3 CRIMINALIDADE ECONÔMICA CONTEMPORÂNEA E TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO	46
3.1 CRIMES TRANSNACIONAIS, PERSECUÇÃO PENAL GLOBAL	46
3.2 BENS JURÍDICOS PENAIS TRANSINDIVIDUAIS	51
3.3 CONTORNOS CONCEITUAIS SOBRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA	53
3.4 PROMOVER DIREITOS HUMANOS É TAMBÉM AGIR CONTRA A IMPUNIDADE	61
3.5 TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO	62
3.5.1 Arcabouço Normativo das Técnicas Especiais de Investigação	63
3.5.2 Ausência de Sistematização Legal das Técnicas Especiais de Investigação e Propostas <i>De Lege Ferenda</i>	64
3.5.3 Moralidade, Direitos Humanos e Técnicas Especiais de Investigação	68
3.5.4 Implicações da Subsunção Penal na Fase Investigativa	75
4 ASPECTOS DESTACADOS DE APLICAÇÕES DAS TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO: COLABORAÇÃO PREMIADA; PROTEÇÃO A VÍTIMAS, TESTEMUNHAS E COLABORADORES; E ACORDO DE LENIÊNCIA	80
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	80
4.2 COLABORAÇÃO PREMIADA	81
4.2.1 Divisor de Águas para a Estruturação e Difusão da Colaboração Premiada no Brasil: o Caso Banestado	82

4.2.2 A Colaboração Premiada na Convenção de Palermo	85
4.2.2.1 Localização/entrega de valores maculados: análise a partir do caso Abadía	85
4.2.2.2 Hipótese de imunidade processual do colaborador da Justiça.....	88
4.2.2.3 Viabilidade de cooperação internacional mesmo quando não configurada a dupla incriminação.....	89
4.2.3 Instrumento de Repressão à Corrupção: notas à Colaboração Premiada na Convenção de Mérida.....	89
4.2.4 Colaboração Premiada Contemporânea Equivale à Delação Premiada Manejada pelo Tribunal do Santo Ofício?	90
4.2.5 Possibilidade de Manutenção do Sigilo do Texto do Acordo de Colaboração: o <i>Habeas Corpus</i> 90.688/PR Julgado pelo STF	97
4.2.6 Variante de Colaboração Premiada na Lei Espanhola de Imigração.....	98
4.3 PROTEÇÃO A VÍTIMAS, TESTEMUNHAS AMEAÇADAS E COLABORADORES	100
4.3.1 Considerações Iniciais	100
4.3.2 A Convenção de Palermo	101
4.3.3 Programa Nacional de Direitos Humanos e o Sistema de Proteção da Lei n. 9.807/1999.....	104
4.3.4 Importância do Sistema Protetivo.....	106
4.4 TÉCNICA ESPECIAL DE INVESTIGAÇÃO FRANCAMENTE DIRECIONADA À TUTELA PENAL DA ORDEM ECONÔMICA: O ACORDO DE LENIÊNCIA.....	110
4.4.1 Generalidades sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência Estruturado pela Lei n. 8.884/1994	110
4.4.2 O Que São Cartéis?	115
4.4.3 Delineamentos do Acordo de Leniência.....	116
4.4.4 Acordo de Leniência, “Bagrinhos” e Direito Fundamental à Não Autoincriminação.....	120
4.4.5 <i>Leading Case</i> Brasileiro: o Cartel dos Vigilantes	121
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	129
REFERÊNCIAS	133

1 INTRODUÇÃO

Organizações criminosas, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, corrupção. Há pouco mais de 20 anos, esses e outros nocivos fenômenos sociais passaram a receber ainda mais a atenção de diversos países que, principalmente por meio de tratados bilaterais ou multilaterais, buscaram harmonizar suas legislações de maneira a tecer uma verdadeira rede global de prevenção e repressão à criminalidade. Isso porque as praticidades decorrentes dos avanços tecnológicos, facilitando sobremaneira nossas atividades diárias, propiciaram também novas vias para o cometimento de crimes, com a intensificação do seu viés transnacional, ameaçando valores democráticos e a sociedade.

Cometidos por grupos organizados, não são raros os crimes graves e de alta complexidade que costumam deixar poucos elementos de prova, tendo em conta a mentalidade desses grupamentos, para o sucesso da empreitada, de que inexistam ou sejam minimizados vestígios, trilhas delitivas, documentos e até mesmo testemunhas de suas ações. Nesse cenário, as técnicas investigativas tradicionais, basicamente documental e testemunhal, mostram-se insuficientes para a reunião de indícios de autoria e materialidade a fim de que o Estado efetue a adequada apuração dos fatos e tutele efetivamente o direito à vida, à segurança e à liberdade.

A partir de 1945, os desdobramentos do pós-guerra influenciaram decisivamente na edificação de um sistema internacional de direitos humanos cujas bases correspondem ao fundamento filosófico de uma nova ordem global, em que a concretização da democracia e o papel do Estado como garante de direitos humanos despontam como compromissos inadiáveis.

Respeito aos direitos humanos conjugado a eficientes apuração e persecução penal. Esse binômio é a pedra de toque deste trabalho, desenvolvido com vistas a identificar e examinar a legitimidade e proveitos das técnicas especiais de investigação (TEI), seu papel na prevenção e repressão à criminalidade, e como esses instrumentos se relacionam com a preservação do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, o estudo inicia-se pelo panorama do pós-Segunda Guerra Mundial e dos seus influxos para uma nova hermenêutica constitucional e para a redefinição do papel do Estado, em resposta às atrocidades cometidas pelo nazismo.

Afirmação dos direitos humanos, direitos fundamentais e deveres de proteção, bem como as bases teóricas do direito à investigação são abordados à luz dos limites constitucionais e de documentos internacionais de maior relevo.

Segue-se o exame de temas como organizações criminosas e promoção dos direitos humanos, de extrema valia para, aliados às bases lançadas, proporcionar a adequada compreensão das TEI e seu arcabouço normativo, com projeções em debates envolvendo moralidade e direitos humanos, e repercussões de eventuais imprecisões na subsunção dos fatos a tipos penais na etapa investigativa.

Toda essa primeira parte delinea o que se poderia chamar de premissas teóricas das técnicas especiais de investigação. Oferece alicerce ao desenvolvimento das ideias postas na etapa seguinte, em que são apreciados aspectos destacados de aplicações de três modalidades de TEI, cuja delimitação foi necessária em razão do vasto número de suas espécies e da grande diversidade de questões próprias a cada uma delas.

Sobre a colaboração premiada, primeira espécie analisada, é abordado o marco histórico à sua profusão na ordem jurídica brasileira, que remonta ao caso Banestado, no Paraná, passando por anotações sobre o instituto à luz da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida).

São tratadas também as figuras da colaboração premiada contemporânea e da delação premiada medieval, a fim de bem distingui-las. Efetuamos anotações ao caso paradigma levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 90.688/PR, sobre a possibilidade de manutenção do sigilo do texto do acordo de colaboração premiada. Na sequência, é examinada uma variante de colaboração premiada inserida na legislação espanhola a respeito de fatores envolvendo a imigração.

A proteção a vítimas, testemunhas ameaçadas e colaboradores, modalidade cujo manejo está intimamente associado à colaboração premiada, é analisada sob o prisma da Convenção de Palermo, do Programa Nacional de Direitos Humanos iniciado em 1996 e do Sistema de Proteção erigido pela Lei n. 9.807/1999.

O acordo de leniência é estudado mais adiante. Única técnica especial de investigação criada especificamente para a tutela penal da ordem econômica, o que realça sua importância e a amplia no contexto do Cartel dos Vigilantes, primeiro caso

no Brasil em que se lançou mão desse mecanismo. Para oferecer ambientação teórica apropriada, traçamos, antes, os contornos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, instituído pela Lei n. 8.884/1994, no qual se insere o acordo de leniência.

É sob esse panorama que, ao final, apresentamos nossas conclusões, certos de que o tema, por sua importância, é merecedor de novos estudos.

2 PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL, NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 O PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Tanto a Constituição brasileira de 1988 quanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consistem em marcos históricos e teóricos importantíssimos ao campo jurídico, notadamente em razão dos aspectos democráticos que buscaram reconhecer, fomentar e concretizar.

A Declaração Universal de 1948, embora não se caracterize como diploma normativo por não ter a forma de tratado internacional¹, ainda assim tem a elevada função de traçar os delineamentos de uma ordem pública fundada no respeito à dignidade da pessoa humana, que passa a ser o eixo do pensamento pós-guerra.

Passa a dignidade humana a se situar no centro do ordenamento jurídico e nas pautas de valores daquilo que se pretenda um sistema estatal democrático. A dignidade humana, na qualidade de fundamento dos direitos humanos e valor inato à condição humana, é concepção que mais adiante viria a ser agregada a todos os tratados e declarações de direitos humanos que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos².

Com efeito, a práxis jurídica e a concepção do Direito sofreram profundas mudanças depois de 1945³. Após a Segunda Guerra Mundial instaurou-se outro

¹ Apesar de não ser um tratado, a força normativa da Declaração Universal dos Direitos Humanos decorre de, pelo menos, dois motivos, como acentua Flávia Piovesan. O primeiro é porque se cuida de documento que confere interpretação ao termo “direitos humanos”, constante dos artigos 1.º e 55 da Carta das Nações Unidas, por meio da qual os Estados se comprometem a assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos. Além disso, a Declaração é indubitavelmente um dos instrumentos jurídicos e políticos de maior influência de todo o século XX, circunstância que elevou seus preceitos a direito costumeiro internacional e princípio geral de Direito Internacional (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 356).

² *Ibid.*, p. 137.

³ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha pós-guerra. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). **Doutrinas essenciais de direito penal**. Introdução: direito constitucional, princípios, evolução histórica, direito internacional e globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 1155-1203. Consulte-se também ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 17-36.

panorama político no globo, o que atingiu também a ambiência jurídica, promovendo uma reaproximação entre o Direito e a ética⁴.

A história do Direito e do Estado de Direito corresponde à “história das vicissitudes e dramas humanos”⁵, das quais os horrores levados a cabo pelo nazismo, sob o império da lei, deixou-nos várias lições, inclusive a de que a lei, por si só, não impede atrocidades e atos desarrazoados.

O pós-Segunda Guerra Mundial foi uma fase de renovação do estudo do direito constitucional, que pode ser sintetizada na ideia de que a Constituição tem força normativa, deixando de ser compreendida como mera carta de recomendações, além do reconhecimento da força normativa dos princípios e enunciados referentes aos direitos fundamentais, os quais têm de ser implementados. Até 1945 era praticamente intocável o primado da lei, estruturado a partir do princípio da legalidade, como fonte legitimadora do Direito. Tinha-se por válida uma norma jurídica não pelo fato de ser ela justa, razoável, mas sim, exclusivamente, por haver sido emanada de uma autoridade dotada de competência normativa. A lei correspondia à expressão superior da razão, o que, não exclusivamente, propiciou em diferentes partes do mundo autoritarismos de graus variados, produtos do “fetiche da lei e do legalismo acrílico”⁶.

Luís Roberto Barroso informa que a Constituição alemã, originariamente denominada Lei Fundamental de Bonn, de 1949, cuida-se da mais importante referência para o desenvolvimento das novas bases do direito constitucional na Europa, principalmente depois da instalação do Tribunal Constitucional Federal no ano de 1951, período a partir do qual se inaugurou “uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica no direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica”⁷.

Nesse novo constitucionalismo europeu sobreleva-se o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, desencadeando o rompimento com a tradição de se considerar a Constituição como documento de cunho eminentemente

⁴ Nessa perspectiva, “para uma teoria do delito que, à maneira positivista, exclui todos os pontos de vista político-criminais, sendo concebida como pura classificação formal, a única saída é a ‘correção valorativa’” (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 16).

⁵ Nesse sentido, confira-se a obra de VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. A expressão em destaque é do seu prefaciador, Agassiz Almeida Filho.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 229-241.

⁷ *Ibid.*, p. 245-246.

político, em sobreposição ao plano jurídico, subordinado às circunstâncias do Parlamento e da Administração⁸.

Até pouco tempo, no Brasil, os princípios não eram considerados como dotados de densidade normativa. Tinham um papel secundário, incumbidos da tarefa periférica de integrarem normas, se assim fosse preciso. Com a nova hermenêutica constitucional, passou-se à intensa valorização dos princípios, objetos agora de teorizações das mais detidas, em especial no desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, termos que a doutrina e jurisprudência brasileiras, não raro, tomam por sinônimos. Conquanto de origens distintas – o princípio da proporcionalidade, direito alemão; o da razoabilidade, direito anglo-saxão –, ambos exprimem noção de justiça e racionalidade, sendo admissível o uso de um pelo outro⁹.

A essa nova hermenêutica constitucional deu-se o nome de *pós-positivismo* ou *neoconstitucionalismo*¹⁰, em que a centralidade do ordenamento sai dos Códigos e, acertadamente, vai para a Constituição, porém nela não se esgotando, em face do grande

⁸ Ibid., p. 246.

⁹ “Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico” (COELHO, Inocêncio Mártires. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181). Com o mesmo entender, BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 255-261. Distinguindo razoabilidade de proporcionalidade, Humberto Ávila afirma que “a aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim”, ao passo que a razoabilidade, para ele, “não faz referência a uma relação de causalidade entre um *meio* e um *fim*” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 159-160). Também buscando diferenciá-las, SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 58-64.

¹⁰ “O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como ‘conformação da lei’. Essa transformação da ciência jurídica, ao dar ao jurista uma tarefa de construção – e não mais de simples revelação –, confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 48). Daniel Sarmento sublinha que não é tarefa simples definir o neoconstitucionalismo, talvez porque “não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional – teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 33-34).

relevo normativo conferido às Convenções e documentos internacionais¹¹. Acentua Luís Roberto Barroso que “a doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática”, buscando empreender “uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas”¹².

Nesses moldes surge o que já se observa chamar de *neoprocessualismo*¹³, marcado pela influência do neoconstitucionalismo no direito processual, a consagração do direito à tutela jurisdicional efetiva e com o desenvolvimento e manejo dos princípios processuais com sede constitucional, na perspectiva da edificação e solidificação de uma ordem jurídica justa, como ocorre com o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção do estado de inocência (ou não-culpabilidade), entre outros.

A efetivação das normas constitucionais, premissa metodológica considerada a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos e uma das bases do neoconstitucionalismo¹⁴, também há de plasmar o direito processual penal, com suporte em premissas desse jaez, a exemplo, ainda, do desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, pilar essencial para organização de um Estado Democrático de Direito, todas elas eminentemente calcadas na Constituição. Disso desponta o neoprocessualismo, estudo e aplicação do direito processual fincado em premissas teóricas e metodológicas do que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo. Nesse contexto, o processo é o instrumento pelo qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição¹⁵.

¹¹ A respeito, veja-se MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, mar. 2009, p. 333-370.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 249.

¹³ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 139-171.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 218.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 474-475. Destaca o autor que o processo consiste no “*módulo legal* que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, *colabora para a legitimidade da decisão*. É a via que *garante o acesso de todos* ao Poder Judiciário e, além disto, é o *conduto* para a *participação popular* no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o procedimento tem de ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais” (Ibid., p. 475). A propósito do tema, ver, ainda, CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 491-507.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVERES DE PROTEÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais possuem natureza material e natureza processual. A feição material encontra substrato, a título ilustrativo, no direito de acesso ao Judiciário e na inviolabilidade de domicílio. Bem lembra Luiz Guilherme Marinoni que a fundamentalidade material do direito parte da premissa de que os direitos fundamentais repercutem sobre a estrutura do Estado e da sociedade¹⁶. Já a feição processual corresponde ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa e outros do gênero.

Passou-se a perceber o teor jurídico-objetivo inerente aos direitos fundamentais, viés a partir do qual tais direitos passaram a ser vislumbrados como princípios objetivos, de modo a, mediante a ampliação do seu conteúdo, projetar influxos por todo o sistema jurídico, servindo de diretrizes para as instituições estatais, obrigadas em realizá-los. Cuida-se de precioso instrumento da dogmática dos direitos fundamentais do pós-guerra¹⁷.

Decidido em 15 de janeiro de 1958, o caso Lüth¹⁸ serviu de *leading case* ao Tribunal Constitucional Federal alemão, marcando o reconhecimento expresso de tal

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 166.

¹⁷ BALTAZAR JR., José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 50. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “A constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, constitui, sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 141).

¹⁸ “O cidadão alemão Erich Lüth conclamou, no início da década de cinquenta (à época era crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Portuária de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado por Veit Harlan, uma antiga celebridade do cinema nazista e responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme *Jud Süß*, de 1941. Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, com base no § 826 do Código Civil alemão – BGB. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conclamação ao boicote), sob cominação de uma pena pecuniária. Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo art. 5, I, 1, GG. O Tribunal Constitucional Federal julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do Tribunal

construção, ao consignar que a Lei Fundamental, “na Seção dos direitos fundamentais, estabeleceu uma ordem objetiva de valoração e daí deriva, de modo manifesto, um reforço da força conformadora dos direitos fundamentais”¹⁹.

O fundamento dessa mudança da função dos direitos fundamentais está vinculado à alteração das características do Estado. Em vez de posicionar-se prioritariamente como não interventor na vida dos cidadãos, com os direitos fundamentais de natureza social passa o Estado a direcionar seus esforços para prestar serviços ou erigir bases que possibilitem a sua prestação. Ressalte-se que reconhecer aos direitos fundamentais o seu viés objetivo não é incompatível com a permanência dos seus efeitos de índole de direito defesa. O Estado Democrático de Direito exige, por essência, a proteção mais efetiva possível do indivíduo e da sociedade²⁰.

São vários os efeitos decorrentes do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, a exemplo da proibição de retrocesso, a irradiação sobre a aplicação do direito e interpretação infraconstitucional, efeito perante terceiros, critérios para solucionar eventual colisão entre direitos fundamentais, direitos de participação por organização e procedimento, direitos a prestações ou direito a serviços públicos, bem assim o dever de proteção jurídico-fundamental²¹. Canotilho leciona que, de maneira diversa da que ocorre com a função de prestação, a relação que se estabelece na função de proteção perante terceiros é entre o indivíduo e outros indivíduos, decorrente do fato de que “muitos direitos impõem um *dever ao Estado* (poderes públicos) no sentido de este *proteger* perante *terceiros* os titulares de direitos fundamentais”²².

A alteração do papel do Estado também trouxe consigo a modificação do ponto de vista, notadamente quando se percebe que o direito de proteção tem por enfoque a perspectiva positiva, inversamente ao que se tinha por paradigma clássico, de caráter negativo, aqui entendida na acepção de ser destinada a impedir interferências estatais na vida dos particulares. Da proibição de excesso, passa-se a trabalhar com a noção de proibição de insuficiência, obrigando-se o Poder Público a concretizar em prol

Constitucional Federal. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral dos direitos fundamentais” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 236-237).

¹⁹ BALTAZAR JR., José Paulo. Op. cit., p. 50

²⁰ Assim, ROXIN, Claus. Op. cit., 2000, p. 31.

²¹ BALTAZAR JR., José Paulo. Op. cit., p. 51-52.

²² CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 409.

da sociedade os mandamentos protetivos derivados dos valores constitucionalmente consagrados.

Assim, tem o Estado o dever de efetivar seus objetivos tutelando bens jurídico-fundamentais e valendo-se de todas as suas esferas de atuação, como os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Para desincumbir-se dessa tarefa, é intuitiva a percepção de que não bastam a elaboração e promulgação de leis, sendo imprescindível a adoção de medidas para efetivamente protegerem os particulares de ameaças ou agressões cometidas entre si²³. Nesse cenário, omissões do legislador, ou dos que têm por obrigação aplicar a norma existente, traduzem-se em violações a direitos.

Direitos fundamentais processuais são igualmente princípios processuais, exercitáveis não apenas por cidadãos, mas também institucionalmente²⁴, como se dá pela Defensoria Pública, Advocacia-Geral da União e Ministério Público.

Ao promover ação penal, o Ministério Público, além de *custos legis*, nela atua como parte e, por conta disso, tem direitos e deveres processuais de quem é parte, nos quais se incluem o devido processo legal, o contraditório e o direito de ação²⁵. Além disso, se houver indeferimento sistemático e infundado de provas pelo juiz, restará configurado o cerceamento de acusação – o contraponto do cerceamento de defesa –, em razão de ferir o direito de ação, passível de mandado de segurança ante a lesão ao direito líquido e certo à prova. De fato, “não há como deixar de reconhecer às pessoas jurídicas de direito público, evidentemente consideradas as peculiaridades do caso, a titularidade de determinados direitos fundamentais”²⁶.

²³ BALTAZAR JR., José Paulo. Op. cit., p. 53-54.

²⁴ Sarlet menciona hipóteses em que a titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas de direito público alcança também certos direitos de natureza material, “como é o caso das Universidades (v. a autonomia universitária assegurada no art. 207 da CF), órgãos de comunicação social (televisão, rádio etc.), corporações profissionais, autarquias, até mesmo fundações, que podem, a depender das circunstâncias, ser titulares do direito de propriedade, de posições defensivas em relação a intervenções indevidas na sua esfera de autonomia, liberdades comunicativas, entre outros” (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 224).

²⁵ Vide o artigo 129, I, da CF, a respeito da privatividade da ação penal pública por parte do Ministério Público.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 224.

2.3 CRIMINALIDADE ECONÔMICA CONTEMPORÂNEA

A evolução da nossa sociedade tem ocasionado o surgimento ou alterações de inúmeros fenômenos, entre os quais se situam a criminalidade organizada e econômica e todas as suas particularidades, a exemplo da intensificação da transnacionalidade delitiva e da afetação de bens jurídicos transindividuais, como o meio ambiente, a segurança pública, a ordem econômica e o sistema financeiro nacional, fatos que não podem passar ao largo das atenções dos operadores jurídicos, cujo olhar acerca do direito penal e processual penal tem de estar sintonizado com as perspectivas do nosso tempo, aliado a aspectos éticos e práticos, com sólida e humanista fundamentação teórica.

Veja-se, por exemplo, a lavagem de capitais, atividade em que se busca dissimular a origem ilícita de bens e/ou valores com o propósito de acobertá-los sob o manto de uma aparente legalidade. O esmaecimento das fronteiras, em decorrência da maior possibilidade de movimentação financeira proporcionada com a abertura dos mercados e da crescente evolução da informática e do comércio eletrônico, tem na lavagem de capitais um dos reflexos obscuros da globalização.

O sistema de *money laundering* pode gerar graves impactos de ordem micro e macroeconômica, cujo grau de lesividade, tal como acontece nas infrações penais dessa espécie, não se revela imediatamente no momento da sua consumação. Seus perniciosos efeitos projetam-se para o futuro.

Microeconomicamente, um dos ecos negativos se faz sentir no embaraço à circulação de bens no mercado, ocasionado pelo fato de, usualmente, serem utilizadas empresas de fachada para conferir aparência de legalidade à atividade desenvolvida. Uma vez no mercado, tais empresas passam a concorrer com as demais, porém de modo desleal, pois altamente favorecidas com as injeções de dinheiro sujo, o que lhes permite praticar preços aquém do real patamar do mercado, de maneira a dificultar ou impedir que seus concorrentes, que atuam dentro da legalidade, continuem de portas abertas, bem assim a inibir o ingresso de novas empresas no setor, isso quando não as pressiona a lançar mão de práticas ilegais semelhantes.

A desestabilização da economia, com maior intensidade nos países em

desenvolvimento e com considerável força nos países desenvolvidos, é uma das nuances da afetação macroeconômica. A saída repentina de vultosas quantias de um país no processo de lavagem de capitais pode sinalizar ao mercado financeiro, de modo equivocado, uma determinada tendência, gerando instabilidade monetária em função das repercussões nas taxas de câmbio e de juros. Perdem-se, assim, investimentos no país das mais diversas ordens, com impactos na geração de empregos, saúde, educação, infraestrutura urbana etc.

Desses pontuais exemplos é possível perceber a elevada carga de dano social, acentuada pela deterioração das bases democráticas em face da corrupção, atravancando ou debilitando o desenvolvimento socioeconômico. Um dos traços característicos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é a contundente afirmação da democracia como única opção de regime político com características compatíveis com o pleno respeito aos direitos humanos²⁷. “O regime democrático já não é, pois, uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado”²⁸.

Flávia Piovesan salienta a impossibilidade do exercício dos direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos. O regime mais harmônico com a tutela dos direitos humanos é o democrático, porque o pleno exercício dos direitos políticos tem o condão de viabilizar o “empoderamento das populações mais vulneráveis”, fortalecendo sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas²⁹.

Nessa linha de raciocínio, não só os direitos individuais devem ser objeto de tutela pelo Estado, mas também os direitos socioeconômicos, marcadamente transindividuais, tendo em vista que guardam estreitos vínculos com a dignidade da

²⁷ Dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 21: “1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos; 2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país; 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto”. Na mesma Declaração, o artigo 29 estabelece: “1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível; 2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2.^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 234.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14.

pessoa humana por favorecerem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade e propiciarem o bem-estar geral.

2.4 DIREITO À SEGURANÇA E À PROTEÇÃO PENAL EFICIENTE

No caminho da preservação dos bens jurídicos sociais, ao lado dos bens jurídicos individuais, vê-se um sem-número de documentos produzidos pela comunidade internacional, os quais fincam bases também no direito à segurança, a ser alcançado inclusive por meio de uma proteção penal eficiente.

Conforme o artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal, a todos em nosso território é garantida a inviolabilidade do direito à segurança. Robustecendo este dispositivo, o artigo 144 da CF dispõe que a segurança pública, na qual se insere a ideia de segurança da sociedade, além de ser um dever do Estado, é direito e responsabilidade de todos, devendo ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Harmoniza-se com o *interesse público primário*, ou seja, interesse da sociedade, “sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social”, distinto do outro desdobramento do interesse público, o *interesse público secundário*, “que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário”³⁰.

No plano global, preveem o direito à segurança ou a ele relacionado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (arts. 3.º, 22, 28 e 29)³¹, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (arts. 9.º e 23)³², o Pacto Internacional dos

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2009, p. 375.

³¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos: “art. 3.º – Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal; (...) art. 22 – Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social (...); art. 28 – Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados; art. 29 – 1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível; 2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito aos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

³² Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: “art. 9.º – Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais (...); (...) art. 23 – 1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (arts. 1.º, 10 e 13)³³, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 5.º)³⁴, a Convenção Americana de Direitos Humanos (arts. 4.º, 5.º, 7.º, 17, 22 e 32)³⁵, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (arts. 6.º, 23, 24 e 27)³⁶, entre outros diplomas.

A tutela jurisdicional efetiva, aqui sustentada no campo processual penal mediante a implementação das técnicas especiais de investigação, não corresponde ao pejorativo termo “eficientismo penal”, componente presente na elaboração e prática do rito processual do Tribunal do Santo Ofício cuja pretensão conduzia-se por uma distorcida efetividade, inadmissível quando se tem em vista valores democráticos.

Não se compreenda por *proteção penal eficiente* a primazia *a priori* de direitos sociais ou de interesse geral sobre os individuais, ou vice-versa. É preciso ponderação. A tutela penal de um determinado bem jurídico é também exigência e mandamento que advém da concretização dos direitos humanos, cujo âmbito protetivo, quando necessidade houver, deverá também ser robustecido pelo direito penal, instrumentalizado por um processo penal desenvolvido com o respeito à dignidade da pessoa humana.

A impunidade, notadamente em casos de violação de direitos humanos, é em si mesma uma violação reiterada. Daí porque a importância da utilização de técnicas investigativas capazes de mitigar as dificuldades probatórias inerentes à criminalidade

³³ Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “art. 1.º – 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação (...); (...) art. 10 – 1. Deve-se conceder à família, que é o núcleo natural e fundamental da sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis (...); (...) art. 13 – 1. Os Estados partes (...) concordam promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”.

³⁴ Convenção Europeia de Direitos Humanos: “art. 5.º – 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e segurança”.

³⁵ Convenção Americana de Direitos Humanos: “art. 4.º – 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida; art. 5.º – 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral; (...) art. 7.º – Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais; (...) art. 17 – 1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado; (...) art. 22 – 1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais; (...) 3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas; (...) art. 32 – (...) 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”.

³⁶ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos: “art. 6.º – Todo indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa; (...) art. 23 – Os povos têm direito à paz e à segurança, tanto no plano nacional como no plano internacional; art. 24 – Todos os povos têm direito a um meio ambiente geral satisfatório, propício ao seu desenvolvimento; (...) art. 27 – 2. Os direitos e as liberdades de cada pessoa exercem-se no respeito dos direitos de outrem, da segurança coletiva, da moral e do interesse comum”.

complexa, sem descurar da observância dos direitos humanos, de modo a reduzir o grau de impunidade que, se elevado, fatalmente terá o condão de alimentar o sentimento de que o crime compensa.

É possível afirmar, assim, que os direitos humanos dimanam reflexos tanto no sentido de impedir certas atuações estatais quanto para impor a esse mesmo Estado a obrigação de tutelá-los, utilizando-se inclusive e subsidiariamente do direito penal e processo penal como mecanismos auxiliares na tutela dos direitos humanos³⁷.

Luciano Feldens explica que, na etapa pré-processual, esse dever estatal de proteção projeta-se “*na obrigatoriedade do Estado de implementar, ante a agressão de direitos humanos ou fundamentais, uma investigação séria e exaustiva, reputando-se ilícita sua omissão no setor*”³⁸. Do contrário, estará o Estado sujeito a ser responsabilizado no plano internacional perante as Cortes de Direitos Humanos.

Assim, os Estados, que antes basicamente limitavam-se a discutir internamente seus problemas, passam agora, em virtude da “mudança do estabelecimento de foro de discussões dos problemas estatais para o plano internacional por meio de organismos e organizações, a gestar, a abstrair estas normas desses foros”³⁹.

Um dos grandes desafios na prevenção e repressão à criminalidade é o de guiar-se de modo equilibrado, conciliando o quanto possível direitos e garantias fundamentais e a persecução penal, também reflexo do direito à segurança, sem abrir mão de importantíssimas conquistas para a humanidade, como o respeito à dignidade da pessoa humana como vetor axiológico e o princípio do contraditório, este nas dimensões formal e substancial, o que exige o estudo de novos temas, bem assim a leitura de temas antigos a partir de novas lentes. Contudo, as ciências penais de orientação jusfilosófica do pós-guerra concentraram-se demasiadamente no estudo do direito penal material, em detrimento do processo penal⁴⁰.

A eficiência da investigação e persecução criminal não deve ser aquém do necessário a ponto de inviabilizar a efetivação do direito humano e fundamental à segurança, nem além do razoável, pois o desnível neste ou naquele aspecto redundaria

³⁷ Também assim, FELDENS, Luciano. O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coords.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 240.

³⁸ *Ibid.*, p. 241.

³⁹ MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 208.

⁴⁰ HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, p. 1162.

em afronta aos direitos humanos.

No campo penal e com relação ao Brasil⁴¹, a obrigação internacional de investigar e processar delitos estipulados em documentos internacionais tornou-se ainda maior por conta da adesão ao Tratado de Roma, de 1998. O Brasil aderiu a essa Convenção, passando a admitir que seus nacionais sejam submetidos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI), instalado e em funcionamento na cidade holandesa de Haia desde 2002. A referida sujeição foi incluída no § 4.º no artigo 5.º da Constituição Federal de 1988, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004.⁴²

Assim, havendo denegação de justiça no Brasil, as causas afetas à lei penal brasileira e que contem com previsão no Estatuto de Roma poderão ser objeto de julgamento no TPI, nos termos dos artigos 5.º e 17 do Estatuto⁴³, que integrou o

⁴¹ Oriunda do processo de democratização do País, a Constituição Federal de 1988 caracteriza-se como um marco ao reconhecimento de obrigações internacionais em matéria de direitos humanos pelo Brasil, conforme menciona GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 153.

⁴² CF, artigo 5.º, § 4.º: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

⁴³ Estatuto de Roma: “Art. 5.º – Crimes da Competência do Tribunal: 1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) o crime de genocídio; b) crimes contra a humanidade; c) crimes de guerra; d) o crime de agressão. 2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas. (...) Art. 17 – Questões Relativas à Admissibilidade: 1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1.º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se: a) o caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento, ou não tenha capacidade para o fazer; b) o caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer; c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3.º do artigo 20; d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal. 2. A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias: a) o processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5.º; b) ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça; c) o processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça; 3. A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo”.

ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do Decreto n. 4.388/2002. No que se refere à jurisdição do Brasil, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional “guarda a mesma nota de complementaridade que existe entre a Justiça Federal e a Estadual, por força do incidente de deslocamento de competência”⁴⁴.

Essa nota de complementaridade consubstancia o princípio da complementaridade, importantíssimo para a cooperação entre jurisdições por intermédio da distribuição de competências, permitindo a manutenção da primazia das jurisdições nacionais e assegurando a atuação do Tribunal Penal Internacional quando os bens jurídicos protegidos pelo Estatuto de Roma não forem devidamente tutelados no plano doméstico, segundo assinala Natacha G. Viada⁴⁵.

A autora destaca a existência de duas razões fundamentais que apoiam esse princípio. Em primeiro lugar, processar delitos internacionais deve ser, principalmente, tarefa dos Estados, já que estão obrigados a proteger tais direitos. Em segundo lugar, o Tribunal Penal Internacional jamais chegará a ter uma capacidade de processamento a ponto de substituir os Estados nessa tarefa. A isto se deve acrescentar que a persecução dos delitos internacionais tem em mira dupla finalidade: evitar a impunidade nos casos concretos e também melhorar o respeito geral aos direitos humanos⁴⁶.

Existe uma certa dificuldade para que mecanismos criados para proteção dos direitos humanos sejam realmente aplicados. Isso porque, em regra, os países precisam assentir com a sua submissão à jurisdição internacional, fato este gerador de uma série de implicações no tocante à efetivação desses direitos.

Em questões como essa, a inclusão da confidencialidade como elemento de procedimentos investigativos, em especial no procedimento para o tratamento das comunicações relativas a violações dos direitos humanos e liberdades fundamentais previsto na Resolução 1503 (XLVIII), de 27 de maio de 1970, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, é prejudicial à sociedade, pois não se trata de

⁴⁴ ARAS, Vladimir. Federalização dos crimes contra os direitos humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 687, 23 maio 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6762>. Acesso em: 11 jan. 2010. A respeito do Tribunal Penal Internacional, consulte-se DELGADO, José Manuel A. de Pina; TIUJO, Liriam Kiyomi. Tribunais penais internacionais. In: BARRAL, Welber (org.). **Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 58-87; e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tribunal penal internacional e o direito brasileiro**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁴⁵ VIADA, Natacha G. **Derecho penal y globalización – cooperación penal internacional**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 83.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 83.

excepcionalidade fixada para resguardar o direito da vítima ou primar pelo deslinde dos fatos. Cuida-se de um manto de impunidade lançado a encobrir a atividade investigatória e a beneficiar, sobretudo, os agressores.

Fábio Konder Comparato cita que, depois do esfacelamento da União Soviética, o acesso dos Estados Unidos à condição de potência hegemônica mundial causou muitos empecilhos à reorganização das relações internacionais num sentido comunitário, devido à sua recusa sistemática a se submeterem às normas internacionais de proteção aos direitos humanos⁴⁷.

2.5 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO-SÍNTESE

Diante de uma diversidade de direitos relacionados como de caráter humanitário, Felipe Gómez Isa defende a existência de um direito-síntese, o direito ao desenvolvimento, cuja inserção se daria nos direitos de terceira dimensão ou direitos de solidariedade, ao lado da paz, meio ambiente e assistência humanitária. Conforme nos diz o autor, o pioneiro a traçar contornos conceituais ao desenvolvimento como direito humano foi o jurista senegalês Keba M'Baye, autor de uma conferência sobre o direito ao desenvolvimento no âmbito internacional, em 1972, na sessão inaugural do Curso de Direitos Humanos de Estrasburgo⁴⁸.

Em suma, o direito ao desenvolvimento consiste em direito-síntese. Significa, nas palavras de Felipe Gómez Isa, um direito que integra o conjunto dos direitos humanos, cujo objetivo último é a promoção e a aplicação do conjunto dos direitos humanos, tanto na esfera nacional como internacional⁴⁹. O direito ao desenvolvimento há de ser visto como um propósito a ser alcançado mediante ações de indivíduos, corporações, organizações não-governamentais e Estados, com responsabilidades compartilhadas para este fim e conscientes de seu papel de protagonistas da mudança, e não de meros figurantes. Cientes, outrossim, de que a

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 452.

⁴⁸ ISA, Felipe Gómez. **El derecho al desarrollo como derecho humano**. Disponível em: <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista3/articulos/felipegomez.htm>. Acesso em: 11 jan. 2010.

⁴⁹ Ibid.

pessoa humana é o sujeito central, participante ativa e beneficiária direta do desenvolvimento.

Contraopondo-se ao desenvolvimento socioeconômico, a atuação do crime organizado e sua infiltração em diversos setores estatais pode ser responsável pela agudização dos níveis de pobreza da população de um país⁵⁰. Por isso a promoção de princípios democráticos, como diz Francisco A. Muñoz⁵¹, é um passo para o êxito da segurança e do desenvolvimento dos direitos humanos, o que requer que as instituições sejam democráticas, com autoridade e baseadas na legalidade.

2.6 DO SISTEMA DE PROVAS IRRACIONAIS AOS PARÂMETROS DA INVESTIGAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ensina-nos Michel Foucault que a própria verdade⁵² tem uma história, o sujeito de conhecimento também tem uma história, bem assim a relação do sujeito com o objeto tem uma história⁵³. É curial ter em mente que a prova judiciária não deve primar pela busca de uma verdade lastreada apenas endoprocessualmente e dissociada do mundo extra-autos. Há de servir como instrumento de pacificação social, atentando-se que é “altamente desejável que o sistema chegue a um juízo de fato o mais próximo da verdade, mas é preciso ter a clara consciência de que aquilo que está provado pode ser falso; e o que não foi provado pode ser verdadeiro”⁵⁴.

⁵⁰ “Quando se tem em conta a altíssima rentabilidade de crimes como, por exemplo, o tráfico de drogas (que lucra com a miséria humana – a dependência química de jovens cidadãos); as fraudes praticadas contra o Instituto Nacional de Previdência Social (em prejuízo de milhares de beneficiados e segurados); os desvios de recursos públicos, destinados a programas sociais, obtidos por meio da corrupção de agentes públicos; os crimes contra o sistema financeiro (erodindo instituições bancárias, os investimentos e a poupança popular); e tantos outros efeitos deletérios dessa criminalidade – aumento da violência urbana, descrédito das instituições públicas – não parece difícil relacionar o dinheiro obtido com esses crimes ao indivíduo e à sociedade” (DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 109).

⁵¹ MUÑOZ, Francisco A. Futuro, seguridad y paz. In: MUÑOZ, Francisco A.; RUEDA, Beatriz Molina (orgs.). **Manual de paz y conflictos**. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2004, p. 458.

⁵² A despeito das inúmeras discussões e reflexões que certamente decorrem do que se compreende por “verdade”, desde logo advertimos que esse não é o propósito deste trabalho.

⁵³ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 54-78.

⁵⁴ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 14.

Inexiste neutralidade axiológica nas práticas probatórias, as quais dão mostras das “características culturais da sociedade – ou seja, evidenciam o modelo cognoscitivo das pessoas – como o próprio modelo de Estado em vigor”⁵⁵. No período medieval, as técnicas empregadas na seara processual eram os duelos, ordálias e juízos divinos, mecanismos probatórios que, posteriormente, receberam o nome de *sistema de provas irracionais*.

Durante a Santa Inquisição, “produzia-se” a verdade por meio de tormentas e suplícios infligidos aos suspeitos de heresia. Os ideais iluministas deram novo rumo à fisionomia da prova, deslocando para a razão do juiz o que antes tinha por mola-mestra as regras legais. Por certo, a relação entre prova e Estado é derivada das relações entre o indivíduo e o Estado, das quais as práticas processuais despontam como um fragmento dessas mesmas relações⁵⁶.

Duelos, ordálias e juízos divinos. Eram essas as antigas técnicas de “produção da verdade” – e, porque não dizer, de “justiça” da época que precedeu o Tribunal do Santo Ofício. Esses mecanismos de prova herdados dos costumes judiciários germânicos, em que se submetiam os contendores a uma espécie de jogo, eram através dos quais – acreditava-se – se manifestava a interferência divina na solução do conflito.

Em oposição àqueles métodos de “revelação da verdade judicial”, desenvolve-se uma nova racionalidade probatória, na qual a solução dos conflitos humanos deixa de ser confiada a Deus para constituir-se tarefa dos próprios homens⁵⁷. O inquérito, dotado de características diferentes das atuais, foi o instrumento utilizado na cultura medieval para a recapitulação dos acontecimentos atribuídos àquele submetido a julgamento.

Pontua Antonio Magalhães Gomes Filho que a prova não é um fim em si mesmo. Ela não se circunscreve ao processo, prestando-se a auxiliar na solução de conflitos sociais, de modo que, “para que essa finalidade última seja alcançada, a produção do convencimento judicial deve obedecer a determinados padrões e rituais, através dos quais a coletividade possa reconhecer-se”⁵⁸.

⁵⁵ Ibid., p. 7.

⁵⁶ Ibid., p. 9.

⁵⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 20.

⁵⁸ Ibid., p. 18.

A recapitulação dos fatos operada no processo não se cuida de “atividade técnica e neutra”, estando impregnada por elementos das mais diferentes ordens, como questões sociais, políticas e culturais, todas elas dinâmicas e variáveis de acordo com a época e os lugares onde se dão. Entre essas condicionantes, lembra Gomes Filho, é “imprescindível sublinhar que as concepções sobre o papel do processo – e, especialmente, da prova – estão diretamente relacionadas aos escopos do próprio Estado”⁵⁹.

Disso o autor conclui que, em um Estado que tenha como pretensão dispor sobre o funcionamento e condução de vida dos indivíduos e da sociedade, “o procedimento probatório tenderá a exercer uma função de maior investigação dos fatos”. Por outro lado, se a intenção do Estado prima pela manutenção do equilíbrio social, mediante a manutenção da autodeterminação dos indivíduos, o modelo muito provavelmente se restringirá a regular “o encontro entre os interessados e, como consequência, a atividade probatória estará menos afetada pelos interesses do próprio Estado”⁶⁰.

A elaboração do rito processual inquisitorial⁶¹ teve como pretensão primar por uma distorcida efetividade⁶². Como os inquisidores atuavam em obediência às ordens do papa, o maior representante de Deus na Terra, a conclusão do processo não poderia ser absolutória, livrando o acusado de qualquer decreto condenatório, porquanto representaria falha. Se o processo “falhasse” ao final, eximindo o réu de culpa, a sua instauração e trâmite teriam correspondido a uma sucessão de erros ao ter levado a julgamento um inocente.

⁵⁹ Ibid., p. 18.

⁶⁰ Ibid., p. 18-19.

⁶¹ Aury Lopes Junior, em comentários ao processo penal praticado durante a Inquisição e com apoio em Perfecto Andrés Ibáñez, sustenta que, “historicamente, está demonstrado empiricamente que o processo penal, sempre que buscou uma ‘verdade mais material e consistente’ e com menos limites na atividade de busca, produziu uma ‘verdade’ de menor qualidade e com pior trato para o imputado. Esse processo, que não conhecia a ideia de limites – admitindo inclusive a tortura – levou mais gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também alguns impossíveis de serem realizados” (LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 266-267).

⁶² Esclarecedor o magistério do processualista baiano José Joaquim Calmon de Passos ao traçar as diferenças entre os termos efetividade e eficácia, embora não adstrito ao campo da processualística penal, mas, eminentemente, lógico-jurídico: “A primeira [efetividade], *real* produção dos efeitos pretendidos com a decisão [...]; a segunda [eficácia], aptidão meramente formal de produzir efeitos, especificamente jurídica e indissociável de toda decisão válida” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 72).

Por ser exercido em nome de Deus, ente perfeito por excelência, os seus prepostos terrenos haveriam de conduzir o processo inquisitorial de forma impecável. Haveria de ser infalível. Nessas condições, era inevitável a sentença de condenação.

Fundamentado nesse raciocínio e tendo em vista que nenhum inquisidor gostaria que viessem à tona seus eventuais equívocos processuais, durante as atividades do Tribunal do Santo Ofício foram utilizados dos mais variados pretextos e métodos pungentes para extrair a confissão⁶³ do acusado e, assim, cancelar de infalibilidade a atuação processual canônica.

Nesse cenário, bastaria a confissão para o inquisidor deixar de lado todo e qualquer depoimento e elevá-la ao trono para tomar assento como rainha das provas⁶⁴, constituindo a equação penal o “alicerce ideológico que articula o mais eficiente aparelho de poder da Igreja, a inquisição, para cujos legisladores e juízes ao lado dos dogmas de fé cumpria também velar pelo dogma da pena”⁶⁵.

Medidas e soluções dessa espécie não podem ter lugar em um Estado Democrático de Direito⁶⁶, conjuntura na qual cabe aos órgãos de persecução criminal a adoção de técnicas de investigação que se mostrem eficientes, concretizando o dever de

⁶³ “A opção pela tortura descortina o atavismo no processo penal”, salienta Carlos Henrique Borlido Haddad. O autor cita o *third degree* que, até o início do século XX, era o “método utilizado pela polícia americana para obter a confissão do indiciado. *Third degree* significa terceiro grau, ou seja, a terceira fase do interrogatório, a mais dura. Consiste em esgotar o indiciado através de interrogatório prolongado por muitas horas, não o deixando dormir, ofuscando-o com luzes intensas e, ao final, quando insuficientes as medidas anteriores, com o emprego de violência física. [...] Em *Brown v. Mississippi* (1936), julgamento surgido como prenúncio de respeito ao devido processo legal relativamente a confissões extorquidas, a Suprema Corte não aceitou as declarações, produtos de agressão policial. A partir de então, considerou inaceitáveis as confissões obtidas pela polícia por métodos ilegais, o *third degree*” (HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O interrogatório no processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 128-130).

⁶⁴ É outro o significado emprestado por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha a essa locução. Para ele, “a expressão ‘a rainha das provas’ tem o seu sentido pelo conforto que traz à consciência dos que trabalharam no processo, pois como meio de prova o seu valor é idêntico ao das demais, avultando-se apenas por sua força tranquilizadora” (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7.^a ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 112).

⁶⁵ BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 240.

⁶⁶ “En un Estado Democrático de Derecho, que es el modelo de Estado que tomo por base, las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos. Así pues, y en la medida en que esto no pueda conseguirse de forma más grata, el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para tal coexistencia (como la protección de la vida y la integridad física, de la libertad de actuación, de la propiedad etc.), sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin (una Administración de justicia que funcione, unos sistemas fiscales y monetarios intactos, una Administración sin corrupción etc.)” (ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDHEL, Roland (org.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 447).

proteção e respeitando o direito à ampla defesa e ao contraditório, em face da relevância de medidas preventivas e repressivas contra a criminalidade organizada e a lavagem de dinheiro, entre outras modalidades complexas, sem descuidar da observância dos direitos fundamentais.

A segurança, dever do Estado para com os cidadãos, indubitavelmente consiste em um dos pilares da própria existência e legitimação estatal. O direito à segurança não dispensa o equilíbrio com o direito à liberdade e a dignidade da pessoa humana, encontrando amparo em diversos documentos internacionais de direitos humanos. A todos é garantido o direito à liberdade, para qual o Estado, com o propósito de salvaguardá-lo, poderá se valer até mesmo do direito penal, sem o qual se impõe a lei do mais forte, o que caracterizaria o direito da força em detrimento da força do direito, como refere Flávia Piovesan⁶⁷.

2.7 DIREITO DE AÇÃO, DIREITO À PROVA, DIREITO À INVESTIGAÇÃO

A fim de proteger bens jurídicos socioeconômicos, a comunidade internacional já se posicionou no sentido de adotar novos métodos investigativos. O *Groupe d'Action Financière sur le Blanchiment de Capitaux – GAFI* (ou, em língua inglesa, *Financial Action Task Force – FATF*)⁶⁸⁻⁶⁹, organismo intergovernamental

⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2007, p. 31-32.

⁶⁸ Em português, Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro. Criado em 1989 pelo G-7 – atual G-8, grupo dos países mais industrializados e economicamente desenvolvidos do mundo (Estados Unidos, Canadá, Japão, Alemanha, França, Itália e Reino Unido) mais a Rússia –, o GAFI aprovou oficialmente o Brasil como seu integrante no dia 21 de junho de 2000, em Paris.

⁶⁹ Há também o *Grupo de Acción Financiera de Sudamérica* (GAFISUD), congêner regional atuante na América do Sul. Existem diversas outras unidades regionais dessa natureza: “Grupo da Ásia-Pacífico sobre Lavagem de Dinheiro (APG – *Asia/Pacific Group on Money Laundering*); o Grupo do Caribe (CFATF – *Caribbean Financial Action Task Force*); o Grupo da Europa (MONEYVAL), criado em 1997 para revisar as medidas antilavagem de dinheiro e contra o terrorismo nos Estados membros do Conselho da Europa que não são membros do GAFI; o Grupo da Eurásia (EAG – *Euroasian Group on Combating Money Laundering and Financing of Terrorism*); o Grupo da África do Sul e da África Oriental (ESAAMLG – *Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group*); o Grupo Intergovernamental contra a Lavagem de Dinheiro na África (GIABA – *Intergovernmental Action Group against Money Laundering in Africa*); (...) e o Grupo do Oriente Médio e da África do Norte (MENAFATF – *Middle East and North Africa Financial Action Task Force*), criado em 2004”, conforme relaciona DE CARLI, Carla Veríssimo. O sistema internacional antilavagem de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 37.

sediado em Paris, na França, que estabelece padrões e promove políticas preventivas à lavagem de capitais e ao financiamento do terrorismo, editou “As 40 Recomendações” (*The 40 Recommendations*), reconhecidas pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial como padrões internacionais⁷⁰ para prevenção à lavagem de capitais.

Surgidas em 1990 para repreender a utilização ilegítima dos sistemas financeiros para lavagem de capitais, as recomendações foram revistas em 1996 e 2001, e atualizadas em 22 de outubro de 2004, acrescentando-se nove recomendações às 40 originárias.

Após o atentado de 11 de setembro de 2001, que destruiu as Torres Gêmeas do *World Trade Center*, em Nova Iorque, nos Estados Unidos, o GAFI expandiu sua atuação para reprimir o financiamento ao terrorismo com a elaboração, em outubro de 2001, das *9 Recomendações Especiais sobre Financiamento Terrorista (9 Special Recommendations on Terrorist Financing)*, um conjunto de medidas complementares às 40 Recomendações. Ganha relevo a de número 27, em que os países são incentivados a “apoiar e a desenvolver, tanto quanto possível, técnicas especiais de investigação adequadas à investigação do branqueamento⁷¹ de capitais, tais como as entregas controladas, as operações encobertas e outras técnicas pertinentes”⁷², como a colaboração premiada, interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, e vigilância eletrônica.

Essas e outras técnicas investigativas decorrem da criatividade permitida a partir do direito à prova e do direito à liberdade probatória – excluídas as provas ilícitas, salvo em dadas circunstâncias se favoráveis ao acusado e indispensáveis à sua defesa –, corolários do direito de ação (artigos 5.º, XXXV, e 129, I, da CF/88) e do contraditório (artigo 5.º, LV, da CF/88), este na sua dimensão substancial⁷³, plasmada no poder de

⁷⁰ Rodrigo Sánchez Rios enfatiza que “a criminalidade transnacional, cujos efeitos atingem o tecido sociopolítico e econômico de diversas nações, implica uma progressiva uniformização dos tipos penais e maior cooperação policial e judicial entre os diversos países, além da recepção de diversos documentos internacionais” (RIOS, Rodrigo Sánchez. **Advocacia e lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43).

⁷¹ “Branqueamento” é a expressão adotada em Portugal e França (precisamente neste, *blanchiment de capitaux*), enquanto na Espanha é corrente o uso de *lavado de activos* (ao menos esta é a locução na versão espanhola dos documentos do GAFI). Na Itália preferiu-se a *riciclaggio* para referir à reciclagem de ativos ilícitos. O Brasil optou por designar tais infrações penais de “lavagem de dinheiro”, correlato em português ao corriqueiramente usado nos Estados Unidos (*money laundering*).

⁷² FATF-GAFI. **The 40 recommendations**. Paris. 2004. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/38/50/34030817.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2010.

⁷³ A outra dimensão, denominada *formal*, é a visão convencional do contraditório, consistente no direito de ser ouvido e participar do processo. Por indubitável, o direito ao contraditório não se resume a esse

influir no juízo, de levar ao conhecimento do julgador, dentro dos limites constitucionalmente impostos, todas as informações possíveis representativas da sua versão dos fatos e circunstâncias em apuração.

Direito à prova e direito de ação estão umbilicalmente ligados. O direito à prova não está expresso na Constituição Federal, mas é decorrência lógica do sistema, ainda mais se percebida a existência do direito fundamental à liberdade probatória, excluídas as provas ilícitas, salvo em dadas circunstâncias se favoráveis ao acusado e indispensáveis à sua defesa, como no caso de interceptação telefônica ilícita como única maneira de o injustamente acusado demonstrar sua inocência⁷⁴.

Do direito à prova decorre o *direito à investigação*, afinal, o exercício do direito à prova traz em si a indissociável condição de busca e descoberta de provas⁷⁵. Para cumprir o seu dever de efetivação da segurança e, por consequência, atender ao respectivo direito à prestação jurisdicional efetiva, o Estado deve elaborar e aplicar técnicas adequadas, sem descurar da ponderação, no caso concreto, com os direitos fundamentais eventualmente colidentes. Guarda íntima conexão com a dupla face do princípio da proporcionalidade, consistente na *proibição de excesso* e na *proibição da proteção deficiente*, limites moduladores do sistema jurídico-penal⁷⁶, com vistas à tutela equilibrada de todos os bens jurídicos fundamentais, individuais e coletivos *lato sensu*.

Em larga escala, a doutrina e a jurisprudência tradicionais costumam aliar a máxima da proporcionalidade à aceção de proibição do excesso (*Übermassverbot*). Todavia, a profusão do desenvolvimento teórico dos direitos humanos e fundamentais como deveres de proteção implica outras projeções a partir da estrutura da proporcionalidade, que, ao lado da proibição do excesso, exprime também a noção da *proibição de proteção deficiente ou insuficiente* (*Untermassverbot*), direito inequivocamente reconhecido como fundamental⁷⁷.

É a identificação de um patamar mínimo de medidas estatais voltadas à tutela de bens jurídicos individuais e transindividuais, correspondendo ao *garantismo*

viés.

⁷⁴ Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 127-128; NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 795.

⁷⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 87.

⁷⁶ FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 191.

⁷⁷ Para uma visão mais detalhada a respeito, consulte-se Luciano Feldens (Ibid., p. 108).

negativo, consistente em limites ou impedimentos de fazer, e ao *garantismo positivo*, fundado em obrigações de prestações individuais ou sociais, de que fala Ferrajoli⁷⁸.

Nesta perspectiva, aliada à concepção do direito à segurança como direito fundamental, tem o Estado a obrigação não só de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos (*garantismo negativo*), mas também de se valer de meios preventivos e repressivos, inclusive penais e processuais penais, se necessidade houver⁷⁹, para protegê-los de agressões cometidas entre si (*garantismo positivo*).

A União Europeia e a Organização das Nações Unidas⁸⁰ também já produziram documentos no sentido de que sejam adotadas no plano normativo doméstico de diversos países técnicas especiais de investigação, a exemplo da entrega vigiada e da colaboração premiada. Como veremos, a Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado, de 12 de dezembro de 2000, também denominada Convenção de Palermo, trata de medidas destinadas a estimular a colaboração com a Justiça, em troca de benefícios penais. Idêntica trilha seguiu a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ou Convenção de Mérida, de 9 de dezembro de 2003, também abordada mais adiante.

Márcio Barra Lima informa que a União Europeia manifestou-se sobre o tema por meio da Resolução CE⁸¹, de 20 de dezembro de 1996, propondo aos Estados considerarem a possibilidade de “concessão de benefícios aos que rompam seus vínculos com a criminalidade, esforcem-se para evitar a continuação das atividades criminosas ou ajudem as autoridades policiais ou judiciais a obter elementos de prova” tidos por essenciais para a apuração dos fatos e úteis à identificação dos autores das infrações penais investigadas⁸².

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, 2.^a ed. rev. e ampl. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.*, com a colaboração de Alexis Augusto Couto de Brito *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 21.

⁷⁹ “El Derecho penal tiene como finalidad procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio-políticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos” (ROXIN, Claus. Op. cit., 2007, p. 446).

⁸⁰ Criada após o final da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas possui papel destacado na manutenção da paz “por ser o pilar do chamado sistema de segurança coletiva”, segundo LASMAR, Jorge Mascarenhas; CASARÕES, Guilherme Stolle Paixão e. **A Organização das Nações Unidas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 70.

⁸¹ Sigla para “Comunidade Europeia”.

⁸² LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade

Cerca de seis anos depois veio a lume a Decisão-marco CE, de 13 de junho de 2002 (2002/475/JAI), estabelecendo que os Estados poderão levar em consideração a possibilidade de reduzir a pena se o autor do delito: a) abandonar a atividade terrorista; b) proporcionar às autoridades administrativas ou judiciais que não poderiam ter sido obtidas por outros meios e que ajudem a (i) impedir ou atenuar os efeitos dos delitos; (ii) identificar e processar os outros autores do delito; (iii) encontrar provas e (iv) impedir que se cometam outros delitos dentre os enumerados no ato em análise.

Dois anos mais tarde foi a vez da Decisão-marco CE, de 25 de outubro de 2004 (2004/757 JAI) deixar expresso que os Estados viabilizem a adoção de medidas necessárias para redução das reprimendas nas hipóteses em que o autor do delito venha a abandonar suas atividades no âmbito do tráfico de drogas, proporcione às autoridades administrativas ou judiciais informações que não poderiam ter sido obtidas de outra maneira, de modo a auxiliar a prevenir ou atenuar os efeitos do delito ou a descobrir ou processar os outros autores do delito, bem como propicie a obtenção de provas ou que impeça que novos delitos de narcotráfico, elencados naquele documento, sejam perpetrados⁸³.

2.8 PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais processuais, assim encarados, possuem dimensão dúplice, tanto de caráter subjetivo quanto objetivo. Caracteriza-se por *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais processuais exatamente por consistirem em direitos subjetivos, uma posição jurídica de vantagem a seus titulares, ao passo que a *dimensão objetiva* tem por nota específica traduzir valores básicos e consagrados na ordem jurídica que devem presidir a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico, por todos os atores jurídicos.

Com efeito, deve o juiz interpretar esses direitos processuais como se interpretam os direitos fundamentais, conferindo-lhes o maior grau de eficácia possível, além de aplicar o princípio da proporcionalidade na hipótese de eventuais restrições que

moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 275, nota 13.

⁸³ Ibid., p. 275-276, nota 13.

se demonstrem irrazoáveis ou desproporcionais à efetivação de todo direito fundamental.

Cum granum salis, os fatos jurídicos devem ser tomados como perguntas e as consequências jurídicas como respostas. Certas situações demandarão respostas (consequências jurídicas) diversas, como no caso de acidente de trânsito com morte, em que pode resultar na privação da liberdade decorrente de homicídio (reflexo penal), indenização (reflexo cível) e suspensão ou proibição do direito de dirigir (reflexo administrativo).

Em todas as situações as consequências jurídicas têm de ser harmônicas entre si. Se no penal ficar provado que o acusado não cometeu o crime, por ser o denunciado seu homônimo, não poderá vir a ser responsável pela indenização tampouco sofrerá sanções a atingir o uso da sua carteira nacional de habilitação. Neste sentido, também pode haver absolvição no âmbito penal com fundamento na ausência de provas, mas condenação nas esferas cível e administrativa. O que não se admite são soluções conflitantes entre si.

Nesse imenso rol de perguntas a serem respondidas de modo adequado pelo Direito estão os direitos fundamentais, que, embora fundamentais, não são absolutos. A própria Constituição Federal reconhece essa relativização. É o que se vê no inciso XI do artigo 5.º da CF, ao afirmar que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”.

Embora corriqueiramente se fale “inviolabilidade de domicílio”, o artigo 5.º, XI, da CF consagra a inviolabilidade da casa, vocábulo cujo conceito empregado é amplo, para bem dimensionar o alcance da proteção. A palavra “casa” deve ser entendida, no dispositivo, como qualquer compartimento habitado, qualquer aposento ocupado de habitação coletiva, ou, ainda, qualquer compartimento privado não aberto ao público onde alguém exerce alguma profissão ou atividade (artigo 150, § 4.º, do CP). Assim compreendida, a proteção da inviolabilidade da casa cederá em quatro hipóteses:

- a) em caso de flagrante delito, a qualquer hora;
- b) em caso de desastre, a qualquer hora;
- c) para prestar socorro, a qualquer hora; ou

d) por determinação judicial, somente durante o dia⁸⁴.

Pela leitura decomposta à luz dos objetivos do dispositivo constitucional e em uma visão sistêmica do ordenamento jurídico pátrio, nossa interpretação é no sentido de que, em situações diferenciadas, anormais, não há que se falar de inviolabilidade de casa (ou domicílio). Isso não significa um salvo-conduto para, quem nela ingressar acobertado por uma dessas excludentes de ilicitude, agir de qualquer modo. O sujeito que adentra em casa alheia numa dessas situações tem de agir dentro de patamares aceitáveis, sob pena de escapar do raio de ação que lhe foi excepcionalmente permitido pela Constituição. Não poderá atuar fora dos limites do necessário, do adequado e do proporcional em sua estrita acepção, tendo em vista que eventuais colisões de direitos fundamentais devem ser resolvidas mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, que comporta os subprincípios da: a) *adequação* (o meio utilizado deve ser apto a alcançar o resultado pretendido); b) *necessidade* (inexistência de outra medida menos gravosa capaz de produzir os mesmos efeitos); c) *proporcionalidade em sentido estrito* (ponderação para aferir se o benefício obtido supera o ônus ocasionado)⁸⁵.

Perceba-se que, por exemplo, na legítima defesa o raciocínio é idêntico. Se o sujeito agir além do necessário para repelir agressão injusta, responderá pelo excesso. Como se vê, o excesso deixa de ser legítima defesa e passa a ser uma agressão não legitimada pelo Direito⁸⁶.

Podemos afirmar, portanto, que perguntas diferentes merecem respostas diferentes. Dito de outra maneira, fatos jurídicos distintos merecem consequências jurídicas distintas. Baseado neste entendimento, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que inexistem, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias fundamentais que se revistam de caráter absoluto, uma vez que nenhum direito ou garantia pode ser

⁸⁴ Compreende-se por “dia” o período entre o amanhecer e o anoitecer.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 409-412. No mesmo sentido, mas entendendo a proporcionalidade como “postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”, ÁVILA, Humberto. Op., cit., p. 165-173.

⁸⁶ São exemplos de agressões legitimadas pelo Direito a prisão em flagrante (agride o direito de liberdade) e a busca e apreensão de coisas (agrade o direito de propriedade e, a depender da hipótese, o direito à privacidade).

exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros⁸⁷.

Ponderando bens jurídicos, o Supremo Tribunal Federal decidiu na Reclamação 2.040-QO/DF⁸⁸ que, na espécie, a tutela dos bens comunitários da persecução penal pública, moralidade administrativa e segurança pública haveriam de prevalecer frente ao direito à intimidade, embora em contraposição à vontade da sua titular, a cantora mexicana Glória Trevi.

Idêntica razão imperou no julgamento, pelo Tribunal Pleno do STF, de questão de ordem no Inquérito 2.424/RJ, decorrente da Operação *Hurricane*, deflagrada pela Polícia Federal, em 13 de abril de 2007, no Distrito Federal e nos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Bahia, que objetivou desbaratar uma organização criminosa de exploração de jogo ilegal e crimes contra a Administração Pública, também suspeita de lavagem de dinheiro, entre outros delitos.

O STF permitiu o uso em processo administrativo de dados obtidos mediante interceptação telefônica decretada para fins penais, em nítido reconhecimento e efetivação da repercussão jurídico-probatória, situando os interesses considerados pela

⁸⁷ STF, voto do ministro Celso de Mello, Mandado de Segurança 23.452/RJ, DJ 12.05.2000, p. 20.

⁸⁸ “Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n. 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5.º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10.ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte – HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n. 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10.ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10.ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como ‘moralidade administrativa’, ‘persecução penal pública’ e ‘segurança pública’ que se acrescem, – como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, – ao direito fundamental à honra (CF, art. 5.º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10.ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do ‘prontuário médico’ da reclamante” (STF, Tribunal Pleno, Rcl 2.040-QO/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 21.02.2002, DJ 27.06.2003, p. 31).

Constituição na ponderação entre o direito individual à intimidade e os interesses públicos na repressão a ilícitos penais e administrativos.

A Lei n. 9.296/1996 regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988, cujo texto constitucional determina que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, *nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*. Por sua vez, diz o artigo 1.º, *caput*, da Lei n. 9.296/1996 que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto na referida lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Contudo, em paradigmática decisão, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a prova emprestada, da órbita penal para a cível, em matéria de interceptação telefônica.

Cuida-se, como dissemos, do fenômeno da repercussão jurídico-probatória, na expressão usada por Cezar Peluso, em seu voto. Esse histórico julgamento se deu em 25 de abril de 2007, quando, resolvendo a primeira questão de ordem, por maioria e nos termos do voto do relator, ministro Cezar Peluso, o STF autorizou, sob o dever de resguardar o sigilo, o encaminhamento de cópias do Inquérito n. 2.424/RJ ao Conselho Nacional de Justiça e ao Superior Tribunal de Justiça, os quais as haviam solicitado, apesar de os autos estarem revestidos de sigilo legal, em razão das interceptações telefônicas e escutas ambientais judicialmente decretadas. Pretenderam o CNJ e o STJ avaliar os fatos ali contidos e, conseqüentemente, a necessidade de instauração, ou não, de processo administrativo, a fim de apurar infrações disciplinares cometidas por magistrados.

Em questão de ordem⁸⁹ suscitada pelo relator, o STF reconheceu a possibilidade de, a partir de informações obtidas mediante interceptação telefônica e escuta telefônica devidamente autorizadas por autoridade judicial para fins de investigação criminal, utilizar tais dados em procedimento administrativo disciplinar contra as mesmas pessoas com relação às quais foram colhidos.

⁸⁹ STF, Tribunal Pleno, Inq.-QO 2.424/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 25.04.2007, DJ 24.08.2007, p. 55.

Restou ementado que os 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.

Ainda em sede do Inquérito 2.424/RJ, o ministro Cezar Peluso suscitou nova questão de ordem, a segunda⁹⁰, levada a julgamento pelo Tribunal Pleno em 20 de junho de 2007, ocasião em que a decisão anterior recebeu um *plus* permissivo. Passou-se a admitir a prova emprestada do produto da interceptação também contra outros servidores, cujos supostos ilícitos administrativos teriam emergido da colheita dessa prova.

Nos mesmos autos o STF reiterou o entendimento de que é lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, “ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua”.

⁹⁰ STF, Tribunal Pleno, Inq.-QO-QO 2.424/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 20.06.2007, DJ 24.08.2007, p. 55.

3 CRIMINALIDADE ECONÔMICA CONTEMPORÂNEA E TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO

3.1 CRIMES TRANSNACIONAIS, PERSECUÇÃO PENAL GLOBAL

É fora de dúvida que o bom emprego das inovações tecnológicas traz facilidades à vida, inovações essas que amplificaram a velocidade e o fluxo de pessoas e bens entre países. Lamentavelmente, porém, também se constata o seu manejo com propósitos ilícitos, em prejuízo da sociedade e dos valores constitucionalmente consagrados, tendo em vista que a versatilidade das tecnologias da informação e das comunicações viabilizou, outrossim, espaços e composições favoráveis ao cometimento de delitos patrimoniais e contra a ordem socioeconômica⁹¹.

Aos criminosos descortinaram-se oportunidades para mais agilmente ocultar seus ganhos, de maneira a impedir ou erigir maiores obstáculos à ação das autoridades públicas. “Em um piscar de olhos, ou no apertar de uma tecla, pode o criminoso enviar o produto de sua atividade a um país distante”⁹², não raro intensificando a dificuldade ou até mesmo impossibilitando o rastreamento dessas somas mediante a realização de sucessivas e complexas transações financeiras ou corporativas. Afinal de contas, em um mundo globalizado, a vizinhança é logo ali.

Pontifica Luigi Ferrajoli que a distinção entre o processo e o “fazer justiça com as próprias mãos” ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária reside no fato de que o processo prima por duas diferentes finalidades, em coerência com a dúplice função preventiva do direito penal: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes⁹³⁻⁹⁴.

Nessa perspectiva, o Estado nacional é ainda a pedra de toque para a

⁹¹ CABANA, Patricia Faraldo. **Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 24.

⁹² MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 191-192.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 483.

⁹⁴ “Pues si el Estado prohíbe, por principio, las venganzas privadas y los duelos, tan conocidos y usuales en la Edad Media, entonces nace para él, como reverso de una misma moneda, la obligación de velar por la protección y juzgamiento estatales del infractor y que la paz social sea renovada a través de la conclusión definitiva del procedimiento” (ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 2).

prevenção e repressão ao crime, tendo no direito processual penal o sismógrafo da Constituição, como diz Roxin⁹⁵. A ausência de alternativa viável, em paralelo à tentativa de esvaziar as funções do Estado, acaba por prejudicar as atividades preventivas e repressivas dirigidas à criminalidade, que se aproveita para preencher as lacunas estatais, ampliando seu poderio e embaraçando ainda mais a implementação de políticas criminais desses Estados.⁹⁶

No entanto, a aceitação e a defesa de que é ainda a partir do Estado nacional que se deve centrar a articulação da repressão da criminalidade transnacional não implica o abandono de tarefas e de realização de projetos de modo coordenado e em sistema de cooperação entre os Estados, a qual também recebe o nome de cooperação interetática. Esse labor mútuo, ao seu turno, deve se dar não só entre os Estados, mas também entre estes e organizações internacionais, como a Nações Unidas, com vistas à prevenção e controle da criminalidade global.

A cada dia aumenta o número dos acordos (bilaterais ou multilaterais) de cooperação jurídica internacional em matéria penal, diminuindo em muito o espaço de utilização das cartas rogatórias, substituídas por pedidos diretamente efetuados de uma autoridade central, encarregada de dar cumprimento aos termos do ajuste celebrado, para outra. Além dos acordos multilaterais como a Convenção de Viena de 1988, a Convenção de Palermo, a Convenção de Mérida e o Protocolo de San Luís⁹⁷, entre outros, há os de caráter bilateral entre o Brasil e Canadá (Decreto n. 6.747/2009), China (Decreto n. 6.282/2007), Colômbia (Decreto n. 3.895/2001), Cuba (Decreto n. 6.462/2008), Estados Unidos (Decreto n. 3.810/2001), França (Decreto n. 3.324/1999), Itália (Decreto n. 862/1993), Peru (Decreto n. 3.988/2001), Portugal (Decreto n.

⁹⁵ “En el procedimiento penal entran en conflicto los intereses colectivos e individuales entre sí con más intensidad que en ningún otro ámbito, la ponderación de esos intereses, establecida por la ley, resulta sintomática para establecer la relación entre Estado e individuo genéricamente vigente en una comunidad: ¡el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado! Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal” (Ibid., p. 10).

⁹⁶ COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). **Doutrinas essenciais de direito penal**. Introdução: direito constitucional, princípios, evolução histórica, direito internacional e globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 1313.

⁹⁷ Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, assinado pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai em 25 de junho de 1996, promulgado em nosso País mediante o Decreto n. 3.468, de 17 de maio de 2000.

1.320/1994), República da Coreia⁹⁸ (Decreto n. 5.721/2006) e Ucrânia (Decreto n. 5.984/2006)⁹⁹.

Na categoria dos multilaterais inclui-se também a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (Convenção de Nassau), de 1992, com vigência interna para o Brasil em 2008, conforme o Decreto n. 6.340/2008, publicado no Diário Oficial da União de 4 de janeiro de 2008, e o seu Protocolo Facultativo, assinado em Manágua, capital nicaraguense, em 11 de junho de 1993.

São diversas as modalidades de entreaajuda no âmbito mundial de persecução penal, das quais a mais antiga provavelmente seja a extradição¹⁰⁰. Vão desde a troca de informações com relação a investigados e acusados até a levar a cabo medidas processuais que, pelas vias tradicionais, demandariam o enfrentamento de verdadeira *via crucis* burocrática, como costuma ocorrer nas morosas cartas rogatórias.

Pela via da cooperação direta evitam-se os percalços da morosidade e anda-se em sintonia com o princípio da razoável duração do processo (artigo 5.º, LXVIII, da Constituição Federal¹⁰¹). A transferência de testemunhas ou réus, de um Estado para outro Estado, remessa de material probatório, além da “possibilidade do reconhecimento, quase que de plano, das sentenças estrangeiras, bem como na mobilidade dos condenados entre os diferentes Estados”¹⁰², são outros exemplos da cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Não por outro motivo, a Lei n. 9.613/1998 previu no seu artigo 8.º a hipótese de o juiz determinar, lastreado em tratado ou convenção internacional, ou, em sua falta, na promessa de reciprocidade por parte do país solicitante, a apreensão ou

⁹⁸ Coreia do Sul.

⁹⁹ No endereço www.mj.gov.br/drci/default.asp, do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do Ministério da Justiça, estão disponíveis para consulta a íntegra dos instrumentos bilaterais e multilaterais celebrados pelo Brasil no plano internacional.

¹⁰⁰ “En su inicio, la cooperación internacional penal estaba limitada a la extradición. Extradición que además era estudiada y concedida para cada caso concreto y sobre la única base del criterio de oportunidad. A partir del siglo XIX empezaron a surgir los primeros tratados bilaterales sobre cooperación penal, primero limitados a la extradición y, más adelante, ampliados a la asistencia judicial en el sentido estricto de las comisiones rogatorias. No fue sino hasta finales del siglo XX que, ante fenómenos de criminalidad organizada, tráfico de armas y estupefacientes, blanqueo de dinero, corrupción, terrorismo etcétera, y (o) por influencia de la globalización, los Estados se han visto obligados a reforzar la cooperación penal” (VIADA, Natacha G. Op. cit., p. 93). Sobre o assunto, confira-se BALTAZAR JR., José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (orgs.). **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

¹⁰¹ CF, artigo 5.º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

¹⁰² COSTA, José de Faria. Op. cit., p. 1313-1314.

sequestro de bens, direitos ou valores oriundos de crimes, praticados no exterior, descritos no artigo 1.º da lei, quais sejam: a) tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; b) terrorismo e seu financiamento; c) contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; d) extorsão mediante sequestro; e) contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; f) contra o sistema financeiro nacional; g) praticado por organização criminosa; h) praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

A Internet e as novas tecnologias permitem a realização de atividades ilícitas a partir de qualquer parte do mundo, como exemplificamos em estudo anterior¹⁰³ na situação em que o cidadão “A” mora no Brasil, acessa a rede pelo provedor “B” situado nos Estados Unidos, difamando “C”, residente na Austrália, pelo *site* “D”, alojado na Itália.

Inexistem dados estatísticos que bem dimensionem o fenômeno da criminalidade relacionado a essas novas tecnologias. A evolução social e dos meios de comunicação trouxe consigo inovações nos espaços e modalidades de interação¹⁰⁴, proporcionando que relações jurídicas ocorram nesses novos ambientes, como se dá na Internet.

Tais considerações nos levam a perceber que o ponto nodal está na precisa compreensão da realidade do nosso tempo, em que o Estado nacional, por si só, não se basta. Isso não significa, no entanto, que em datas pretéritas inexistisse o fenômeno da transnacionalidade.

O que se quer aqui dizer é que tal fenômeno agudizou-se em face dos progressos sociais, em particular no campo das comunicações e no trânsito de pessoas e

¹⁰³ ANDREATO, Danilo. Direitos de personalidade e Internet. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 50, 01 abr. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/1983>. Acesso em: 20 dez. 2010.

¹⁰⁴ Celso Três menciona que, “além da necessidade ou não de ordem judicial à produção probatória, há os aspectos tecnológicos. A variedade e sofisticação das interlocuções também enseja multiplicidade de apreensões da comunicação. Exemplificativamente, abordando os mensageiros instantâneos virtuais (MSN Messenger, Yahoo Messenger etc.), o procurador da República Vladimir Aras elenca métodos de interceptação possíveis: a) interceptação *on line* por meio do provedor (aqui ou no exterior); b) inserção de *software* de cópia no computador-alvo; c) subtração do sinal/transmissão e utilização de criptografia reversa para decodificação; d) invasão do computador e inoculação de *software* leitor de tela”. (TRÊS, Celso. **Crimes do colarinho branco – direito penal econômico**. Disponível em: <http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro/i-parte-geral/i-v-da-de-judicializacao-da-investigacao-e-da-des-obrigatoriedade-da-acao-penal>. Acesso em: 14 jun. 2010).

valores. Por outro lado, essa nova configuração veio acompanhada de inúmeras questões de elevada importância, como a forma de influência sofrida pelo Estado a partir dessas inovações e as novas linhas de legitimidade e força social¹⁰⁵. Todos esses aspectos refletem na persecução penal, principalmente quando essa persecução se refere a delitos transnacionais, como os crimes econômicos *lato sensu*, redes de corrupção, os tráficos de drogas, armas e munições, e outros tantos.

Nesse contexto, estima-se que somente atividades ligadas ao tráfico de drogas movimentem cerca de 500 bilhões de dólares anuais, superando valores provenientes da indústria petrolífera¹⁰⁶. Essas cifras bilionárias oriundas do narcotráfico, para serem usufruídas no mercado convencional, fatalmente terão de ser lavadas.

Cada vez mais grupos criminosos atuam não somente em um território nacional, rompendo seus limites e embaraçando sobremaneira a atividade investigativa e persecução penal em juízo. Segundo Maria Carolina de Almeida Duarte, artigos “piratas” chineses têm sido fabricados até mesmo em alto-mar. “Existem verdadeiras linhas de montagens instaladas nos próprios navios que saem de cidades como Xangai com destino a grandes mercados, como o Brasil”¹⁰⁷. Tais entraves, com os quais o Ministério Público e a Polícia se deparam para identificar a autoria de infrações penais e colheita de provas, tornam-se uma verdadeira tarefa labiríntica¹⁰⁸.

Não se pode perder de vista que o direito, qualquer que seja a concepção que dele se tenha, destina-se a atuar sempre como resposta a solicitações conflituosas, isto é, sempre em um momento posterior ao problema¹⁰⁹.

Como adverte José de Faria Costa, é preciso buscar perceber a criminalidade transnacional não como se fosse um fenômeno social qualquer, mas, antes

¹⁰⁵ “Pura e simplesmente o que é que aquilo que se acaba de perceber traz de diferente – e de diferença radical – ao nosso modo de ser coletivo? Por outras palavras: em que é que a comunidade politicamente organizada – o Estado – é influenciada? Em que é que ela se transforma? Quais as suas novas linhas de força? Quais as novas legitimidades que se podem perceber? Quais os traços que podem caracterizar essa nova realidade social? Eis um conjunto de perguntas fundamentais que viabilizam a procura de respostas adequadas à percepção de um modelo operatório para o direito penal e, muito particularmente, para o direito penal econômico” (COSTA, José de Faria. Op. cit., p. 1304-1305).

¹⁰⁶ Ibid., p. 1306, nota 12.

¹⁰⁷ DUARTE, Maria Carolina de Almeida. Globalização e a nova criminalidade. **Revista Territórios e Fronteiras**, v. 2, n. 1, Cuiabá, jan./jun. 2009, p. 94.

¹⁰⁸ “Imaginemos, agora, uma rede de narcotraficantes. A droga tem de ser comprada, transportada e distribuída. Ora, durante todas essas fases, uma pluralidade quase infinita de crimes é praticada. É evidente que cada uma dessas infrações tem um lugar onde foi praticada, mas a rede de narcotraficantes, em si mesma, verdadeiramente não tem lugar. É, pois, neste preciso sentido, que salientamos a qualidade da inexistência do local do delito” (COSTA, José de Faria. Op. cit., p. 1307).

¹⁰⁹ Ibid., p. 1307-1308.

de tudo, como um produto dos influxos da própria ideia de globalização. Perceber esse fenômeno não como “exaltação de uma visão conspirativa da história da sociedade”, mas sim, diz o autor, “como atuação racional de homens que agindo, se bem que no campo do ilícito penal, pretendem, sobretudo, captar o maior benefício ilícito que as novas possibilidades de um mercado global lhes propicia”¹¹⁰.

3.2 BENS JURÍDICOS PENAIIS TRANSINDIVIDUAIS

São incontáveis os benefícios sentidos nas mais diversificadas áreas decorrentes dos avanços tecnológicos, o que, todavia, trazem consigo inúmeros riscos a bens jurídicos constitucionalmente protegidos. O enfrentamento desses problemas exige mudança de paradigmas, implicando não apenas mudanças de nossas percepções e maneiras de pensar, mas também de nossos valores¹¹¹, sempre com amparo na dignidade da pessoa humana e princípios democráticos.

Esses novos valores podem ser identificados na sociedade de risco, proveniente do desenvolvimento tecnológico, em que os riscos atingem todo o corpo social¹¹², causando projeções no direito penal mediante a incriminação de novas

¹¹⁰ Ibid., p. 1310. Sobre o tema, diz Alicia González Vidaurri: “Pero ya no es la policía en su papel tradicional para prevenir delitos y proteger la vida social sino de una policía redimensionada, en cuerpos especializados para cada uno de los problemas que afectan al nuevo orden económico mundial: la emigración masiva, la desocupación generalizada, la protesta colectiva y la delincuencia organizada en todas sus facetas” (VIDAURRI, Alicia González. Globalización, post-modernidad y política criminal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). **Doutrinas essenciais de direito penal**. Introdução: direito constitucional, princípios, evolução histórica, direito internacional e globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 1209).

¹¹¹ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 27. Na mesma obra, o autor percebe como novo paradigma a “visão de mundo holística, que concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas. Pode ser também denominado visão ecológica, se o termo ‘ecológica’ for empregado num sentido muito mais amplo e mais profundo do que o usual. A percepção ecológica profunda reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos dependentes desses processos)” (Ibid., p. 25).

¹¹² “El acceso a la sociedad del riesgo se produce en el momento en el que los peligros que la sociedad decide ahora y produce consecuentemente socavan y/o anulan los sistemas de seguridad establecidos por el cálculo de riesgos existente en el estado de bienestar. En contraste con los primeros riesgos industriales, los riesgos nuclear, químico, ecológico y de la ingeniería genética: a) no pueden ser limitados ni en cuanto al tiempo ni en cuanto al espacio; b) no es posible exigir responsabilidades por ellos conforme a las normas establecidas de causalidad, culpa y responsabilidad legal; y c) no pueden ser compensados ni es posible asegurarse contra ellos. O, para expresarlo por referencia a un único ejemplo: hoy todavía no

condutas¹¹³, bem assim o estudo e desenvolvimento da teoria da imputação objetiva¹¹⁴. Disso decorrem críticas geralmente com enfoque na antecipação da intervenção do direito penal por intermédio da tutela de bens jurídicos transindividuais¹¹⁵, notadamente mediante crimes de perigo abstrato¹¹⁶, nova leitura das garantias do direito penal e processual penal e seu caráter simbólico¹¹⁷.

É patente que o direito não se realiza por si só, mas por meio do ser humano, altamente influenciado pela capa filosófica de determinada época. A mudança do eixo axiológico do campo jurídico deságua e também serve para moldar o direito penal e, conseqüentemente, o direito processual penal, em que aspectos formais não se

han *nacido* todos los afectados por Chenorbil, años después de la catástrofe” (BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. España: Siglo Veintiuno, 2002, p. 120).

¹¹³ “Entre os setores que têm experimentado um aumento significativo da regulação penal destacamos três. O *primeiro setor* se refere às hipóteses derivadas do progresso técnico e científico, como a informática ou a tecnologia genética, a que se poderiam acrescentar as hipóteses de fabricação, distribuição e utilização de produtos potencialmente perigosos, ou a biotecnologia aplicada direta ou indiretamente a elementos que podem chegar a influir na saúde ou manutenção das condições de existência atual do gênero humano. O *segundo setor* tem por objeto formas de comportamento que já estavam, ao menos parcialmente, castigadas no direito administrativo sancionador ou no direito penal acessório, porém, por uma mudança de valorização, incorporaram-se ao direito penal, experimentado assim não somente um endurecimento em sua regulação, mas também, frequentemente, uma expansão da mesma que tem lugar, ademais, antecipando as barreiras da punibilidade. Aqui se incluem, sobretudo, o direito penal ambiental e o direito penal econômico. Por último, no *terceiro setor* se poderiam incluir os setores não estritamente ‘novos’, nem ligados aos novos riscos tecnológicos, porém aqueles nos quais incidem outras características da sociedade atual, como a globalização e o caráter transnacional de certas formas de delinquência” (HAMMERSCHMIDT, Denise. **Transgênicos e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 225-226, nota 4). Essas afirmações da autora apoiam-se nas ideias de MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001, p. 41.

¹¹⁴ Sobre o tema, conferir GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Ver também GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹¹⁵ “A essa categoria de bens jurídicos, chamados metaindividuais, a doutrina tem apresentado as mais diversas denominações, conceitos e classificações. São eles uma realidade inegável, ainda que de difícil identificação e com conteúdo muitas vezes ambíguo, e que bem por isso escapam a uma definição mais exata” (PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 106).

¹¹⁶ Crimes de perigo são os que se consumam com a mera exposição do bem jurídico a perigo, bastando a probabilidade de dano. Os crimes de perigo se desdobram em: a) *crimes de perigo abstrato, presumido ou de simples desobediência*: a prática da conduta, imediatamente, já consuma o crime, havendo a presunção absoluta (presunção *juris et de jure*) do perigo a bens jurídicos. Ex.: tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006); b) *crimes de perigo concreto*: a demonstração da ocorrência da situação de perigo é indispensável à consumação. O perigo há de ser concreto, demonstrado, e não abstrato ou presumido. Ex.: perigo de vida (artigo 132 do CP), caso em que o perigo deve ser direto (referente a pessoa determinada, individualizada) e iminente (que ameaça acontecer de imediato). Essas duas classificações são as mais comuns, embora também existam outras como *crimes de perigo individual*, *crimes de perigo comum ou coletivo*, *crimes de perigo atual*, *crimes de perigo iminente* e *crimes de perigo futuro ou mediato*.

¹¹⁷ HAMMERSCHMIDT, Denise. Op. cit., p. 225-226.

mostram suficientes para timbrar de validade o transcorrer de atos que enfeixam a discussão judicial para o acerto de um caso penal.

O princípio da proteção do bem jurídico, sustenta Hassemer, enuncia que uma ameaça penal contra um comportamento humano é ilegítima sempre que não puder se lastrear na proteção de um bem jurídico¹¹⁸. Os bens jurídicos transindividuais, por dizerem respeito a um grupo de pessoas ou toda uma coletividade, são geralmente tutelados na esfera penal sob a forma de crimes de perigo abstrato, os quais se pautam pelo desvalor da ação.

Não se deve utilizar do direito penal com função meramente simbólica, por fatalmente implicar descrédito, criando-se figuras penais desnecessárias ou majorando reprimendas de modo a deixá-las em patamares desproporcionais aos bens jurídicos protegidos. Eleva-se a lição segundo a qual a “justificativa da punição de uma conduta a ser prevenida e reprimida penalmente deverá ser encontrada principalmente nas razões de política criminal orientadoras da tutela de determinado bem jurídico”¹¹⁹, como pontifica Rodrigo Sánchez Rios.

O direito penal e processual penal precisam permanecer conectados com as mudanças ocorridas na sociedade, com aptidão para responderem, de modo adequado, às atuais questões sociais.

3.3 CONTORNOS CONCEITUAIS SOBRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A estrutura sobre a qual se organiza a criminalidade transnacional nem sempre é simples. Para a obtenção de lucros mais expressivos, seus passos são detalhadamente elaborados. Na visão de José de Faria Costa¹²⁰, percorre três grupos, de

¹¹⁸ HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 1176-1177.

¹¹⁹ RIOS, Rodrigo Sánchez. Op. cit., p. 84.

¹²⁰ “Fundamentalmente, os diferentes três grupos assumem-se funcionalmente da seguinte maneira: o grupo central ou nuclear tem como finalidade principal levar a cabo o aprovisionamento, o transporte e a distribuição dos bens ilegais. Ligam-se, aqui claramente, coação e corrupção para expansão de poder e de lucro. Um outro grupo tem como propósito primacial servir de proteção institucional a toda a rede ou teia. É a tentativa de chamar à organização, de forma sutil ou direta, a política, a justiça e a economia, as quais, através do estatuto dos seus representantes, permitem criar bolsas ou espaços onde a atuação criminosa se torna possível. Finalmente, surge um terceiro grupo que tem como fim primeiro estabelecer a lavagem de todo o dinheiro ilegalmente conseguido. Operam-se, por conseguinte, ligações com instituições bancárias,

certa forma independentes, mas que possuem conexões entre si.

Os crimes mais comuns cometidos por organizações criminosas, de acordo com Cassio Roberto Conserino, são o tráfico doméstico e internacional de drogas, de armas, pessoas, órgãos humanos e animais silvestres, extorsões, corrupção de agentes públicos, exploração da prostituição, receptação, fraudes fiscais, crimes econômicos, evasão de divisas, lavagem de capitais, formação de cartéis, fraudes em licitações etc.¹²¹.

José Paulo Baltazar Jr.¹²² lista uma série de características que entende serem essenciais, e outras tantas por ele reputadas não essenciais, à caracterização das organizações criminosas. Menciona como *essenciais* a pluralidade de agentes, estabilidade ou permanência, finalidade de lucro e estrutura ou planejamento (organização de grupo). Os *atributos não essenciais*, conforme o autor, correspondem à hierarquia, divisão de trabalho, compartimentalização, conexão com o Estado, corrupção, clientelismo, infiltração no serviço público, emprego de violência, exploração de mercados ilícitos ou exploração ilícita de mercados lícitos, monopólio ou cartel, controle territorial, uso de meios tecnológicos sofisticados, transnacionalidade ou internacionalidade e obstrução da justiça.

Não são uníssonas as vozes quanto ao que se compreende por organização criminosa. Marcelo Batlouni Mendroni¹²³ alude a algumas concepções:

a) a dos criminologistas: a divisão de tarefa desponta como característica basilar, havendo postos designados por delegação para o cometimento de infrações penais, destacando-se as atividades de mandante, corruptor e corrompido;

b) a do *Federal Bureau Investigation* (FBI): grupo dotado de estrutura cujo objetivo primeiro é a obtenção de dinheiro por intermédio de atividades ilícitas, valendo-se para isso do uso de violência, corrupção, fraude ou extorsões, não raro impactando consideravelmente as regiões nas quais atuam;

cassinos e ainda com outras sociedades legalmente constituídas. É um grupo que funciona como placa giratória entre o mundo criminoso e o normal e comum viver cotidiano. O que tudo demonstra a forma particularmente racional e elástica deste tipo de organização. Tão elástica e tão fluida que o fato de algumas vezes se destruir um grupo não quer de modo algum significar que toda a rede tenha sido afetada” (COSTA, José de Faria. Op. cit., p. 1310-1311).

¹²¹ CONSERINO, Cassio Roberto. **Crime organizado e institutos correlatos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 20.

¹²² BALTAZAR JR., José Paulo. Op. cit., p. 124-145.

¹²³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 7-9.

c) a da *International Criminal Police Organization* (Interpol): grupo corporativamente estruturado e que tenha como principal intuito o ganho de dinheiro mediante atividades ilícitas. Vale-se da imposição do temor e da prática da corrupção;

d) a do Fundo Nacional Suíço de Investigação Científica (FNSIC): organização com funcionamento similar ao de uma empresa internacional – isso no caso de organização criminosa transnacional –, com rigorosa divisão de tarefas, dispondo de estruturas hierarquizadas e bem definidas, estabelecidas de maneira duradoura, direcionada à obtenção de lucros cometendo infrações e participando na economia legal. Para alcançar esse propósito, a organização lança mão da violência e intimidação, influenciando a economia e a política. Dispõe de mecanismos eficazes para impor as suas regras internas e tem os seus protagonistas como figuras intercambiáveis.

Segundo Rodrigo Carneiro Gomes¹²⁴, organização criminosa é ente transnacional, com estrutura empresarial, destinada à exploração de atividades ilícitas, estimuladas pela lei da oferta e da procura, e que utiliza aplicações tecnológicas e aproveita as fragilidades ou deficiências estruturais dos órgãos estatais para levar adiante tais atividades, mediante controle de uma área ou de determinado território.

Com maiores especificidades e de forma bastante didática, Rodolfo Tigre Maia¹²⁵ apresenta a seguinte tipologia referente às organizações criminosas:

a) organizações marcadas pela hierarquia, possuidoras de regras internas de disciplina, códigos de ética¹²⁶ e grande variedade de negócios lícitos e ilícitos. Sobressaem-se a *Cosa Nostra*¹²⁷ (dos Estados Unidos), as italianas *Camorra*, *Ndrangheta* e *Sacra Corona Unita*, clubes ilegais de motociclismo como os *Hell's Angels*, cartéis colombianos de cocaína, a japonesa *Yakuza*, a Máfia Russa e as Tríades e Tongs chinesas¹²⁸;

b) organizações profissionais, assim entendidas em face da especialização dos seus integrantes em determinadas atividades ilegais. Não contam com a estrutura

¹²⁴ GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 20-21.

¹²⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado**: anotações à Lei Federal n. 9.034/95 (organizações criminosas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 11-51.

¹²⁶ Sobre o tema, veja-se o subitem 3.5.3 deste trabalho.

¹²⁷ A *Cosa Nostra* nasceu na Sicília, na Itália, onde também atua.

¹²⁸ Consulte-se, ainda, COSTA JR., Paulo José da; PELLEGRINI, Angiolo. **Criminalidade organizada**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2008. Examinando a síntese evolutiva do Primeiro Comando da Capital (PCC), Comando Vermelho (CV), Amigos dos Amigos (ADA) e de outras organizações criminosas brasileiras, PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 73-100.

hierárquica e, em geral, sua atuação não ultrapassa as fronteiras. São organizações menos sofisticadas e envolvidas com os crimes de receptação, descaminho, tráfico de armas, fornecimento de equipamentos, bem como se ocupam com o comércio de “imóveis e armas para outras organizações, mediante taxas fixas e/ou participação no butim, furtos de veículos, laboratórios de refino de drogas, falsificação de moeda, distribuição de entorpecentes, assaltos a banco, extorsões mediante sequestros etc.”¹²⁹;

c) quadrilhas formadas ou chefiadas por pessoas de alta posição social que se valem da criação de instituições financeiras, formalmente autorizadas ou não a funcionar pelo governo, verdadeiras empresas de fachada utilizadas para a prática de delitos contra o sistema financeiro e a economia popular. Também se beneficiam, em tais crimes, de postos funcionais basilares ocupados por seus integrantes em empresas legalmente constituídas;

d) organizações inseridas nos órgãos e instituições do Estado para o cometimento de ilícitos penais, “e, especialmente, como aquela praticada institucionalmente pelos órgãos estatais, em consonância com a legislação eventualmente injusta vigente em determinado momento histórico”¹³⁰;

e) organizações terroristas com atividades inclusive internacionais, responsáveis por atentados contra pessoas e bens, não raro com uso de explosivos, sequestros de aeronaves e outros atos de violência para o alcance dos seus fins políticos. Com esteio em Michael D. Lyman e Gary W. Potter, Tigre Maia¹³¹ lista seis espécies deste grupo: o *terrorismo criminoso* (“que envolve o uso do terror exclusivamente para fins de ganhos econômicos ou psicológicos. Não se constata neste caso qualquer compromisso com mudanças sociais, mas sim com o lucro”), *terrorismo ideológico* (“normalmente um esforço para mudar o poder político dominante, mas dentro dos limites da ordem estabelecida, sem que se pretenda uma mudança revolucionária”, do qual cita como exemplo o atentado do Riocentro, em 30 de abril de 1981, obra de militares descontentes com a abertura política e que pretendiam a intensificação da ditadura brasileira), *terrorismo nacionalista* (atividade terrorista que oferece apoio aos interesses “de um grupo étnico ou nacionalista, para além de sua ideologia política”), *terrorismo patrocinado pelo Estado* (“ocorre quando regimes governamentais usam

¹²⁹ MAIA, Rodolfo Tigre. Op. cit., 1997, p. 31-32.

¹³⁰ Ibid., p. 33-34.

¹³¹ Ibid., p. 34-35.

violência ou sua ameaça nas relações diplomáticas, fora do protocolo diplomático estabelecido”), *terrorismo revolucionário* (prima pela mudança da ordem política estabelecida por intermédio de uma revolução) e o *terrorismo religioso* (“aquele que pretende difundir ou implementar a supremacia de uma dada religião”).

Em que pesem as acepções mencionadas, é preciso deixar claro que nem toda organização criminosa é transnacional. Há grupos criminosos que atuam concertadamente somente no âmbito nacional assim como existem organizações que se dedicam a negócios espúrios para além das fronteiras do país no qual originariamente se estabeleceram.

Certo é que a transnacionalidade consiste em uma característica prescindível¹³². Sua ausência não é elemento hábil para desnaturar o caráter ilícito da organização, conforme se constata de vastos dados empíricos, de estudos nacionais e estrangeiros, e consoante reconhecem os documentos internacionais.

A Lei n. 9.034/1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, não trouxe o conceito dessa espécie de grupamento. Não obstante a ausência de definição legal e todas as controvérsias em torno do tema, objeto de acesos debates doutrinários, essa lacuna foi parcialmente suprida com o advento da Convenção de Palermo, de 15 de dezembro de 2000, promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004.

A partir de então, passou-se a contar com um conceito normativo para grupo criminoso organizado, assim constante do artigo 2.º da Convenção, diploma com *status* de lei federal ordinária¹³³:

¹³² Rodrigo Carneiro Gomes, conquanto inclua a transnacionalidade como elemento característico da criminalidade organizada, sublinha que “do ponto de vista da lei brasileira (Lei 9.034/1995), o alcance transnacional é dispensável para configurar a manifestação de crime organizado” (GOMES, Rodrigo Carneiro. Op. cit., p. 20).

¹³³ Conforme posicionamento unânime do STF no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, que incluiu o § 3.º no artigo 5.º da CF/88, os tratados e convenções internacionais têm tripla hierarquia no Brasil: a) no topo, os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Assim aprovados, gozam de *status* constitucional (equivalem às emendas constitucionais); b) em nível intermediário, os tratados sobre direitos humanos não submetidos a esse processo legislativo. Estes possuem caráter infraconstitucional, porém supralegal (superiores à legislação ordinária); c) no térreo dessa hierarquia, os tratados internacionais referentes a outros temas, que não direitos humanos, situam-se no mesmo patamar da legislação ordinária (STF, Tribunal Pleno, RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, DJe 12.12.2008, v.u.). O primeiro tratado aprovado pelo Congresso Nacional, nos termos do § 3.º do art. 5.º da Constituição Federal, foi a Convenção sobre

“Grupo criminoso organizado” – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Apesar de talhada legalmente, a definição trazida no artigo 2.º, alínea *a*, da Convenção de Palermo não teve o condão de aplacar as discussões jurídicas em torno da locução “organização criminosa”. O conceito legal traz elementos não-objetivos, como o período de existência do grupamento, sintetizado na expressão “existente há algum tempo”, cabendo à doutrina e jurisprudência preencherem essa moldura conceitual, de idêntica maneira como fizeram com o artigo 288 do Código Penal, em que, para a configuração deste delito previsto no CP, a exigência da estabilidade da quadrilha ou bando é fruto de interpretação do núcleo “associarem-se” conjugado com a finalidade de cometer crimes.

Nos julgamentos da Ação Penal 460/RO¹³⁴ e dos *Habeas Corpus* 63.716/SP¹³⁵ e 77.771/SP¹³⁶, o Superior Tribunal de Justiça recorreu ao conceito de organização criminosa fornecido pela Convenção de Palermo, também utilizado pelo Supremo Tribunal Federal quando do recebimento da denúncia nos autos do Inquérito 2.245/MG¹³⁷, do caso Mensalão.

Como se vê, existe no direito brasileiro o *conceito legal* de organização criminosa. Já o *tipo penal* de organização criminosa ainda não foi criado. A partir dessa definição legal trazida pela Convenção de Palermo fixou-se a competência das Varas Especializadas em Lavagem de Dinheiro e em Crime Organizado.

O Conselho da Justiça Federal (CJF), por força da Resolução n. 517¹³⁸, de 30 de junho de 2006, incluiu os crimes cometidos por organizações criminosas no rol de competência das varas federais criminais especializadas em crimes contra o sistema financeiro nacional e lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores. As

os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, conforme o Decreto Legislativo n. 186/2008 publicado no Diário Oficial da União em 10 de julho de 2008.

¹³⁴ STJ, Corte Especial, Apn 460/RO, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.06.2007, DJ 25.06.2007, p. 209.

¹³⁵ STJ, 5.ª Turma, HC 63.716/SP, Rel. Min. Jane Silva (desembargadora convocada do TJ/MG), j. 28.11.2007, DJ 17.12.2007, p. 237.

¹³⁶ STJ, 5.ª Turma, HC 77.771/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 30.05.2008, DJe 22.09.2008.

¹³⁷ STF, Tribunal Pleno, Inq 2.245/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28.08.2007, DJe 08.11.2007.

¹³⁸ Modificou a Resolução CJF n. 314, de 12 de maio de 2003.

primeiras varas especializadas foram instaladas inicialmente nas seções judiciárias do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, nas respectivas capitais desses estados, todas afetas ao Tribunal Regional Federal da 4.^a Região¹³⁹.

Registre-se que, em se tratando da competência, essa inovação não afronta o princípio da legalidade penal, “tendo em conta que as normas citadas não estabelecem tipos ou sanções novas; apenas organizam e racionalizam a prestação do serviço jurisdicional nesta complexa matéria”¹⁴⁰⁻¹⁴¹.

Em seguida, na alínea *b*, o artigo 2.^o da Convenção define infração grave como “ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior”. Até a promulgação da

¹³⁹ Não se ignora os questionamentos a respeito da especialização das varas federais. Sobre a alegada violação ao princípio do juiz natural, uma vez que a competência das varas especializadas abrange, em geral, toda a área da seção judiciária, e não apenas a da subseção, Sérgio Fernando Moro anota que “as varas especializadas não são a *longa manus* do rei inglês ou mesmo o Tribunal de Segurança Nacional do Estado Novo. Trata-se apenas de especialização de varas segundo a matéria envolvida. No âmbito da 4.^a Região, para evitar tais espécies de questionamentos, ainda se ressaltaram da competência das novas varas as ações penais já em curso, não tendo ocorrido modificação de competência de ação penal já proposta” (MORO, Sérgio Fernando. Op. cit., p. 83).

¹⁴⁰ ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro, organizações criminosas e o conceito da Convenção de Palermo**. Disponível em: <http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigos-docs/convencao-palermo.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2010.

¹⁴¹ O Supremo Tribunal Federal reconhece a constitucionalidade da especialização. Confira-se: “(...) Especializar varas e atribuir competência por natureza de feitos não é matéria alcançada pela reserva da lei em sentido estrito, porém apenas pelo princípio da legalidade afirmado no artigo 5.^o, II, da Constituição do Brasil, ou seja, pela reserva da norma. No enunciado do preceito – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – há visível distinção entre as seguintes situações: [i] vinculação às definições da lei e [ii] vinculação às definições decorrentes – isto é, fixadas em virtude dela – de lei. No primeiro caso estamos diante da reserva da lei; no segundo, em face da reserva da norma [norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar ou regimental]. Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa – mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei – o princípio estará sendo devidamente acatado. 7. No caso concreto, o princípio da legalidade expressa reserva de lei em termos relativos [= reserva da norma] não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo e ao Judiciário, para, no exercício da função normativa, definir obrigação de fazer ou não fazer que se imponha aos particulares – e os vincule. 8. Se há matérias que não podem ser reguladas senão pela lei – v.g.: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de órgão público para o exercício de atividade econômica sem lei, aqui entendida como tipo específico de ato legislativo, que os estabeleça – das excluídas a essa exigência podem tratar, sobre elas dispondo, o Poder Executivo e o Judiciário, em regulamentos e regimentos. Quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; quanto a essas matérias não cabem regulamentos e regimentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despiciente – *verba cum effectu sunt accipienda*. A legalidade da Resolução n. 20, do Presidente do TRF da 4.^a Região, é evidente. 9. Não há delegação de competência legislativa na hipótese e, pois, inconstitucionalidade” (STF, 1.^a Turma, *Habeas Corpus* 85.060/PR, Rel. Min. Eros Grau, j. 23.09.2008, DJe 12.02.2009). Igualmente considerando constitucional a especialização, confira-se o *Habeas Corpus* 88.660/CE, julgado em 15 de maio de 2008 pelo Tribunal Pleno do STF, cujo acórdão ainda não foi publicado. No mesmo sentido: STJ, 6.^a Turma, *Habeas Corpus* 31.294/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19.08.2004, DJ 09.10.2006, p. 362; TRF-4, 8.^a Turma, Recurso Criminal em Sentido Estrito 2003.70.01.010030-4, Rel. Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro, j. 08.10.2003, DJ 15.10.2003, p. 989.

Convenção de Palermo não existia a categoria “crimes graves” no direito brasileiro, embora a Lei n. 8.072/1990 já listasse os crimes hediondos e os hediondos por equiparação, que se encaixam no conceito de infrações graves.

Nessa perspectiva, o artigo 44 do Código Penal considera leves os crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, nos quais seja aplicada pena igual ou inferior a quatro anos. Em tais casos poderá a pena restritiva de direitos ser aplicada em substituição à pena privativa de liberdade, o que implica a existência de crimes considerados graves pela comunidade internacional, mas que, no Brasil, estarão sujeitos a penas alternativas, a exemplo do estelionato (artigo 171 do CP), tráfico de influência (artigo 332 do CP), peculato (artigo 312 do CP), corrupção passiva (artigo 317 do CP) e corrupção ativa (artigo 333 do CP)¹⁴².

Os requisitos para caracterização de um grupo criminoso organizado podem ser visualizados, ao menos, sob três ordens: *estrutural*, *temporal* e *teleológica*. *Estrutural*, ao exigir a presença de três ou mais pessoas na composição do grupo, que, necessariamente, deverá ter atuação concertada, a sugerir bases fincadas e ordenadas; *temporal*, em razão da estabilidade; e *teleológica*, por conta dos fins a que se destina, sejam eles a obtenção de proveito econômico ou de cunho material, ponto diferenciador do terrorismo no terreno jurídico-penal, ante a prevalência neste último do componente ideológico¹⁴³.

Além desse conceito, caracteriza-se também a organização criminosa pelos crimes previstos na Convenção de Palermo: lavagem de dinheiro, associação criminosa, obstrução da justiça e corrupção, ainda que a pena não seja inferior a quatro anos.

O artigo 2.º, alínea *c*, da Convenção define *grupo estruturado* como grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, mesmo que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada. Daqui decorre a ideia de fungibilidade dos membros, em razão de poderem ser substituídos por outros à proporção que os integrantes originais perdem a ligação com o grupo, independentemente do motivo, seja porque foi preso, decidiu desligar-se ou dele foi

¹⁴² Assim também entendem ARAS, Vladimir. Op. cit., e DE CARLI, Carla Veríssimo. Op. cit., 2008, p. 174, nota 312.

¹⁴³ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 35.

desvinculado, ou faleceu. A distribuição de funções formalmente definidas é elemento dispensável, sendo suficiente a existência de divisão de tarefas e o respeito às disposições hierárquicas¹⁴⁴.

3.4 PROMOVER DIREITOS HUMANOS É TAMBÉM AGIR CONTRA A IMPUNIDADE

Direitos humanos são mais do que direitos propriamente ditos. São também processos¹⁴⁵. Num primeiro momento, tais direitos se identificavam com determinadas liberdades da pessoa em face e contra o Estado. Na releitura dos nossos dias, consistem em processos direcionados à obtenção de bens materiais e imateriais, resultados das lutas pelo acesso aos bens necessários à vida digna, a exemplo da liberdade de expressão, educação, moradia, meio ambiente, entre outros. Falar de direitos humanos em uma nova concepção significa dotar de meios e instrumentos – políticos, sociais, econômicos e jurídicos – propiciadores do acesso de todos aos bens materiais e imateriais conquistados no processo de desenvolvimento da humanidade.

É imprescindível partir para novas bases teóricas conjugadas a práticas renovadas na promoção da dignidade, aqui entendidas não apenas sob o aspecto abstrato e conceitual, mas como o acesso igualitário e geral aos bens necessários ao desenvolvimento humano. Afinal, a história dos grupos marginalizados e oprimidos é que tem construído os direitos humanos, até porque o objetivo dessas lutas nada mais é do que a busca por melhores condições para se viver dignamente. É estabelecer sistemas de garantias sociais, econômicas, políticas e jurídicas para que instituições nacionais e internacionais atuem em favor de todos.

O processo de positivação dos direitos humanos ocorreu a partir da segunda metade do século XX, cujo objetivo maior foi a proteção dos indivíduos contra as

¹⁴⁴ ARAS, Vladimir. Op. cit.

¹⁴⁵ Sobre o tema, consultar FLORES, Joaquín Herrera. La complejidad de los derechos humanos – bases teóricas para una definición crítica. **Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale**, Firenze, 2006. Disponível em: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/rights/herrera/index.htm>. Acesso em: 13 jan. 2010.

investidas arbitrárias e abusivas do Estado¹⁴⁶, refletido por conta do cenário global da época, em face das ditaduras em territórios latino-americanos e europeus, além das guerras mundiais que massacraram principalmente a Europa e Japão.

Contudo, um dos desafios é o estabelecimento de mecanismos jurídicos de modo a implementar tais normas e torná-las efetivas. Estabelece-se o binômio de, por um lado, impor aos Estados limites para a sua atuação e, noutro plano, atribuir-lhes a obrigação de garante dos direitos humanos. Promover os direitos humanos corresponde também a agir contra a impunidade. É onde entram em cena as técnicas especiais de investigação.

3.5 TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO

Dá-se o nome de técnicas especiais de investigação (TEI) aos meios de prova ou de obtenção de elementos de prova utilizados quando da inviabilidade de obtê-los por intermédio dos instrumentos investigativos convencionais, em última análise restritos a provas documental e/ou testemunhal, insuficientes para dar corpo ao dever de proteção e direito à segurança principalmente em face das características estruturais do crime organizado e da complexidade dos delitos econômicos e transnacionais cometidos por grupos dessa espécie.

São algumas dessas ferramentas especiais: a colaboração premiada, a infiltração de agentes, a ação controlada, a interceptação das comunicações telefônica, telemática e ambiental, a exploração de local, o acordo de leniência e, ainda que impropriamente, a proteção a vítimas, testemunhas e colaboradores da Justiça. Esta última é uma TEI imprópria porque não corresponde a meio de prova nem para a obtenção de prova. Cuida-se de mecanismo direcionado ao acautelamento de pessoa que necessite ser inserida em sistema de segurança especial por ter ciência de informações relevantes para o deslinde de fatos delituosos.

Essas técnicas podem ser manejadas associadas entre si e todas têm em mira o aprimoramento da produção probatória, para suprir deficiências ou inaptidões dos

¹⁴⁶ Com amplitude, *vide* LÓPEZ, Mikel Berraondo. **Los derechos humanos en la globalización: mecanismos de garantía y protección**. Alberdanía: San Sebastián, 2004.

métodos tradicionais diante de crimes complexos e das novas necessidades de segurança decorrentes das mudanças tecnológicas, políticas e econômicas da sociedade.

Não obstante a sigla TEI refira-se a investigação, é preciso reconhecer que ela diz menos do que na realidade significa, muito embora seja denominação já consagrada em documentos internacionais. Isso porque, em regra, lança-se mão das TEI durante a fase pré-processual, ao que, a rigor, chamamos de investigativa. Sucede, porém, que algumas delas, como a colaboração premiada e a proteção a testemunhas, podem ser manejadas ao longo da instrução processual em juízo, fazendo o papel de técnicas de investigação e de persecução na etapa judicial.

3.5.1 Arcabouço Normativo das Técnicas Especiais de Investigação

A Constituição Federal é fonte primária das técnicas especiais de investigação, conclusão que, em leitura aliada ao dever de persecução e direito à segurança, extrai-se do artigo 5.º ao autorizar, mediante ordem judicial, a interceptação de comunicações postais, telefônicas e telemáticas (inciso XII), e, também em caráter excepcional, o ingresso em domicílio alheio (inciso XI), possibilitando não só a busca e apreensão, mas também a exploração de local¹⁴⁷.

Atualmente esses mecanismos investigativos, não raro de modo pontual, possuem previsão em diversos diplomas legais: Lei n. 7.492/1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), Lei n. 8.137/1990 (Lei de Crimes contra a Ordem Tributária e Relações de Consumo), Lei n. 8.884/1994 (Lei de Prevenção e Repressão às Infrações Contra a Ordem Econômica), Lei n. 9.034/1995 (Lei de Combate ao Crime Organizado), Lei n. 9.296/1996 (Lei de Interceptação Telefônica), Lei n. 9.613/1998 (Lei de Repressão à Lavagem de Dinheiro), Lei n. 9.807/1999 (Lei de Proteção a Vítimas, Testemunhas e Réus Colaboradores), Lei Complementar n.

¹⁴⁷ ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 413. Também conhecida como “entrada”, a exploração de local “é técnica sigilosa, empregada com ou sem dissimulação, que se destina a viabilizar a entrada de investigadores em domicílio alheio, para a localização de objetos, pessoas, ativos ou provas, assim como para mapeamento. É realizada mediante a tomada de fotografias ou filmagens, para fins de inteligência policial” (Ibid., p. 447-448).

105/2001 (Lei de Sigilo Financeiro) e a Lei n. 11.343/2006 (Lei Antidrogas). É de se assinalar que a Lei n. 9.883/1999, que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência, também alude a técnicas especiais, sem diretamente nominá-las¹⁴⁸.

Servem igualmente de fundamento às TEI a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto n. 5.015/2004, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), promulgada pelo Decreto n. 5.678/2006, e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988), promulgada pelo Decreto n. 154/1991.

3.5.2 Ausência de Sistematização Legal das Técnicas Especiais de Investigação e Propostas *De Lege Ferenda*

Podemos dividir as TEI em dois grandes grupos. De um lado as expressamente previstas na legislação brasileira, apesar de muitas delas não estarem disciplinadas, apenas mencionadas no texto legal, e, do outro, as não previstas no ordenamento jurídico, mas por ele permitidas.

Em listagem não exaustiva dessas ferramentas nem dos seus respectivos dispositivos, o primeiro conjunto é formado pela ação controlada¹⁴⁹, entrega vigiada¹⁵⁰,

¹⁴⁸ Lei n. 9.883/1999, artigo 3.º, parágrafo único: “As atividades de inteligência serão desenvolvidas, no que se refere aos limites de sua extensão e ao *uso de técnicas e meios sigilosos*, com irrestrita observância dos direitos e garantias individuais, fidelidade às instituições e aos princípios éticos que regem os interesses e a segurança do Estado”.

¹⁴⁹ Nos termos do artigo 2.º, II, da Lei n. 9.034/1995, a ação controlada “consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada, 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”. O artigo 53, II, da Lei n. 11.343/2006 permite, mediante autorização judicial, “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”.

¹⁵⁰ Convenção de Palermo, artigo 2.º, alínea *i*: “Entrega vigiada – a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática”. Possui previsão também no artigo 1.º, alínea *l*, da Convenção de Viena de 1988. De acordo com Víctor Roberto Prado Saldarriaga, essa técnica “permite que una remesa de drogas, armas, insumos químicos o cualquier otra especie de procedencia o tráfico ilegal, y que se envía ocultamente, pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada por las

vigilância eletrônica¹⁵¹, colaboração premiada¹⁵², infiltração de agentes¹⁵³ e proteção a vítimas, testemunhas e colaboradores¹⁵⁴.

No segundo grupo enquadram-se todas as formas lícitas de obtenção de prova. Tais formas lícitas não positivadas, como a exploração de local e uso de recompensas, encontram fundamento também na criatividade, subsistente na frase “requer provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em Direito”, geralmente redigida ao final de petições iniciais extrapenais e, na praxe forense criminal, nas peças de resposta à acusação (artigo 396 do Código de Processo Penal)¹⁵⁵,

autoridades competentes, a fin de individualizar a los remitentes, a los destinatarios, así como a los demás involucrados en dicha actividad ilícita” (SALDARRIAGA, Víctor Roberto Prado. **La entrega vigilada:** orígenes e desarrollos. Disponível em: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_66.pdf. Acesso em: 20 nov. 2010).

¹⁵¹ A vigilância eletrônica pode se dar mediante rastreamento de sinais eletromagnéticos, conforme o inciso IV do artigo 2.º da Lei n. 9.034/1995, ao permitir a investigação por intermédio da captação e da “interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”. Em estudo sobre métodos que possibilitam rastrear aparelhos móveis, Leonardo Peres Fagundes explica o modo de funcionamento do sistema GPS, ou *Global Positioning System*, cuja base reside “em uma rede de informações via sinais de satélites, que permite que dispositivos aqui na Terra consigam estimar a sua localização por coordenadas de latitude e longitude através de uma triangulação entre um receptor e as posições conhecidas de três ou mais satélites”. O autor destaca que “sistemas de localização de dispositivos móveis estão cada vez mais sendo valorizados no mundo moderno devido à ampliação e à popularização desse tipo de redes, e à grande gama de dispositivos portáteis. A possibilidade, em tempo real, da localização de um dispositivo dependendo do contexto em que está inserido pode ser de vital importância para uma empresa ou organização. Já existem sistemas de localização sendo implantados em hospitais, onde a importância de localizar em tempo real médicos, por exemplo, é um grande diferencial na qualidade do atendimento aos pacientes. Em outras áreas, como grandes portos marítimos e fluviais, a localização de um *container* com carga sensível pode significar uma importante informação que agregaria enorme qualidade ao serviço prestado pela administração portuária a seus clientes. Um sistema de localização baseado em *wireless* pode auxiliar a identificação de obras em museus, protegendo-as e informando aos visitantes dados sobre a localização das obras” (FAGUNDES, Leonardo Peres. **Técnicas de localização de dispositivos móveis em redes Wi-Fi – TDOA**. 2008. 30 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Tecnologias, Gerência e Segurança de Redes de Computadores) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 12).

¹⁵² Artigos 13 e 14 da Lei n. 9.807/1999, dos quais nos ocuparemos linhas à frente. Há, ainda, o § 4.º do artigo 159 do Código Penal, a Lei n. 7.492/1986, a Lei n. 8.137/1990 e outras. Ferramenta semelhante à colaboração premiada, o acordo de leniência é regulado pela Lei n. 8.884/1994 e será examinado mais adiante.

¹⁵³ Consta do inciso V do artigo 2.º da Lei n. 9.034/1995 a previsão de “infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial”. Consulte-se também o artigo 53, I, da Lei n. 11.343/2006.

¹⁵⁴ Lei n. 9.807/1999: “Art. 1.º As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta Lei; (...) Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva”.

¹⁵⁵ CPP, artigo 396: “Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”.

a comumente chamada *defesa prévia* ou *defesa preliminar*. Há, inclusive, uma locução técnico-jurídica para essa criatividade. É a *liberdade probatória*, limitada somente quando a lei assim dispuser, aplicável ao processo penal tanto por dispositivo próprio (artigo 155, parágrafo único, do CPP) como por analogia¹⁵⁶ ao artigo 332 do Código de Processo Civil, que estabelece a regra geral segundo a qual todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não previstos em lei¹⁵⁷, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.

Mesmo com a possibilidade dada pelo ordenamento jurídico, temos como preferível e consentâneo com a tutela dos direitos fundamentais que o legislador envide esforços para, mediante lei, disciplinar ao menos as técnicas investigativas especiais de maior relevo, bem assim seus limites, competência e formas de operacionalização, a fim de fornecer trilhos mais sólidos para o uso de tais medidas, observando a ampla defesa e o contraditório e evitando atos que desbordem dos parâmetros constitucionalmente consagrados.

Ainda não há entre nós um diploma que englobe, sistematize e explicita os procedimentos específicos para cada uma das técnicas especiais de investigação utilizadas no País.

O projeto do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado n. 156/2009)¹⁵⁸ cuida de forma insatisfatória da matéria nos capítulos II e III, respectivamente dedicados aos meios de prova e aos meios de obtenção de prova, limitando-se em grande parte a reproduzir os métodos tradicionais e a inserir no Código, com modificações, a disciplina da interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas (*vide* artigos 245 a 263 do PLS n. 156/2009).

Andou mal a Comissão de Juristas¹⁵⁹ responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do CPP ao não cuidar de assuntos da ordem do dia, como a exploração de local, técnica que hoje, diante da ausência de regulamento específico, é

¹⁵⁶ CPP, artigo 3.º: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

¹⁵⁷ No ponto, a dicção exata do Código de Processo Civil é: “ainda que não especificados neste Código”.

¹⁵⁸ Na sessão extraordinária do dia 7 de dezembro de 2010 o Senado aprovou o Substitutivo ao PLS 156/2009, que será submetido à apreciação da Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645. Acesso em: 18 jan. 2011.

¹⁵⁹ Criada na forma do Requerimento n. 227/2008, aditado pelos Requerimentos n. 751 e 794/2008, e pelos Atos do Presidente do Senado n. 11, 17 e 18/2008. Coordenada por Hamilton Carvalho, compuseram a Comissão Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

utilizada com apoio no regramento da busca e apreensão (artigo 240 e seguintes do CPP em vigor). Na versão final apresentada ao Senado Federal, sob a relatoria de Eugênio Pacelli de Oliveira, a Comissão incorreu no deslize de tratar das provas, nos artigos 162 a 251, sem atentar para as técnicas especiais de investigação. A omissão é tamanha a ponto de não ter sido destinada nenhuma linha às TEI na longa exposição de motivos. Se não for aperfeiçoado, é seguro afirmar que o pretense novo CPP já nascerá anacrônico em relação aos meios de prova e meios de obtenção de prova.

Ainda em se tratando de proposta *de lege ferenda*, também está em tramitação no Congresso Nacional¹⁶⁰ o PLS n. 150/2006. Esse projeto da nova Lei de Repressão ao Crime Organizado prevê nos incisos I a VI do artigo 3.º os seguintes meios de obtenção de prova: colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais, comerciais, de concessionárias de serviços públicos e de provedores da rede mundial de computadores; interceptação de comunicação telefônica e quebra dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; e a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial.

A missão legislativa é árdua, reconhecemos, ainda mais por se estar diante de instrumentos não circunscritos a *numerus clausus* e permeados de peculiaridades. O hiato legislativo torna ainda mais espinhosas as tarefas dos operadores jurídicos, na medida em que, desprovidos de normas que melhor disciplinem importantes ferramentas ao desempenho de suas funções, veem-se compelidos a buscar diretamente no substrato constitucional e em tratados internacionais, nem sempre auxiliados pela doutrina e jurisprudência, caminhos para a efetivação dos objetivos da República orientados à preservação da paz e da segurança.

O crescimento das atividades das organizações criminosas, combinado com a intensificação dos delitos transnacionais e da vitimização difusa, exigem dos Poderes Públicos justas e oportunas respostas a essas demandas de afetação socioeconômica.

¹⁶⁰ Após aprovado no Senado, o PLS n. 150/2006 foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde chegou em 9 de dezembro de 2009 e se converteu no PL n. 6.578/2009, ora em tramitação. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=463455. Acesso em: 18 jan. 2011.

Disso não se conclua, porém, que a solução para tais problemas estejam exclusivamente sobre os ombros do direito penal e processual penal. De modo algum.

A par das pertinentes providências penais e processuais penais que a situação reclama, a prevenção e controle da criminalidade organizada hão de vir acompanhados com muito mais vigor e extensão pela elaboração e incremento de políticas públicas de educação, saúde, habitação, segurança, emprego, renda, lazer e demais aspectos necessários a propiciar o adequado desenvolvimento humano preconizado no Estado Democrático de Direito.

3.5.3 Moralidade, Direitos Humanos e Técnicas Especiais de Investigação

Dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no parágrafo 2.º do artigo 29, que, no exercício de seus direitos e liberdades, a pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer às *justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática*.

Diferenciar “moral” de “direito” consiste em um dos mais instigantes e controversos temas da filosofia jurídica¹⁶¹. Embora o direito sofra influência de aspectos e padrões morais, não é correto dizer que necessariamente tudo o que se passa no mundo jurídico seja ditado por motivos de ordem moral¹⁶². Força é convir, porém, que existem diversos pontos convergentes¹⁶³ entre regras morais e jurídicas, detectáveis pelo fato de, não raro, conferir-se forma de direito positivo àquilo que corresponde à moral.

¹⁶¹ Sobre reflexões envolvendo o tema, extremamente válida a leitura de FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Tradução de Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Fabris, 1976; e DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciante invejoso**: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. 3.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. A segunda obra traz a versão, em língua portuguesa, do texto intitulado *The problem of the grudge informer*, originalmente integrante do livro *The morality of law*, publicado em 1969 pela Universidade de Yale, nos Estados Unidos, também de autoria de Lon L. Fuller. Esse ensaio, vertido para nosso idioma por Dimoulis, era utilizado por Fuller como material de apoio em seus cursos de teoria do direito e introdução à problemática jurídica.

¹⁶² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43. Ilustrativamente, afronta a moral a prática de relações sexuais entre pai e filha, maior e capaz, com o consentimento desta, apesar de essa situação, por si só, não implicar fato ilícito.

¹⁶³ É o que Dimoulis denomina “núcleo comum” (DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 2.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 112).

Semelhanças existem entre normas jurídicas e preceitos morais. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹⁶⁴, tanto a moral quanto o direito possuem caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma objetiva, isto é, independentemente do consentimento subjetivo individual. Também ambos são elementos indissociáveis da convivência, uma vez que assim como não há sociedade sem direito, também não há sociedade sem moral.

A ética consiste no estudo filosófico da moral. A moral é, portanto, o objeto de estudo da ética, apesar de ser comum a utilização de um termo pelo outro, como sinônimos.¹⁶⁵

Em matéria ética, o fundamento consiste em um critério ou modelo de vida, em que não é possível servir de critério único para o juízo do bem¹⁶⁶ e do mal a opinião deste ou daquele indivíduo¹⁶⁷. A moral, por sua vez, é o conceito de bom ou mau referente à forma de comportamento da pessoa na sociedade. Segundo Fábio Konder Comparato, a ética consiste em comportamento social, ou seja, normas de condutas constituídas pela sociedade. Já a moral, afirma Comparato, diz respeito à consciência individual. Em suma, a ética refere às pautas de conduta que lhe indica o grupo social, ao passo que a moral condiz com as regras de conduta que cada um indica à sua consciência.

Tornou-se lugar comum afirmar que não deve o direito ocupar-se de tutelar a moral, principalmente por conta dos sérios desmandos decorrentes dessa ordem na Idade Média, em que heresias, transgressões morais e ilícitos penais se confundiam. No

¹⁶⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 356.

¹⁶⁵ Ensina Adolfo Sánchez Vasquez: “A ética é teoria, investigação ou explicação de um tipo de experiência humana ou forma de comportamento dos homens, o da moral, considerado, porém, na sua totalidade, diversidade e variedade. O que nela se afirma sobre a natureza ou fundamento das normas morais deve valer para a moral da sociedade grega, ou para a moral que vigora de fato numa comunidade humana moderna. É isso que assegura o seu caráter teórico e evita sua redução a uma disciplina normativa ou pragmática. O valor da ética como teoria está naquilo que explica, e não no fato de prescrever ou recomendar com vistas à ação em situações concretas” (VASQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Tradução de João Dell’Anna. 17.^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 11).

¹⁶⁶ “Agir eticamente é agir de acordo com o bem. A maneira como se definirá o que seja este bem, é um segundo problema, mas a opção entre o bem e o mal, distinção levantada já há alguns milênios, parece continuar válida” (VALLS, Álvaro L. M. **O que é ética**. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 67).

¹⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 438.

mundo medieval, era impossível demarcar os campos dessas três esferas de regulação do comportamento humano, ao contrário do que veio a ocorrer na época moderna¹⁶⁸.

A moral depende de cada época. Seu conteúdo será moldado pelo contexto histórico. Também o direito tem o seu teor preenchido a partir da capa filosófica da época.

No campo da ética, e não apenas nele, é preciso saber distinguir entre a razão ou razões pelas quais uma norma de comportamento social é de fato obedecida – o costume, o temor da sanção, o desejo de agradar aos poderosos – e a razão última pela qual ela deve ser obedecida¹⁶⁹.

Em uma mesma sociedade podem existir diversos sistemas de regras morais. A sociedade contemporânea enfatiza a liberdade do indivíduo. Assim, pode alguém pautar-se por uma moral religiosa específica, seguindo fidedignamente seus preceitos, ao passo que outro pode optar por uma vida boêmia e afastada de qualquer crença espiritual. Nos dois casos, as regras de comportamento moral seguidas dependerão da consciência de cada um, cabendo ao direito a tarefa de regular o convívio entre tais pessoas, permitindo-lhes coexistirem, apesar das diferentes mentalidades, valores e projetos de vida¹⁷⁰. A sociedade contemporânea comporta uma multiplicidade de sistemas morais decorrentes do comportamento moral fruto da consciência individual, razão pela qual o sistema jurídico do nosso tempo cinge-se a regulamentar o convívio social, a fim de tornar possível a coexistência de pessoas com distintas concepções de vida.

O ponto nodal situa-se no campo do *compromisso*¹⁷¹. O compromisso de quem integra um grupo criminoso, em última análise, é o de obter vantagens em detrimento dos valores constitucionalmente consagrados que interessam à estabilidade social, o que se revela um comportamento pernicioso à própria essência do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o parágrafo 1.º do artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que “*toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível*”.

¹⁶⁸ Ibid., p. 18.

¹⁶⁹ Ibid., p. 437.

¹⁷⁰ DIMOULIS, Dimitri. Op. cit., 2008, p. 106.

¹⁷¹ Também assim, PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 300.

Analisando o tema sob os prismas da sociologia e da psicologia, é possível afirmar a existência do plano moral em cada um deles. Do ponto de vista sociológico a afirmativa decorre da constatação de não haver cultura sem sistema moral, enquanto que com relação ao âmbito psicológico é fruto do fato de homens e mulheres serem passíveis de experimentar o sentimento de obrigatoriedade, o sentimento do dever moral¹⁷².

Embora de complexa definição, os direitos humanos são concebidos de forma a incluir reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo, reivindicações estas reconhecidas como *de direito*, e não apenas por amor, graça ou caridade, conforme afirma Louis Henkin, citado por Flávia Piovesan¹⁷³.

Os instrumentos internacionais de direitos humanos são nitidamente de cunho universalistas, pois têm o propósito de garantir às pessoas a proteção universal dos direitos e liberdades fundamentais, por isso tais instrumentos se valem de termos como “todas as pessoas” (ex.: “todas as pessoas têm direito à vida e à liberdade” – artigo 2.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948), “ninguém” (ex.: “ninguém poderá ser submetido a tortura” – artigo 5.º do mesmo diploma) etc.¹⁷⁴

Em face disso, ressalta Piovesan, ainda que a prerrogativa de exercer a própria cultura corresponda a um direito fundamental, com disposição expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, não há espaço para nenhuma concessão às “peculiaridades culturais” quando houver ameaça ou lesão a direitos humanos fundamentais. A concepção universalista tem por fundamento dos direitos humanos a dignidade humana, valor inerente à condição humana. “Qualquer afronta ao chamado ‘mínimo ético irredutível’ que comprometa a dignidade humana, ainda que em nome da cultura, importará em violação a direitos humanos”¹⁷⁵.

Nessa perspectiva, os direitos humanos estipulam condições mínimas do exercício da moralidade¹⁷⁶. Embora cada um tenda a manter-se firme à sua moral,

¹⁷² LA TAILLE, Yves de. **Moral e ética**: dimensões intelectuais e afetivas. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 32.

¹⁷³ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2008, p. 3.

¹⁷⁴ Ibid., p. 150-151.

¹⁷⁵ Ibid., p. 151.

¹⁷⁶ É o que se extrai do artigo 5.º da Declaração de Viena de 1993: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma

deverá aprender a conviver com outras, e com isto estará obedecendo à sua própria moral de uma maneira muito peculiar, tomando os imperativos categóricos dela como um momento particular do exercício humano de julgar moralmente. Desse modo, a moral dos integrantes de grupos criminosos passa a ser repreensível sob a ótica da moralidade pública, entendida como regras da convivência, por violarem o princípio da tolerância e atingirem direitos humanos fundamentais¹⁷⁷. Assim como a moral, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, em constante processo de construção e reconstrução¹⁷⁸.

Para os opositores¹⁷⁹ da colaboração premiada, bastante lembrada quando se cuida do tema ora tratado, o instituto seria ilegítimo por estimular a traição. Conforme anotado linhas atrás, se não há qualquer concessão por conta das peculiaridades culturais, muito menos motivo há para se falar de “moralidade do grupo criminoso” ou “imoralidade do integrante do grupo criminoso que colabora com a Justiça”. Até porque, para ser válida, a colaboração premiada tem de ser *voluntária*, o que mantém incólume o constitucional direito ao silêncio do acusado que, se preferir, permanecerá calado e não auxiliará a Justiça.

Contraopondo-se à colaboração premiada no processo penal, Natália Oliveira de Carvalho sustenta que as diferenciadas formações sociais e culturais estabeleceram “conjuntos de valores éticos que naturalmente podem adquirir feições diversas em razão de fatores como tempo e lugar, como padrões de conduta que pudessem assegurar a dignidade dos indivíduos e a conservação do grupo social”¹⁸⁰, afirmativa da qual, no contexto da obra em que realizada, pode-se inferir como uma defesa da autora da

ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, *mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais*” (destacamos). Vale recordar que a *Declaração* de Viena de 1993, sobre direitos humanos, não se confunde com a *Convenção* de Viena de 1988 (Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas), ambas distintas da Convenção de Viena de 1969, sobre o direito dos tratados.

¹⁷⁷ GIANOTTI, José Arthur. Moralidade pública e moralidade privada. In: **Ética**. NOVAES, Adauto (org.). São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 245. Veja-se também ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. 2.ª ed. São Paulo: Moderna, 1993, p. 276.

¹⁷⁸ Assim, PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2008, p. 109.

¹⁷⁹ Entre eles, MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso temático de direito processual penal**. 2.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 437-446; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 303-311.

¹⁸⁰ CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 125.

existência de “ética” no seio das organizações criminosas, erigida de modo a preservar esses grupamentos.

“Códigos de conduta” de grupos dedicados ao crime não são nem podem ser sinônimos de “códigos de ética”, na apropriada compreensão dos termos. O “Estatuto do PCC”, reproduzido pelo jornal *Folha de S. Paulo* em 25 de maio de 1997¹⁸¹, preceitua a *hombridade* como valor cultivado e exigido dos seus integrantes pela organização. Mas onde está a dignidade, a nobreza da alma, a honradez no atuar desse grupo criminoso? Com certeza, não está nas ações e nos propósitos delituosos dos seus membros.

O padrão de conduta emanado de grupos criminosos é socialmente nocivo e indesejado. Decorrente desse padrão de conduta, que grupo social se busca conservar? Por evidente, o direito não pretende – nem deve tolerar – a manutenção de grupos criminosos. Em um Estado Democrático de Direito, uma coisa é garantir e tutelar os direitos fundamentais das pessoas integrantes do grupo criminoso. Outra, completamente diferente, é defender a existência e preservação da organização criminosa formada por essas pessoas.

Afirma Carvalho que os meios que desrespeitam a consciência e liberdade de alguém, levando-o a agir por coação externa, não são eticamente justificáveis. Neste ponto, é exatamente o que defendemos. Assim como, nas palavras da autora, o sujeito ético “deve ser livre, ou seja, capaz de posicionar-se internamente sobre o respeito ou a transgressão de valores, sem ser movido por poderes externos que o constroem a sentir, a querer ou a fazer alguma coisa”¹⁸², é preciso reconhecer que não goza de liberdade o integrante do grupo criminoso cujo pacto de silêncio do qual faz parte é fruto de imposição. Longe de preservar a *omertà*, o compromisso do Estado há de ser com a vida, a liberdade e demais valores constitucionais voltados à preservação da paz social.

A República brasileira tem entre os seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹⁸³. *Não é livre a pessoa que, por medo das retaliações*

¹⁸¹ PORTO, Roberto. Op. cit., p. 77-79.

¹⁸² Ibid., p. 126.

¹⁸³ CF, artigo 3.º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

que venha a sofrer dos seus cúmplices, deixe de colaborar com a Justiça, quando o Estado se compromete a, mediante a valia das suas revelações, destinar-lhe proteção especial. *Não é justo* que um grupo organizado se coloque à margem das pautas de conduta socialmente toleradas e imponha sofrimento à população, e ainda queira ver tutelado pelo sistema jurídico os seus desvalores, como o pacto de silêncio, que serve para ocultar atuações criminosas e instituído com base no temor a represálias contra os que se dispuserem a falar e agir em favor da sociedade. Concretiza-se o *ideal de solidariedade* com o *auxílio mútuo*, vislumbrado inclusive quando aquele que antes estava na condição de violador das normas jurídicas passa a voluntariamente colaborar com o Estado na persecução penal, o que, por indubioso, consiste em uma contribuição em favor da sociedade.

“Toda arte e toda investigação, bem como toda ação e toda escolha, visam a um bem qualquer”¹⁸⁴, disse Aristóteles no início de *Ética a Nicômaco*. Quando se trata de ética, o lema por excelência é o *bem comum*, uma vez que as normas éticas são essencialmente altruístas, pois dizem respeito ao interesse alheio, ou ao bem comum da coletividade, nunca ao interesse próprio do agente¹⁸⁵.

A par disso, se relativismos culturais, considerados lícitos numa sociedade (país), são restringidos em nome de um “mínimo ético irreduzível”, não existe razão suficiente que permita o respeito a uma “ética criminosa”, pois se referem a condutas contrárias à paz e à ordem jurídica, cuja proliferação levaria ao colapso da sociedade e do Estado Democrático de Direito. Se nem no direito civil é possível exigir-se o cumprimento de convenções contrárias ao direito e à moral, tampouco essa exigência pode se dar no direito penal e processual penal.

O Direito não é a panaceia, tampouco o direito penal e processual penal. Entretanto, não se pode perder de vista o importante papel que lhe pode ser reservado como fomentador de transformações sociais. É preciso não só reagir, mas também *agir* em busca da concretização dos direitos humanos, tendo como pauta de valores a liberdade e a igualdade.

Os instrumentos protetivos dos quais o Estado lança mão para a consecução de tais direitos são das mais diferentes ordens, inclusive penal, que deve ser a última trincheira, a *ultima ratio*, como se proclama nas preliminares lições dos bancos

¹⁸⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 17.

¹⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., 2006, p. 496.

acadêmicos. A criminalidade econômica contemporânea deve ser reprimida, porém essa tarefa não deve ser realizada a qualquer custo, muito menos com desrespeito a valiosas conquistas da humanidade, as quais no mais das vezes obtidas ao custo de banhos de sangue e vidas abreviadas.

3.5.4 Implicações da Subsunção Penal na Fase Investigativa

Não se mostra de todo correta a assertiva de que a discussão quanto a qual tipo penal se subsume a conduta, em tese, criminosa é irrelevante ou de somenos importância. Costuma-se argumentar que, por se cuidar de fase investigativa, cujo principal objetivo é a apuração dos fatos, materialidade e autoria, não seria de extrema relevância, por ora, a qualificação do tipo penal, como, por exemplo, no caso de indevida transferência de valores por meio de *Internet Banking*, se estelionato (artigo 171 do CP) ou furto mediante fraude (artigo 155, § 4.º, II, do CP). Como corolário, seria inoportuna a declinação de competência nessa etapa, porque as investigações ainda não teriam sido concluídas.

Parece não ser bem assim. Importa, e muito, a capitulação legal dada aos fatos na fase investigativa, em especial quando interfere no horizonte de possibilidades para o desencadeamento de medidas especiais, impactando nos direitos do investigado e nos deveres de proteção instrumentalizados para a persecução penal.

Um dos requisitos para o deferimento do pedido de interceptação telefônica/telemática é que o fato investigado *não constitua* infração penal punida, no máximo, com pena de detenção, a teor do inciso III do artigo 2.º da Lei n. 9.296/1996¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Eis a redação dos artigos 1.º e 2.º da Lei n. 9.296/1996: “Art. 1.º 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, sob sigilo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Art. 2.º 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. Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a

Subsumidos a determinados tipos penais, poderão ser cabíveis, ou não, alguns benefícios processuais, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo. Note-se, ilustrativamente, que o artigo 297 do Código Penal (falsificação de *documento público*¹⁸⁷) prevê pena privativa de liberdade de dois a seis anos de reclusão, reprimenda mais elevada do que a estipulada no artigo seguinte, o 298¹⁸⁸, que criminaliza a falsificação de *documento particular* com reclusão de um a cinco anos. Ambos os casos são apenados cumulativamente com multa.

Também no preceito secundário do tipo penal entendido como adequado aos fatos sob investigação consta o marco para a contagem do prazo prescricional da pena em abstrato. É com base no patamar máximo da sanção penal então afeta ao caso apurado que o Ministério Público se guiará para, se assim se convencer, promover o arquivamento do feito.

Veja-se outra hipótese.

Existem diversas situações envolvendo crimes contra a ordem tributária que, por sua própria natureza e especificidades, dificultam a compreensão dos fatos e, reflexamente, a tarefa de subsumi-lo a um dos incisos do artigo 1.º ou 2.º da Lei n. 8.137/1990¹⁸⁹. Aqui são de elevadíssimas proporções e de extensa gravidade as repercussões de uma equivocada capitulação.

indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada”.

¹⁸⁷ CP, artigo 297: “Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa”.

¹⁸⁸ CP, artigo 298: “Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”.

¹⁸⁹ Lei n. 8.137/1990: “Art. 1.º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V. Art. 2.º Constitui crime da mesma natureza: I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V

Prevê o artigo 1.º da Lei n. 8.137/1990 a pena de reclusão, de 2 a 5 anos, e multa. Nesse caso não têm lugar quaisquer dos institutos da Lei n. 9.099/1995 – transação penal (artigo 76) e suspensão condicional do processo (artigo 89), notadamente – bem como a prescrição estará inicialmente fixada em 12 anos, por força do artigo 109, III, do CP.

Amplamente diversas serão as incidências materiais penais (uma delas, prescrição) e processuais penais (transação penal, por exemplo) se os fatos forem captados como enquadráveis em um dos incisos do artigo 2.º da Lei n. 8.137/1990. Neste caso, trata-se de *infração penal de menor potencial ofensivo*, pois a reprimenda correspondente é detenção, de 6 meses a 2 anos, além de multa. Possibilita, pois, a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo. Permite ainda mais. Poderá não haver processo a ser suspenso se, proposta a transação penal, desde que satisfeitos os seus requisitos, esta for aceita pelo autor do fato, nos termos do artigo 76 da Lei n. 9.099/1995.

As repercussões não param por aí.

Detalhe importantíssimo a ser observado é a modalidade da pena cominada a cada um desses dispositivos da Lei n. 8.137/1990: reclusão, na hipótese do artigo 1.º; detenção, na do artigo 2.º.

Observe-se que estamos falando de fase pré-processual e é nela que os elementos de prova são colhidos para, se for o caso, fornecerem os subsídios necessários à deflagração da ação penal pelo Ministério Público. Com efeito, se o objetivo do estágio pré-processual é investigar fatos, considerando ainda que determinadas técnicas investigativas só devem ser manejadas quando se mostrarem necessárias à elucidação dos fatos e por outro meio não for possível obter-se o mesmo resultado, como se dá com as técnicas especiais de investigação, ressoa extremamente relevante a correta tipificação já na etapa investigativa.

É simples perceber o porquê. Suponhamos que um grupo organizado esteja cometendo delitos contra a ordem econômica. Nessa situação hipotética, para se chegar aos demais componentes da organização mostra-se imprescindível o monitoramento das comunicações telefônicas/telemáticas de um deles, o único identificado, por enquanto.

– utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

Se compreendido no artigo 2.º, qualquer que seja o inciso, da Lei n. 8.137/1990, inadmissível será a interceptação telefônica/telemática por expressa vedação da Lei n. 9.296/1996 que, no inciso III do artigo 2.º, não admite a interceptação de comunicações telefônicas quando o fato investigado constituir infração penal sancionada, no máximo, com pena de detenção.

Por outro lado, caracterizada no artigo 1.º da Lei n. 8.137/1990, poderá ser autorizada a interceptação pretendida se estiverem preenchidos os demais requisitos, consistentes na presença de indícios razoáveis do envolvimento na infração penal, impossibilidade de colheita da prova por outros meios disponíveis e a descrição clara do objeto das investigações, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada, tudo a teor do artigo 2.º, incisos I e II, e parágrafo único, da Lei n. 9.296/1996.

Sustentar, indiscriminadamente e fora de contexto, que o réu se defende dos fatos e que a errônea tipificação penal não lhe traz prejuízos não é de todo acertado. O equívoco na subsunção operada ainda em sede policial acarreta prejuízos não só ao investigado, atingido pelas agruras da processualística penal, mas também abrange o Ministério Público no desempenho de suas funções para a consecução do dever de proteção e do direito à segurança, na qualidade de titular privativo da ação penal pública, atribuição que lhe foi conferida pelo artigo 129, I, da Constituição Federal.

Como consequência de deficiências na fase investigatória, culminando com prescrições ou insuficiência de elementos probatórios, em razão da impossibilidade, neste último, de lançar mão de modernas técnicas investigativas, os prejuízos desaguarão na sociedade. Cifras milionárias não serão recuperadas em favor dos cofres estatais, afetando o orçamento público, bem assim restarão impunes diversos cidadãos autores de delitos fulminados pela prescrição.

A missão constitucionalmente incumbida ao Ministério Público é a de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, *caput*, da Constituição Federal). É zelar, essencialmente, pela observância da boa convivência social, para preservação da própria sociedade em sua matriz e feições de um efetivo Estado Democrático de Direito. Se a persecução penal for equivocada, equivocados também serão os fins atingidos.

Há outro prejuízo para o investigado. Poderá deixar de receber benefícios penais, como a transação, se estiver respondendo a processo que, na verdade, sequer deveria ter sido iniciado. Os prejuízos, evidentemente, não se limitam à esfera jurídico-penal.

Quanto à competência, convém dedicar algumas palavras.

Tem competência (no caso do Ministério Público, atribuição) para atuar pré-processualmente aquele que igualmente a possuir para a atuação em sede judicial. Em linguagem coloquial, deflui da regra do “quem pode o mais, pode o menos”. É dizer: quem pode deduzir determinada pretensão em juízo (*o mais*), pode atuar na etapa antecedente ou preparatória ao aforamento da pretensão que lhe cabe (*o menos*).

Assim, um inquérito policial destinado a apurar fatos supostamente praticados por ministro do Superior Tribunal de Justiça não pode ser instaurado por promotor de Justiça ou procurador da República, ambos, em regra, oficiais em feitos na primeira instância da Justiça estadual e federal, respectivamente.

Se não há suporte jurídico a legitimar a atuação no âmbito judicial mediante a propositura da correspondente ação penal, por lógico também não há embasamento jurídico que possibilite ao Ministério Público agir pré-processualmente, ainda mais quando aflorada essa ilegitimidade no limiar do procedimento investigatório.

Muito embora se possa afirmar que o réu se defende dos fatos que lhe são penalmente imputados, existem contextos em que a capitulação legal preliminar podem causar prejuízos aos investigados ou réus, bem como projeta efeitos processuais que podem ser decisivos à investigação. É preciso superar determinadas ideias disseminadas como se fossem preceitos intangíveis e imutáveis do processo penal, a fim de que seja possível construir práticas mais condizentes com os ideais e valores consagrados na Constituição Federal de 1988.

4 ASPECTOS DESTACADOS DE APLICAÇÕES DAS TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO: COLABORAÇÃO PREMIADA; PROTEÇÃO A VÍTIMAS, TESTEMUNHAS E COLABORADORES; E ACORDO DE LENIÊNCIA

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

São inúmeras as técnicas especiais de investigação, bem assim as peculiaridades de cada uma delas. Três dessas ferramentas foram escolhidas pelas razões abaixo para, neste capítulo, terem destacados determinados aspectos de suas aplicações: a) colaboração premiada; b) proteção a vítimas, testemunhas e colaboradores; c) acordo de leniência.

Ganha importância a análise de pontos mais detidos da colaboração premiada em face das controvérsias que pairam ao seu redor, pelo papel desempenhado por esse mecanismo na persecução penal de crimes complexos e em face da sua crescente difusão nos foros brasileiros.

Para subsidiar o bom funcionamento da colaboração premiada é crucial a existência de sistema protetivo oferecido pelo Estado, com o apoio da sociedade, para o devido acolhimento de testemunhas, vítimas e colaboradores que, mediante a revelação de imprescindíveis informações, auxiliam a Justiça contra a criminalidade organizada, contribuindo para a redução da impunidade.

Ao seu turno, francamente direcionado à tutela penal da ordem econômica, o acordo de leniência é a única TEI com essa específica perspectiva. Ainda tem recebido pouca atenção da doutrina brasileira, embora seja importantíssimo instrumento para a desestruturação de cartéis, inclusive em licitações, como elemento preventivo e repressivo à malversação do erário ou à indevida transferência de recursos públicos a particulares, dificultando o cumprimento das missões institucionais do Estado. É tema relevante para o nosso cotidiano, em virtude das constantes e volumosas contratações públicas em compras e serviços, e que também se sobressai por estarmos em tempos da realização de vultosas obras de engenharia pesada que antecedem os dois maiores

eventos esportivos mundiais e que terão lugar no Brasil nos próximos anos: a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas do Rio de Janeiro de 2016.

Agora, passemos ao estudo dessas TEI.

4.2 COLABORAÇÃO PREMIADA

Técnica especial de investigação de grande repercussão no Brasil nos últimos anos, a colaboração premiada¹⁹⁰ objetiva a reunião de provas do concurso de pessoas em fato criminoso, próprio ou alheio, e da materialidade de delitos, servindo também para a localização do proveito ou do produto do crime ou para a preservação da integridade física de vítimas de certos delitos, ou ainda para a prevenção de infrações penais.

Conta com previsão em vários diplomas legais, como o Código Penal (artigo 159, § 4.º) e as Leis n. 7.492/1986, 8.072/1990, 8.137/1990, 9.034/1995, 9.613/1998, 9.807/1999 e 11.343/2006, além da Lei n. 8.884/1994, que prevê o acordo de leniência, instituto análogo e com reflexos processuais penais, analisado na sequência.

Trata-se de forma especial de confissão, já que o agente colaborador admite sua responsabilidade por certos ilícitos e aponta seus cúmplices ou coautores (delação premiada propriamente dita), esclarece o destino dado ao produto ou proveito do crime (recuperação de ativos), assim como, em crimes como sequestro, viabiliza a localização da vítima (libertação). O colaborador também pode prestar informações para evitar a consumação de crime de cujo planejamento participou ou tomou conhecimento (prevenção). Por meio da colaboração criminal, estimula-se o acusado a falar, a romper o silêncio mafioso (*omertà*), o que contribui para a elucidação do crime, a punição dos responsáveis, a reparação do dano causado às vítimas e a preservação da ordem pública.

Em função da colaboração premiada, o agente, devidamente assistido pela defesa técnica, abdica do seu direito constitucional ao silêncio e, caso sua colaboração

¹⁹⁰ Conforme livro em andamento sobre o tema, em coautoria com Vladimir Aras, professor de processo penal da Universidade Federal da Bahia.

seja efetiva, plena e voluntária, em geral, terá sua pena reduzida (causa especial de redução de pena) ou será beneficiado por perdão judicial (causa extintiva de punibilidade). Há também a possibilidade de outros benefícios, como a aplicação de penas substitutivas.

Por colaboração plena e efetiva entende-se a disposição do acusado de depor de forma veraz e sem reservas mentais sobre todos os fatos ilícitos de que tem conhecimento, sem ocultá-los ou alterá-los. Não se exige do acusado que o Ministério Público tenha sucesso nos processos que intentar contra os corréus delatados. Basta que o colaborador tenha realmente entregue aos órgãos de persecução todas as informações e documentos em seu poder, no momento apropriado.

4.2.1 Divisor de Águas para a Estruturação e Difusão da Colaboração Premiada no Brasil: o Caso Banestado

Constituída em fevereiro de 2003 por ato do então Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro¹⁹¹, a Força-Tarefa CC-5 do Ministério Público Federal teve sede no Paraná e em Brasília e foi responsável pela apuração do caso Banestado, banco estatal paranaense posteriormente adquirido pelo Banco Itaú. As investigações tiveram início a partir de uma representação do Banco Central ao *Parquet*, em 1997.

O Banco Central tinha concedido autorização especial a cinco bancos – Banco do Brasil, Araucária, Bemge, Banestado e Real – para operarem as contas CC-5, que podiam ser abertas por qualquer pessoa física ou jurídica não residente no Brasil. Esta era a condição básica, mesmo que essa pessoa fosse brasileira.

As contas CC-5 têm esse nome porque foram criadas por uma carta circular n. 5, do Banco Central, e tinham a finalidade de justamente facilitar essa transição de valores do Brasil para além das suas fronteiras. Até essa autorização especial do Banco Central, não era possível fazer depósitos em dinheiro nas contas CC-5 acima de 10 mil reais.

¹⁹¹ Sucessor de Brindeiro no cargo de Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles ampliou a atuação da Força-Tarefa do MPF.

Segundo nos diz Vladimir Aras¹⁹², o Banco do Estado do Paraná (Banestado) tornou-se conhecido em todo o País por ser o centro de atuação de uma quadrilha especializada em lavagem de dinheiro, valendo-se de contas de não residentes no Brasil, as CC-5. Esse esquema, conforme enfatiza o autor, não alcança toda a dimensão do caso Banestado, cuja amplitude é bem maior do que o escândalo CC-5, não se restringindo às operações efetuadas por aquela instituição bancária¹⁹³.

No cenário jurídico nacional, o caso Banestado configura um marco na estruturação e difusão do acordo de colaboração premiada como instrumento de persecução penal. Conforme dados atualizados até dezembro de 2007¹⁹⁴, somam 33 o número de colaboradores em 18 acordos de colaboração em procedimentos conduzidos pela Força-Tarefa perante a 2.^a Vara Federal Criminal de Curitiba, especializada em lavagem de dinheiro.

O modelo dessa espécie de avença confeccionado por membros do Ministério Público Federal no Paraná integrantes da Força-Tarefa CC-5 passou a ser largamente utilizado em diversos estados da federação, contando com ampla aceitação nos juízos nacionais. Há livros sobre lavagem de dinheiro¹⁹⁵, publicados a partir de 2007, que reproduzem uma versão padrão desse acordo desenvolvido em terras paranaenses.

Conseguiu-se disponibilizar aos cofres públicos mais de 29,4 milhões de reais, entre fianças e quantias ofertadas por terceiros para garantia do pagamento das penas de multa, valores esses prestados em decorrência de acordos de colaboração premiada.

¹⁹² “A partir de 1996, as agências do banco em Foz do Iguaçu foram utilizadas para a evasão de mais de US\$ 24 bilhões, segundo dados apurados em perícia do Instituto Nacional de Criminalística. Grande parte dos recursos teve trânsito por outros quatro bancos brasileiros, que, à semelhança do Banestado, obtiveram autorizações especiais do Banco Central do Brasil para acolher, na praça de Foz do Iguaçu, depósitos em espécie em valor superior a R\$ 10 mil, nas contas CC-5 ali mantidas, na maior parte dos casos, por pessoas jurídicas com domicílio no Paraguai. O intenso comércio do Brasil com a Ciudad del Leste, no lado paraguaio, foi a justificativa do Banco Central para conceder essa autorização especial, decorrente da Circular n. 2.677/96” (ARAS, Vladimir. Lavagem de dinheiro, evasão de divisas e cooperação internacional: o caso Banestado. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (coords.). **Crimes contra o sistema financeiro nacional**: 20 anos da Lei n. 7.492/1986. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 213-214).

¹⁹³ Ibid., p. 214, nota 35.

¹⁹⁴ Os dados e valores mencionados neste tópico referentes à Força-Tarefa CC-5 foram gentilmente fornecidos pela Procuradoria da República no Estado do Paraná.

¹⁹⁵ É o que se vê em DE CARLI, Carla Veríssimo. Op. cit., 2008, p. 263-269, e GRANZINOLI, Cassio M. M. A delação premiada. In: BALTAZAR JR., José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (orgs.). **Lavagem de dinheiro**: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 162-167.

Some-se a isso a expectativa de repatriamento, em decorrência da Operação Zero Absoluto, de pelo menos 8,2 milhões de dólares, valor dos bloqueios obtidos pelo MPF, em dezembro de 2004, por meio do *Mutual Legal Assistance Treaty* (MLAT), acordo bilateral de cooperação judicial em matéria penal celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos, em 14 de outubro de 1997, integrado ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 3.810, de 2 de maio de 2001. Também se acrescentem os valores bloqueados, nos Estados Unidos, por decisão da Justiça brasileira, superiores a 17,3 milhões de dólares. Cerca de 4,9 milhões de reais foram repatriados em 2008 e 2010, frutos de bloqueios de contas mantidas por doleiros brasileiros no Merchants Bank, em Nova Iorque¹⁹⁶.

Com o repatriamento, o dinheiro será destinado aos cofres do Tesouro Nacional. Mais apropriado seria, porém, que parte dos valores recuperados fosse revertida ao orçamento dos órgãos incumbidos da persecução criminal¹⁹⁷.

A ordem de bloqueio referente aos 8,2 milhões de dólares foi expedida por uma Corte federal em Washington, capital norte-americana, representando um importante precedente na cooperação em matéria penal entre o Brasil e os Estados Unidos, pois foi a primeira vez que a Procuradoria deste país (*US Attorney's Office*) representou o Brasil em um pedido de congelamento de ativos, sem a necessidade de contratação de um escritório de advogados norte-americano¹⁹⁸.

Desencadeada em dezembro de 2004 no âmbito da Força-Tarefa, a Zero Absoluto foi fruto de investigação conjunta da Polícia Federal e Ministério Público Federal no Paraná, com o apoio do Departamento de Segurança Interna (*Department of Homeland Security*) em Nova Jersey, nos Estados Unidos, que visou a “congelar” quantias ilícitamente remetidas ao exterior, oriundas de crimes contra o sistema financeiro nacional e lavagem de dinheiro.

No Brasil, as ações dessa operação abrangeram especialmente os Estados do

¹⁹⁶ Vide notícia veiculada no portal da Justiça Federal no Paraná. Disponível em: <http://www.jfpr.gov.br/comsoc/noticia.php?codigo=4287>. Acesso em: 27 jan. 2011.

¹⁹⁷ ARAS, Vladimir. Op. cit., 2006, p. 203-204. O autor lembra que esta é a orientação no regulamento-modelo sobre delitos de lavagem relacionados ao tráfico ilícito de drogas e outros delitos graves da *Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas* (CICAD), órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA): “Artículo 7. Destino de los bienes, productos o instrumentos decomisados: Toda vez que se decomisen bienes, productos o instrumentos conforme al artículo 5, que no deban ser destruidos ni resulten perjudiciales para la población, el tribunal o la autoridad competente podrá, conforme a derecho: retenerlos para uso oficial o transferirlos a cualquier entidad pública que haya participado directa o indirectamente en la incautación o embargo preventivo o decomiso de los mismos”.

¹⁹⁸ Ibid., p. 217.

Paraná e de São Paulo. Além da participação da Interpol, a Zero Absoluto também contou com o auxílio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), órgão vinculado ao Ministério da Justiça brasileiro, e da Procuradoria dos Estados Unidos em Newark (*United States Attorney's Office*).

Providências judiciais adotadas a partir de 2003 pelo MPF junto à 2.^a Vara Federal Criminal de Curitiba certamente concorreram para o vertiginoso crescimento de arrecadação de cerca de 16 bilhões de reais de 2003 a 2005, oriundos de declaração espontânea de depósitos bancários em contas no exterior, de acordo com cálculos da Receita Federal para o período.

Antes da sua extinção, em setembro de 2007, a Força-Tarefa CC-5 também contribuiu de modo relevante com investigações de outros casos emblemáticos, entre eles o caso Mensalão.

4.2.2 A Colaboração Premiada na Convenção de Palermo

4.2.2.1 Localização/entrega de valores maculados: análise a partir do caso Abadía

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, estipula que o colaborador haverá de prestar ajuda efetiva e concreta para ser recompensado com o incentivo legal (parágrafo 1.^o, alínea *b*, do artigo 26). O dispositivo arrola como requisito que essa cooperação contribua para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime¹⁹⁹.

Nessa linha, a parte final do § 5.^o do artigo 1.^o da Lei n. 9.613/1998 possibilita a redução de pena ao colaborador que prestar esclarecimentos conducentes à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. Conduzir à localização dos valores objeto do crime, em última análise, seria a que se prestariam os 35 milhões de dólares supostamente em poder do

¹⁹⁹ A Convenção de Mérida dispõe de modo semelhante no seu artigo 37.

colombiano Juan Carlos Ramírez Abadía²⁰⁰.

Preso no Brasil em 7 de agosto de 2007, em um condomínio de luxo em Aldeia da Serra, no município de Barueri, na Grande São Paulo, e acusado de lavagem de dinheiro, Abadía propôs o pagamento de 35 milhões de dólares como uma das condições a cumprir mediante a celebração de acordo de colaboração premiada com a Justiça brasileira²⁰¹. Além dessa quantia, ele teria condicionado a sua colaboração a ver-se afastado do presídio federal de Campo Grande, no Estado de Mato Grosso do Sul, não cumprimento de pena em território brasileiro, mas somente nos Estados Unidos, além da extinção ou absolvição da própria pena e da sua mulher, a corré Yessica Paola Rojas Morales.

De acordo com Fausto Martin De Sanctis²⁰², Abadía pretendia restringir o alcance de suas revelações, não se dispondo a esclarecer outras supostas atividades ilícitas e a indicação de patrimônio de origem espúria.

O colombiano teve sua prisão decretada para fins extradicionais em 8 de agosto de 2007 por ordem do Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, relator do pedido de extradição n. 1.103 (Ext 1.103), formulado pelo Governo dos Estados Unidos, país onde é acusado de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro. À Ext 1.103 estão apensados os autos da prisão preventiva para extradição (PPE 598). No dia 10 de agosto de 2007, o Juízo da 6.^a Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, especializado em crimes contra o sistema financeiro nacional e lavagem de dinheiro, informou ao STF a decretação da prisão do extraditando.

Por meio do procurador-geral da República, o MPF manifestou-se favoravelmente à extradição do colombiano, muito embora constem dos autos que o extraditando responde a ação penal perante a Justiça brasileira pelo crime de lavagem de dinheiro, cujo crime antecedente seria justamente o delito de tráfico internacional de entorpecentes ocorrido nos Estados Unidos.

²⁰⁰ SANCTIS, Fausto Martin de. Nota à imprensa do juiz Fausto Martin de Sanctis no caso Abadía. **Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul – AJUFESP**, São Paulo, 16 jan. 2008. Disponível em: <http://www.ajufesp.org.br/news.php?id=108>. Acesso em: 27 jan. 2010.

²⁰¹ A proposta, embora não formalizada pela defesa, foi apresentada nos autos n. 2007.61.81.0011245-7, em trâmite na 6.^a Vara Federal Criminal de São Paulo/SP. Sanctis informou ter se “manifestado quanto ao pedido de delação premiada, apesar de não adequadamente formulado. Naquela ocasião [da audiência de Abadía, em 28 de dezembro de 2007] restou pontuada a necessidade da delação premiada ser realizada de forma autônoma com manifestação do Ministério Público Federal que, como parte, deve concordar previamente com o pedido, apesar de se recusar a fazê-lo” (Ibid.).

²⁰² Ibid.

Em 13 de março de 2008, por unanimidade, o Plenário do STF autorizou a extradição de Abadía condicionada ao governo norte-americano comprometer-se em comutar eventual pena de prisão perpétua, ou de morte, por uma pena máxima de 30 anos de prisão, bem assim a descontar de possível pena privativa de liberdade aplicada o tempo já cumprido no Brasil a título de prisão preventiva. Extraditado para os Estados Unidos no dia 22 de agosto de 2008, Abadía deixou o País sem comunicar a localização nem entregar às autoridades brasileiras os 35 milhões de dólares.

Em exame especificamente com relação ao valor ofertado pelo colombiano e embasado na nota à imprensa do juiz federal Fausto Martin de Sanctis, titular da 6.^a Vara Federal Criminal daquela subseção judiciária, entendemos que a celebração do acordo de cooperação, não fossem as reservas mentais de Abadía, estaria triplamente consentânea aos objetivos da repressão à lavagem de dinheiro.

Primeiro, porque o pagamento (entrega) dos valores é condizente com a técnica de sufocação econômica, para evitar ou minorar a obtenção de vantagem patrimonial do acusado com a conduta criminosa, ou para assegurar a reparação civil do dano causado pelo delito, tal qual ocorre, respectivamente, com as medidas assecuratórias de sequestro (artigos 125 a 133) e arresto (artigos 136 a 144), previstas no Código de Processo Penal.

A própria Lei n. 9.613/1998, no artigo 4.^o, prevê que o juiz, até mesmo de ofício, desde que haja indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o sequestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos na referida lei.

Em segundo lugar, serviria como mecanismo de retirada de dinheiro sujo de circulação (provavelmente oriundo do tráfico de drogas), método utilizado em acordos de colaboração premiada por meio de estipulação de multa.

A terceira razão encontra suporte no artigo 91, II, *b*, do Código Penal, ao estabelecer como um dos efeitos da condenação a perda, em favor da União, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática criminosa. Cuida-se de veículo para recuperação do produto do crime.

4.2.2.2 Hipótese de imunidade processual do colaborador da Justiça

Também merece referência o parágrafo 27 do artigo 18 da Convenção de Palermo²⁰³, que prevê uma espécie de imunidade processual em favor dos colaboradores. Não se cuida, porém, de imunidade para o cometimento de novos delitos. Possui natureza de um mero salvo-conduto, muito comum em cooperação internacional para transferência de pessoas com o propósito de colaborar com a Justiça.

Alcança apenas fatos ocorridos previamente à colaboração, ou seja, imunidade processual com efeitos *ex tunc*, incidentes na fase pré-colaborativa e limitada ao período necessário às investigações e instrução processual. Esse espaço de tempo pode ser de quinze dias, facultado aos Estados Partes a estipulação de outro prazo.

Assim, é possível a responsabilização do colaborador por eventuais infrações penais decorrentes de informações inverídicas prestadas caracterizadoras de denúncia caluniosa²⁰⁴, calúnia²⁰⁵, difamação²⁰⁶, autoacusação falsa²⁰⁷, sem prejuízo da configuração de outros ilícitos e, até mesmo, ação cível de reparação por danos morais e/ou patrimoniais a ser movida pelas vítimas da acusação mendaz.

²⁰³ Convenção de Palermo, artigo 18, parágrafo 27: “Sem prejuízo da aplicação do parágrafo 12 do presente Artigo, uma testemunha, um perito ou outra pessoa que, a pedido do Estado Parte requerente, aceite depor num processo ou colaborar numa investigação, em processos ou outros atos judiciais no território do Estado Parte requerente, não será objeto de processo, detida, punida ou sujeita a outras restrições à sua liberdade pessoal neste território, devido a atos, omissões ou condenações anteriores à sua partida do território do Estado Parte requerido. Esta imunidade cessa quando a testemunha, o perito, ou a referida pessoa, tendo tido, durante um período de quinze dias consecutivos ou qualquer outro período acordado pelos Estados Partes, a contar da data em que recebeu a comunicação oficial de que a sua presença já não era exigida pelas autoridades judiciais, a possibilidade de deixar o território do Estado Parte requerente, nele tenha voluntariamente permanecido ou, tendo-o deixado, a ele tenha regressado de livre vontade”.

²⁰⁴ CP, artigo 339: “Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.

²⁰⁵ CP, artigo 138: “Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

²⁰⁶ CP, artigo 139: “Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa”. Note-se que a simples intenção de narrar o fato (*animus narrandi*) não implica difamação. Para configuração deste delito, doutrina e jurisprudência majoritárias exigem a especial intenção de ofender a honra alheia (elemento subjetivo do tipo). A respeito, ver NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 653; DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 301; PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 501; GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 2.^a ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 301-303.

²⁰⁷ CP, artigo 341: “Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa”.

4.2.2.3 Viabilidade de cooperação internacional mesmo quando não configurada a dupla incriminação

Ressalva o parágrafo 9.º do artigo 18 a possibilidade de cooperação entre os Estados Parte, prevista na Convenção, mesmo na hipótese de inexistência de dupla tipicidade ou dupla incriminação²⁰⁸. A rigor, essa regra não significa exceção à exigência da dupla tipicidade, mas sim a aplicação do princípio da gradualidade dos requisitos da cooperação jurídica internacional.

Quanto mais invasiva a medida de cooperação, maiores os seus requisitos. Exemplo disso ocorre na extradição, em que, entre as várias condições, está prevista a dupla tipicidade (artigo 77, II, da Lei n. 6.815/1980). Nas medidas menos invasivas o rol de exigências é menor, dispensando-se, neste caso, a dupla incriminação, como se dá nos atos de comunicação processual, tal qual na hipótese de uma mera notificação.

A tônica é: quanto mais risco houver de lesão a direitos, mais requisitos deverão ser exigidos para a deflagração da medida.

4.2.3 Instrumento de Repressão à Corrupção: notas à Colaboração Premiada na Convenção de Mérida

Dada como concluída em 2003 na cidade mexicana de Mérida, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) obteve adesão de mais de cem países, entre eles o Brasil. Está em vigor no âmbito internacional desde 14 de dezembro de 2005, encontrando-se no direito pátrio sob a forma do Decreto n. 5.687/2006.

Entre os seus considerandos, a Organização das Nações Unidas destacou a gravidade dos problemas e ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a

²⁰⁸ Convenção de Palermo, artigo 18, parágrafo 9.º: “Os Estados Parte poderão invocar a ausência de dupla criminalização para recusar prestar a assistência judiciária prevista no presente Artigo. O Estado Parte requerido poderá, não obstante, quando o considerar apropriado, prestar esta assistência, na medida em que decida por si próprio, independentemente de o ato estar ou não tipificado como uma infração no direito interno do Estado Parte requerido”.

segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito. Pontuou, ainda, os estreitos vínculos mantidos entre a corrupção e, em especial, o crime organizado e a lavagem de capitais, fatores esses capazes de comprometer grandes somas de recursos públicos, de modo a ameaçar a estabilidade política e o desenvolvimento socioeconômico, principalmente por ter a corrupção deixado de ser uma mazela local, convertendo-se em um fenômeno transnacional.

É explícito o posicionamento internacional para a adoção de institutos mitigadores da sanção penal, a exemplo da colaboração premiada, conforme ressaltado no parágrafo 3.º do artigo 37²⁰⁹, sem fixar, contudo, os patamares dessa fomentada redução, que deverá ter aplicabilidade nas hipóteses de cooperação substancial à investigação ou persecução penal em juízo na repressão à corrupção, nos termos da Convenção.

4.2.4 Colaboração Premiada Contemporânea Equivale à Delação Premiada Manejada pelo Tribunal do Santo Ofício?

Há quem²¹⁰ equipare a colaboração premiada, em sua atual fisionomia, à

²⁰⁹ O artigo 37 da Convenção de Mérida contém o seguinte teor: “1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção. 5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo”.

²¹⁰ Assim o faz João Carlos Castellar: “Cremos ser oportuno aduzir que a delação é método investigativo que remonta aos tempos em que o Tribunal do Santo Ofício da Inquisição exercia sua jurisdição”, pois, “como registram Baigent & Leigh, ‘a informação obtida de delatores era anotada em abrangentes detalhes’ estabelecendo-se ‘um banco de dados ao qual interrogatórios posteriores acrescentavam mais

delação utilizada nos remotos tempos da Santa Inquisição²¹¹. A equiparação é equivocada.

Cotejando-as, vemos particularidades da *delatio* no período medievo frente à aplicada nos nossos dias. Antigamente, quando a Inquisição concedia o *tempo de graça*, período médio de 30 dias durante o qual aguardava delações fixando punições mais brandas aos que se antecipassem a efetua-las, aqueles que se dirigiam ao Inquisidor e lhe davam conta da ocorrência de determinada conduta considerada herética (e criminosa) tinham suas palavras consideradas suficientes como provas para deflagração de processo contra o delatado e o bastante para fundamentar a futura condenação. Muito provavelmente provas a serem confirmadas por meio da confissão, outrora obtida mediante o então lícito uso de tortura.

Infligir tormentos é prática acertadamente repelida pela comunidade internacional, na esteira da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 5.º) e da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Decreto n. 40/1991), e incriminada no Brasil nos termos da Lei n. 9.455/1997, em consonância com os incisos III e XLIII²¹² do artigo 5.º da Constituição Federal. Entre nós a tortura pode também incidir como agravante de crime (artigo 61, II, *d*, do Código Penal) ou qualificadora de homicídio (artigo 121, § 2.º, III, do Código Penal).

O panorama da colaboração premiada do nosso tempo é distinto, haja vista que ela não pode, isoladamente, sustentar uma condenação, carecendo de suporte probatório as informações prestadas à autoridade competente, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que “a delação levada a efeito por corréu não respalda, por si só, decreto condenatório. A valia de tal procedimento pressupõe contexto que evidencie a sinceridade do depoimento”²¹³⁻²¹⁴.

documentação; e todo este material era eficientemente arquivado e catalogado para fácil recuperação”. Não nos parece que, dadas as devidas proporções, os métodos empregados na apuração das infrações penais sejam muito diferentes nos dias atuais” (CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 126-127).

²¹¹ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A inquisição**. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 47-57. Consulte-se, ainda, MIGLIORINI, Aldo. **Tortura, inquisizione, pena di morte**. Siena: Lalli, 2001.

²¹² CF, artigo 5.º: “(...) III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...) XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

²¹³ STF, 2.ª Turma, HC 71.803/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.11.1994, DJ 17.02.1995, p. 2.746.

A atenuante genérica da confissão²¹⁵, também existente desde épocas passadas e largamente manejada pelo Tribunal do Santo Ofício, permanece no nosso ordenamento jurídico, porém revestida de modo a não impingir ao cidadão suplícios para o reconhecimento da conduta delitiva.

O instituto premial da confissão convive – e só assim pode conviver – com as demais disposições materiais penais e processuais penais desde que respeitado o princípio *nemo tenetur se detegere*²¹⁶ (não autoincriminação)²¹⁷, garantia encartada na Constituição Federal (inciso LXIII do artigo 5.º)²¹⁸ e na Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de São José da Costa Rica²¹⁹ (artigo 8.º, parágrafo 2.º, alínea g, e parágrafo 3.º)²²⁰.

Pronunciada voluntariamente ou não²²¹, a confissão é de caráter objetivo, sendo desnecessário o arrependimento do réu²²²⁻²²³. Por igual, para a colaboração

²¹⁴ Seguindo o mesmo caminho da Suprema Corte brasileira, a decisão do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região: “Não se deve afastar o valor da delação premiada como meio de prova. Entretanto, doutrina e jurisprudência pátrias vêm reforçando o entendimento de que o testemunho do coacusado, para embasar uma condenação, deve ser corroborado por outras evidências” (TRF-4, 8.ª Turma, ACR 2005.70.00.029.545-0, Rel. Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro, j. 25.10.2006, DJ 01.11.2006, p. 903, v.u.).

²¹⁵ CP, artigo 65: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III – ter o agente: (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime”.

²¹⁶ No ensinamento de Carlos Henrique Borlido Haddad (Op. cit., p. 141), esse brocardo teve origem no final da Idade Média e início da Renascença, e, segundo Rogério Lauria Tucci, deriva do regramento *nemo tenetur proder seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, que, em vernáculo, na tradução livre do autor, significa “ninguém pode ser compelido a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a autoincriminar-se” (TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 363).

²¹⁷ O direito ao silêncio, previsto em nosso ordenamento jurídico, corresponde à fórmula do *privilege against self-incrimination* do Direito anglo-americano.

²¹⁸ Dispõe o artigo 5.º, inciso LXIII, da CF/88: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

²¹⁹ Passou a integrar a ordem jurídica pátria por intermédio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

²²⁰ Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 8.º – Garantias judiciais: “(...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza”.

²²¹ “A confissão espontânea pronunciada voluntariamente ou não pelo réu, perante a autoridade pública, atua como circunstância que sempre atenua a pena” (STF, 1.ª Turma, HC 77.653/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 17.11.1998, DJ 12.03.1999, p. 4).

²²² “Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso. Deve-se considerar confissão apenas o ato voluntário (produzido livremente pelo agente, sem nenhuma coação), expreso (manifestado, sem sombra de dúvida, nos autos) e pessoal (inexiste confissão, no processo penal, feita por preposto ou mandatário, o que atentaria contra a segurança do princípio da presunção de inocência)” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 410).

premiada não é preciso o arrependimento nem que seja movida por sentimento altruísta ou desprovida de vingança, até porque a *delatio* não vale por si mesma, mas sim quando em conformidade com o quadro probatório.

Em comentários à Lei n. 7.492/1986, Rodolfo Tigre Maia sublinha que a lei não trata a confissão como um ato de contrição do acusado. Cuida unicamente de uma conduta objetiva sua, materializada por intermédio do reconhecimento voluntário da prática do ilícito. Em decorrência disso, com o que concordamos, não se mostra correto “proceder à exegese restritiva de direito público subjetivo do réu através do acréscimo de elementos extralegais. Aliás, como ocorre na desistência voluntária²²⁴ do artigo 15 do CP, pouco importa aqui a motivação do agente”²²⁵.

Guilherme de Souza Nucci²²⁶ lista mais de vinte eventuais causas ou motivos para que o agente reconheça a prática delitiva cometida, além do arrependimento: o remorso, alívio interior, necessidade de se explicar, interesse, lógica, orgulho ou vaidade, esperança ou medo, expiação ou masoquismo, altruísmo, forte poder de sugestão de terceiros, erro, loucura ou outro desequilíbrio mental, coação psicológica, tortura psicológica, coação física, tortura física, insensibilidade, instinto de proteção ou afeto a terceiros, ódio a terceiros e questões religiosas.

Para evidenciar ainda mais a prescindibilidade do arrependimento, comparemos à situação da notícia-crime veiculada sem a identificação do respectivo noticiante. Neste caso, basta que na “denúncia anônima” (*rectius*, notícia-crime anônima) existam elementos suficientes para dar início à investigação, pouco importando as motivações do noticiante para levar o fato ao conhecimento da autoridade competente.

²²³ “Se o réu confessou perante a autoridade, não se exige para a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do CP, que a autoria do crime seja desconhecida, nem tampouco que o réu demonstre arrependimento pelo ato praticado” (STJ, 5.^a Turma, HC 8.109/DF, Rel. Min. Félix Fischer, j. 20.06.2000, DJ 14.08.2000, p. 180, v.u.); “A atenuante da confissão, após a reforma do Código Penal de 1984, é de caráter objetivo, bastando a espontaneidade, não estando condicionado o seu reconhecimento ao arrependimento do agente. Ocorrida, deve, *ex vi* do art. 65, inc. III, letra *d*, do CP/40, atenuar a pena” (TRF-4, 1.^a Turma, ACR 95.04.32.063-5/RS, Rel. Des. Federal Gilson Dipp, j. 05.03.1996, DJ 24.04.1996, p. 26.579).

²²⁴ Nessa perspectiva, sustenta Roxin que é estreme de dúvida que a desistência na tentativa consiste em um problema especificamente político-criminal. “Determinante não é a força da pressão sobre a motivação psicológica que leva o autor a desistir, mas a circunstância de que, numa análise global de seu comportamento, permaneceu o desistente no caminho do direito” (ROXIN, Claus. Op. cit., 2002, p. 77).

²²⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional**: anotações à Lei Federal n. 7.492/86. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 150.

²²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., 2006, p. 412-415.

Importa, isto sim, é que a partir da peça apócrifa seja possível a obtenção de elementos indicativos da ocorrência do fato narrado e, após colhidos, sejam suficientes para demonstrar em juízo a materialidade e autoria da conduta delitiva.

Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal em maio de 2005, por maioria, nos autos do Inquérito 1.957/PR, vencido na questão de ordem o ministro Marco Aurélio.

Nada impede, contudo, que o Poder Público [...] provocado por delação [leia-se *notitia criminis*] anônima — tal como ressaltado por Nelson Hungria, na lição cuja passagem reproduzi em meu voto — adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, com prudência e discricção, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas.²²⁷

O Superior Tribunal de Justiça também já se posicionou pela legalidade na instauração de inquérito policial com base em investigações iniciadas por notícia-crime anônima²²⁸, uma vez que, conforme se extrai do § 3.º do artigo 5.º do CPP, a autoridade policial tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados, sobretudo quando da narrativa pormenorizada se extrai certa credibilidade, desde que proceda com a devida cautela.

Há, todavia, decisões do próprio STJ em sentido contrário, particularmente quando se trata de notícia-crime veiculando fatos em desfavor de agente público ocupante de cargo com foro especial. Nesses casos, o autointitulado “Tribunal da Cidadania” entende que, “ao se admitir a submissão de pessoa com tal prerrogativa a investigação calcada em denúncia apócrifa, fragiliza-se não a pessoa, e sim a própria instituição à qual pertence e, em última razão, o Estado Democrático de Direito”²²⁹.

Esse argumento não nos convence. Merece ser apurada, com as exigências e

²²⁷ STF, Tribunal Pleno, Inq 1.957/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, excerto do voto do Min. Celso de Mello, votação por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio, que suscitou a questão de ordem sobre a “delação anônima”, j. 11.05.05, DJ 11.11.05, p. 7.

²²⁸ STJ, 6.ª Turma, HC 106.040/SP, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), j. 26.08.2008, DJe 08.09.2008, v.u.; STJ, 5.ª Turma, HC 91.727/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 02.12.2008, DJe 19.12.2008, v.u.; STJ, 5.ª Turma, HC 44.649/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11.09.2007, DJ 08.10.2007; STJ, 5.ª Turma, HC 38.093/AM, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 26.10.2004, DJ 17.12.2004.

²²⁹ STJ, 6.ª Turma, HC 95.838, Rel. Min. Nilson Naves, j. 26.02.2008, DJe 17.03.2008, v.u.; ver, ainda, STJ, Corte Especial, AgRg no Inq 355/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 17.03.2004, DJ 17.05.2004, p. 98, v.u.

cauteladas²³⁰ dimensionadas à espécie, a *notitia criminis* anônima dirigida contra quem detenha ou não foro por prerrogativa de função, até porque em dadas hipóteses o fundado receio de represálias pode constituir justificativa plausível, mesmo em casos de ilícitos penais envolvendo prefeitos, ministros de Estado, parlamentares federais e estaduais, membros do Ministério Público, juízes, desembargadores e ministros de tribunais superiores, e outros mais a quem a Constituição Federal e as Constituições estaduais conferirem foro especial²³¹.

A proteção aos noticiantes acobertados pelo anonimato também encontra fundamento na Convenção de Mérida. Na forma do parágrafo 2.º do artigo 13, cada Estado Parte tem o compromisso de adotar medidas apropriadas para facilitar o acesso das pessoas aos órgãos responsáveis por reprimir a corrupção, viabilizando a notícia-crime, inclusive anônima, de quaisquer fatos considerados constitutivos de um delito caracterizado de acordo com a Convenção. A caracterização de tais delitos está nos artigos 15 a 25 da Convenção de Mérida: suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, desvios de bens por funcionários públicos, tráfico de influência, abuso de funções, enriquecimento ilícito, suborno no setor privado, malversação ou peculato de bens no setor privado, lavagem de produto de delito, encobrimento e obstrução da justiça.

Condiz com o propósito do artigo 13, parágrafo 2.º, a comunicação às autoridades de fatos aparentemente delituosos, resguardando-se a identidade do “denunciante”, terminologia utilizada pelo tratado. Vale lembrar que a Convenção de Mérida não criou tipos penais, nem o poderia, sob pena de violar o princípio constitucional da reserva legal, vigente em nosso País. Fixou, isto sim, parâmetros a serem observados pelos legisladores de cada Estado Parte quando da tipificação, no direito interno, das condutas tidas por corruptas pela comunidade internacional.

Embora apta a justificar a instauração de inquérito policial, a notícia anônima não é suficiente para, sem esteio em outros elementos de convicção, ensejar a

²³⁰ Aqui, essas cautelas muito se devem ao uso político que, a partir de representações ao Ministério Público, vez por outra se busca fazer mediante a tentativa de ver instaurada investigação criminal, a qual, para a criação de um *fato político*, por si só já é o suficiente para publicação de matérias jornalísticas e ataques a desafetos.

²³¹ Preveem o foro por prerrogativa de função os artigos 29, X, 96, III, 102, I, *b e c*, 105, I, *a*, e 125, § 1.º, todos da CF. Lembre-se, claro, do princípio da simetria, a permitir que as Constituições estaduais estipulem preceitos correspondentes.

deflagração de medidas invasivas como a quebra de sigilo telefônico ou telemático²³², para a qual a Lei n. 9.296/1996 exige a presença de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com reclusão, aliada à inviabilidade da produção de prova por outros meios.

A interceptação das comunicações telefônicas e/ou telemáticas figura como importantíssimo meio de prova, em especial no que se refere a delitos de alta complexidade, tendo em vista a acentuada e frequente utilização de meios tecnológicos no cometimento de delitos. Ademais, quando se fala de interceptação telefônica/telemática importa perceber, fundamentalmente, que se trata de exposição da vida privada e até mesmo da intimidade da vida do cidadão, uma vez que interceptar, no sentido jurídico-penal, traduz-se por captar diálogo alheio para a obtenção de informações úteis ao deslinde dos fatos²³³.

Justamente por se tratar ao mesmo tempo de meio de prova com elevado grau de invasão da vida privada e da intimidade, exige-se adequada regulamentação de seus limites, requisitos e forma de produção e integração. Os tribunais têm tratado da matéria de modo a permitir “a elaboração de uma prática que não inviabilize a persecução penal e limite as restrições aos direitos fundamentais dos investigados e acusados aos limites do indispensável”²³⁴.

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a interceptação somente passou a ser juridicamente viável após a publicação da Lei n. 9.296/1996, uma vez que tal medida investigativa não se mostrava possível à luz da legislação anterior, a Lei n. 4.117/1962 (antigo Código Brasileiro de Telecomunicações)²³⁵. Em vigor desde 17 de julho de 1997, data da sua publicação, a Lei n. 9.472 revogou parcialmente a Lei n. 4.117/1962, salvo quanto à matéria penal não tratada por aquela e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão. A possibilidade de se lançar mão da interceptação telefônica/telemática como instrumento investigativo requer sejam satisfeitos

²³² STJ, 5.^a Turma, HC 64.096/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 27.05.2008, DJe 04.08.2008.

²³³ “Em sentido estrito, *interceptar* algo significaria interromper, cortar ou impedir. Logo, interceptação de comunicações telefônicas fornece a impressão equívoca de constituir a interrupção da conversa mantida entre duas ou mais pessoas. Na realidade, o que se quer dizer com o referido termo, em sentido amplo, é imiscuir-se ou intrometer-se em comunicação alheia. Portanto, interceptação tem o significado de interferência, com o fito de colheita de informes” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 648).

²³⁴ BALTAZAR JR., José Paulo. **Crimes federais**. 4.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 531.

²³⁵ *Ibid.*, p. 531.

determinados requisitos que, se não preenchidos, podem causar sérias repercussões devido a eventual equívoco ou imprecisão na capitulação delitiva preliminarmente realizada, como vimos.

4.2.5 Possibilidade de Manutenção do Sigilo do Texto do Acordo de Colaboração: o *Habeas Corpus* 90.688/PR julgado pelo STF

No começo de 2008, a 1.^a Turma do Supremo Tribunal Federal examinou o *Habeas Corpus* 90.688/PR impetrado pela defesa de réu condenado em primeira instância por crimes de interceptação telefônica ilegal e exploração de prestígio, em ação penal que tramitou na 2.^a Vara Federal Criminal de Curitiba.

A medida objetivou o acesso aos autos que resultaram na homologação de acordos de colaboração premiada em que as respectivas cooperações propiciaram a colheita de elementos de prova e o posterior ajuizamento de várias ações penais contra o acusado, inclusive daquela na qual foi condenado. Buscou-se basicamente a apuração de nulidade originária dos acordos celebrados a fim de permitir eventual impugnação dos seus termos, sob o fundamento de desrespeito aos princípios do contraditório, ampla defesa e duplo grau de jurisdição e a regras de suspeição.

O STF concedeu parcialmente a ordem, possibilitando à defesa o acesso apenas aos nomes das autoridades firmatárias da avença²³⁶. Nos acordos de colaboração, havendo motivo relevante, como diligências sigilosas em andamento²³⁷, o seu conteúdo (seu texto) pode permanecer restrito ao colaborador, seus advogados, Ministério Público e o juiz.

²³⁶ “Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Acordo de cooperação. Delação premiada. Direito de saber quais as autoridades que participaram do ato. Admissibilidade. Parcialidade dos membros do Ministério Público. Suspeitas fundadas. Ordem deferida na parte conhecida. I – HC parcialmente conhecido por ventilar matéria não discutida no tribunal *ad quem*, sob pena de supressão de instância. II – Sigilo do acordo de delação que, por definição legal, não pode ser quebrado. III – Sendo fundadas as suspeitas de impedimento das autoridades que propuseram ou homologaram o acordo, razoável a expedição de certidão dando fé de seus nomes. IV – *Writ* concedido em parte para esse efeito” (STF, 1.^a Turma, *Habeas Corpus* 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12.02.2008, DJe 24.04.2008).

²³⁷ Nos termos da Súmula Vinculante n. 14, “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Note-se, porém, que, nas situações de mera delação (revelação do nome de outras pessoas implicadas no crime e sua correspondente atuação), ao Ministério Público cabe obrigatoriamente informar à defesa a existência do acordo de colaboração, seu beneficiário e as autoridades intervenientes, a fim de que o delatado possa exercer o seu direito ao contraditório frente ao colaborador.

4.2.6 Variante de Colaboração Premiada na Lei Espanhola de Imigração

“A globalização transforma a criminalidade e aumenta a sua transnacionalidade”²³⁸. De fato, com a facilidade de acesso a novas fronteiras, os grupos criminosos também se utilizam do tráfico de pessoas ou da manutenção irregular de indivíduos em países estrangeiros para consecução dos seus objetivos ilícitos.

O alastramento dessas organizações possui também ingredientes sociológicos, vinculados à pobreza e a aspirações de célere ascensão social de seus integrantes. Populações “que vivem em bolsões de miséria e carecem de perspectivas de êxito pessoal pelo trabalho ordinário são facilmente cooptadas por organizações criminosas e seduzidas pelo lucro fácil”²³⁹, também movidas pelo sentimento de ver preenchidas suas necessidades, desatendidas pela ausência de políticas públicas satisfatórias. Condições como essas não geram maiores dificuldades para a arregimentação de novos membros oriundos das camadas sociais mais negligenciadas pelo Estado. Dimensões do social e do político não podem ser apartadas da teoria jurídica, porque problemas político-criminais constituem conteúdo próprio também do direito penal e processual penal²⁴⁰.

Em obra dedicada ao estudo da colaboração com a Justiça vocacionada a reprimir os crimes de corrupção no ambiente administrativo, Elisa García España pontua que as vítimas individuais da criminalidade organizada encontram-se também imersas nos mercados ilegais em que se desenvolve esse tipo de delinquência, o que

²³⁸ VIADA, Natacha G. Op. cit., p. 32.

²³⁹ ARAS, Vladimir. Op. cit., 2010.

²⁴⁰ Assim, ROXIN, Claus. Op. cit., 2002, p. 13-27.

elimina uma das possíveis vias de conhecimento do ilícito penal, que é o noticiamento às autoridades por parte da própria vítima²⁴¹.

Também era esse o contexto dos imigrantes no território espanhol, situação que perdurou, principalmente, até o ano 2000. A ausência ou ínfima quantidade de notícias-crime preponderava no âmbito da imigração para aquele país ibérico, não apenas antes do *Reglamento de Extranjería de 1996*, mas também depois dele, devido às suas limitadas disposições de incentivos legais administrativos para os estrangeiros em situação irregular no país²⁴².

Antes de 2000, houve a pouco exitosa tentativa de fomentar delações oriundas de pessoas estrangeiras que estivessem irregularmente em território espanhol. Foi o que sucedeu durante a vigência da *Ley Orgánica 7/1985*, que dispunha sobre os direitos e liberdades dos estrangeiros, regulamentada por meio do Real Decreto n. 155, de 2 de fevereiro de 1996. Ao estrangeiro clandestino no país, esse *Reglamento de Extranjería* franqueava como benefício somente a dispensa de visto, caso auxiliasse as autoridades na prisão das pessoas que facilitaram sua entrada ilegal em terras espanholas.

Naquele último ano do século XX, a Espanha criou um incentivo legal especialmente direcionado aos estrangeiros, bastante distinto frente aos congêneres estipulados no direito penal em face das peculiaridades do agente colaborador na órbita administrativa, pois, nesta, não se cuidava de autor de crimes, mas, sim, de vítima deles.²⁴³

Com o novo diploma legislativo – a *Ley de Extranjería 4/2000*²⁴⁴ –, os imigrantes clandestinos vítimas ou testemunhas de algum ato de tráfico ilegal de seres

²⁴¹ ESPAÑA, Elisa García. **El premio a la colaboración con la justicia**: especial consideración a la corrupción administrativa. Albolote: Comares, 2006, p. 35.

²⁴² *Ibid.*, p. 35.

²⁴³ Nas palavras de Elisa García España, “en el ámbito administrativo el delator no es uno de los sujetos activos del delito, sino la propia víctima, perjudicado o testigo de la conducta criminal, responsable al mismo tiempo de una infracción administrativa de la Ley de Extranjería. De ahí que la conducta principal no consista en la confesión de los hechos propios, sino en la delación de los autores del delito del que son víctimas” (*Ibid.*, p. 35-36).

²⁴⁴ Intitulado *Colaboración contra redes organizadas*, reza o artigo 59 da *Ley de Extranjería 4/2000*: “1. El extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin permiso, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los

humanos, de imigração ilegal, de tráfico ilegal de trabalhadores ou de exploração sexual passaram a não ser mais sancionados administrativamente nem expulsos do país, desde que formulassem notícia-crime contra os autores de tais infrações penais ou colaborassem no processo instaurado contra eles. Essa novidade, assevera Elisa García España, permitiu evitar que os imigrantes continuassem sendo vítimas não só de delitos cometidos contra si, mas também dos efeitos das disposições legais anteriores que previam a sua expulsão²⁴⁵.

Com a nova orientação normativa, em vez de punir os imigrantes que estavam na clandestinidade e afligidos por um ou mais daqueles delitos, as autoridades espanholas, valendo-se de uma técnica especial de investigação, retiraram estas infrações da cifra negra, passando a melhor e mais inteligentemente preveni-las e reprimi-las.

4.3 PROTEÇÃO A VÍTIMAS, TESTEMUNHAS AMEAÇADAS E COLABORADORES

4.3.1 Considerações iniciais

Apesar de relacionada como técnica especial de investigação, a proteção a

autores o cooperadores de dicho tráfico o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando en el proceso correspondiente contra aquellos autores; 2. Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver; 3. A los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar a su elección, el retorno a su país de procedencia o la estancia y residencia en España, así como permiso de trabajo y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente ley; 4. Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar la diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas medidas previstas en la Ley Orgánica 19/94, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales” (Disponível em: http://extranjeros.mtas.es/es/normativa_jurisprudencia/Nacional/LeyOrganica_Dchos_Libertades.pdf. Acesso em: 30 jun. 2010).

²⁴⁵ ESPAÑA, Elisa García. Op. cit., p. 39.

vítima, testemunhas e colaboradores não possui natureza jurídica de meio de prova nem de obtenção de prova. Seu propósito é resguardar a pessoa que, por ter conhecimento de importantes informações para a elucidação de fatos delituosos, necessite de amparo oferecido por específica rede de proteção.

Por essa razão, podemos afirmar que consiste em modalidade imprópria de técnica especial de investigação, intimamente vinculada à colaboração premiada, conferindo ao colaborador e seus familiares o suporte necessário à sua integridade física e psíquica.

À Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República cabe coordenar esse sistema no plano federal. Na esfera estadual, os programas protetivos geralmente ficam a cargo das Secretarias Estaduais de Justiça e Direitos Humanos, ou da que lhe fizer as vezes, que os executam em parceria com a sociedade civil, por intermédio de convênio com organizações não-governamentais.

4.3.2 A Convenção de Palermo

A Convenção de Palermo tem por objetivo promover a cooperação para prevenir e reprimir com mais eficiência a criminalidade organizada transnacional, necessidade decorrente da busca pela efetiva proteção dos direitos humanos e fundamentais, uma vez que incumbe ao Estado implementar medidas inclusive de natureza penal e processual penal, se assim exigirem as circunstâncias, para a salvaguarda desses bens jurídicos.

A escolha da cidade italiana que dá nome à Convenção não foi por acaso. Além de ter sediado em 1999 a reunião de abertura à assinatura do tratado, a referência também se deve ao fato de, em 1992, terem sido mortos na região Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, expoentes do Ministério Público daquele país na repressão à criminalidade organizada, vitimados em atentados com explosivos comandados pela *Cosa Nostra*, organização mafiosa siciliana²⁴⁶⁻²⁴⁷.

²⁴⁶ ARLACCHI, Pino. **Adeus à máfia**: as confissões de Tommaso Buscetta. Tradução de Roberto Cattani e Lucia Wataghin. São Paulo: Ática, 1997, p. 11. Conferir também ZIEGLER, Jean. **Os senhores do crime**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 69-70.

No dia 15 de março de 2004 foram promulgados no Brasil os Decretos n. 5.016 e 5.017, incorporando ao nosso ordenamento os protocolos adicionais à Convenção de Palermo. Cuida-se, respectivamente, do Protocolo Adicional relativo ao Combate ao Tráfico de Migrante por Via Terrestre, Marítima e Aérea e o Protocolo Adicional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial mulheres e crianças. Há também o Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições, incorporado ao direito brasileiro mediante o Decreto n. 5.941, de 26 de outubro de 2006.

A Convenção de Palermo²⁴⁸ dedica espaço à assistência e proteção a testemunhas nos artigos 24 e 25²⁴⁹, e, no artigo 26²⁵⁰, ao instituto da colaboração

²⁴⁷ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Máfia. *Strage di Via d'Amelio*. 15 anos da morte do magistrado Paolo Borsellino. **Instituto Brasileiro Giovanni Falcone**. São Paulo, s.d. Disponível em: [http://www.ibgf.org.br/index.php?data\[id_secao\]=3&data\[id_materia\]=1292](http://www.ibgf.org.br/index.php?data[id_secao]=3&data[id_materia]=1292). Acesso em: 22 out. 2010.

²⁴⁸ O artigo 20 da Convenção de Palermo aborda também outras modalidades de TEI, ao estipular que, “se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada”.

²⁴⁹ Convenção de Palermo: “Artigo 24 – Proteção das testemunhas. 1. Cada Estado Parte, dentro das suas possibilidades, adotará medidas apropriadas para assegurar uma proteção eficaz contra eventuais atos de represália ou de intimidação das testemunhas que, no âmbito de processos penais, deponham sobre infrações previstas na presente Convenção e, quando necessário, aos seus familiares ou outras pessoas que lhes sejam próximas. 2. Sem prejuízo dos direitos do arguido, incluindo o direito a um julgamento regular, as medidas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo poderão incluir, entre outras: a) desenvolver, para a proteção física destas pessoas, procedimentos que visem, consoante as necessidades e na medida do possível, nomeadamente, fornecer-lhes um novo domicílio e impedir ou restringir a divulgação de informações relativas à sua identidade e paradeiro; b) estabelecer normas em matéria de prova que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados. 3. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos com outros Estados para facultar um novo domicílio às pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo. 4. As disposições do presente Artigo aplicam-se igualmente às vítimas, quando forem testemunhas. Artigo 25 – Assistência e proteção às vítimas. 1. Cada Estado Parte adotará, segundo as suas possibilidades, medidas apropriadas para prestar assistência e assegurar a proteção às vítimas de infrações previstas na presente Convenção, especialmente em caso de ameaça de represálias ou de intimidação. 2. Cada Estado Parte estabelecerá procedimentos adequados para que as vítimas de infrações previstas na presente Convenção possam obter reparação. 3. Cada Estado Parte, sem prejuízo do seu direito interno, assegurará que as opiniões e preocupações das vítimas sejam apresentadas e tomadas em consideração nas fases adequadas do processo penal aberto contra os autores de infrações, por forma que não prejudique os direitos da defesa”.

²⁵⁰ Convenção de Palermo: “Artigo 26 – Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei. 1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado de grupos criminosos organizados: a) a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente: i) a identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) as conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) as infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar.

premiada. Estipula como medida de proteção a testemunhas a adoção, pelos Estados Parte, de medidas voltadas a proteger de modo efetivo contra eventuais atos de represália ou de intimidação das testemunhas que venham a depor em processos penais acerca de fatos envolvendo delitos objetos da Convenção, podendo, ainda, haver a inclusão dos seus familiares no sistema protetivo, bem assim pessoas que lhe sejam próximas.

A proteção destinada a familiares das testemunhas e outras pessoas com quem nutram laço de proximidade justifica-se, entre outros motivos, por se reconhecer na família o núcleo natural e fundamental da sociedade. Tem a sociedade o dever de unir esforços com o Estado para juntos protegerem esse espaço primeiro de integração social que é a família, nas suas múltiplas formas.

É o que se infere do *caput* do artigo 226 da Constituição Federal (“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”), do artigo 16, parágrafo 3.º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (“A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”), do artigo 23, parágrafo 1.º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (“A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado”), do artigo 10, parágrafo 1.º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Deve-se conceder à família, que é o núcleo natural e fundamental da sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis”), do artigo 17, parágrafo 1.º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) (“A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”) e do artigo 15 do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos,

b) prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime. 2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção. 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. 4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção. 5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar a cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo”.

Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) (“A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pelo Estado, que deverá velar pelo melhoramento de sua situação moral e material”), entre outros.

4.3.3 Programa Nacional de Direitos Humanos e o Sistema de Proteção da Lei n. 9.807/1999

O Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996, instituiu em nosso País o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-1)²⁵¹ com o propósito de: a) identificação dos principais obstáculos à promoção e defesa dos direitos humanos em território brasileiro; b) execução, a curto, médio e longo prazos, de medidas de promoção e defesa desses direitos; c) implementação de atos e declarações internacionais, com a adesão brasileira, relacionados com direitos humanos; d) redução de condutas e atos de violência, intolerância e discriminação, com reflexos na diminuição das desigualdades sociais; e) observância dos direitos e deveres previstos na Constituição, especialmente em seu artigo 5.º; f) plena realização da cidadania²⁵².

Na seção referente à *Luta Contra a Impunidade*, o PNDH-1 estabeleceu a estruturação nos Estados de programas de proteção de vítimas e testemunhas de crimes, expostas a grave e atual perigo em virtude de colaboração ou declarações prestadas em investigação ou processo penal.

Em 1999 foi promulgada a Lei n. 9.807 (Lei de Proteção a Vítimas, Testemunhas e Réus Colaboradores)²⁵³, contendo disposições sobre a colaboração

²⁵¹ O Decreto n. 4.229, de 13 de maio de 2002, dispôs sobre o PNDH-2, revogado pelo Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que aprovou o PNDH-3, atualmente em vigor.

²⁵² Vide artigo 2.º do Decreto n. 1.904/1996.

²⁵³ Estão assim redigidos os artigos 13 a 15 da Lei n. 9.807/1999: “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao 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. 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 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). Art. 15. Serão aplicadas em benefício

premiada nos artigos 13 a 15. Por veicular normas gerais, é aplicável aos mais diversos crimes. Seus poucos detalhamentos viabilizam sensível proveito frente às demais regras da mesma natureza previstas no plano estritamente legal.

Faça-se o registro do Decreto n. 3.518, de 20 de junho de 2000, que regulamenta o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, instituído no âmbito do Ministério da Justiça pelo artigo 12 da Lei n. 9.807/1999. No artigo 10 e subsequentes esse decreto prevê o Serviço de Proteção ao Depoente Especial, operado pelo Departamento de Polícia Federal.

São duas as situações para alguém passar à condição de depoente especial.

A primeira engloba a pessoa na qualidade de réu ou indiciado, cuja liberdade de locomoção esteja cautelarmente cerceada, e que venha a testemunhar em inquérito policial ou processo criminal, dispondo-se a colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo-crime. Na exata dicção do inciso I do artigo 10 do Decreto n. 3.518/2000, é o “réu detido ou preso, aguardando julgamento, indiciado ou acusado sob prisão cautelar em qualquer de suas modalidades”. Seguindo a trilha das demais normas, essa colaboração há de propiciar a identificação de autores, coautores ou partícipes da conduta delituosa, a localização da vítima com sua integridade física preservada ou a recuperação do produto do crime.

Os quesitos caracterizadores da segunda situação (artigo 10, II, do Decreto n. 3.518/2000) são menos rigorosos, se cotejados com os anteriores. Neste caso, estarão satisfeitas as exigências legais mediante a conjugação de três fatores: não estar amparado pelo programa protetivo (dele ter sido excluído ou não admitido), estar correndo risco pessoal (à integridade física ou moral) e cooperar na produção probatória (fornecer elementos ou informações relevantes e producentes no campo probatório).

O *caput* do artigo 13 da Lei n. 9.807/1999 prevê a possibilidade de concessão do perdão judicial *ex officio* pelo juiz ou mediante requerimento das partes, desde que haja, por parte do colaborador, cooperação efetiva e voluntária nas fases pré-processual e processual.

do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. § 1.º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos. § 2.º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8.º desta Lei. § 3.º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados”.

Sobre a acepção de “voluntário”, cuida-se de vontade livre e consciente, marcada pela facultatividade, sem a interferência de qualquer tipo de coação, manifestada espontaneamente ou não. Assim, espontâneo é o ato cuja motivação é interna ao agente, isto é, não há estímulo nem sugestão externa, mas a vontade decorrente de fatores intrínsecos àquele que age desse modo. Já voluntário, por sua vez, é o ato possivelmente (mas não necessariamente) derivado de provocação, estímulo, sugestão; enfim, de fator externo a deflagrar a vontade do agente.

Requer o dispositivo a ocorrência de determinados resultados para que seja possível o deferimento do benefício. Listados nos incisos I a III do artigo 13, essas consequências exigidas por lei não são cumulativas, mas alternativas. O mesmo ocorre no artigo 14 da Lei n. 9.807/1999, onde há a conjunção “e” em lugar de “ou”, construção verbal capaz de levar o intérprete, equivocadamente, a imaginar que se trataria realmente de situações cumuladas. Na verdade, dependerá do caso concreto.

Na circunstância em que inexista vítima a ser libertada não há razão para, a partir das informações prestadas pelo colaborador, exigir dele a “localização da vítima com a sua integridade física preservada”, para, só assim, conceder-lhe o favor legal. Portanto, no artigo 14, onde a lei diz “e” deve ser lido “ou”, emprestando ao dispositivo interpretação casuística, amoldando-o à situação submetida à análise.

4.3.4 Importância do Sistema Protetivo

É fora de dúvida que a proteção ao colaborador e seus familiares ou dependentes assume extrema importância para oferecer credibilidade ao instituto e fomentar novas cooperações. Além de valorizar a segurança e o bem-estar dos beneficiários, “pretende-se promover a sua reinserção social em novas comunidades, de maneira sigilosa e contando com a participação de entidades da sociedade civil na formação de uma rede solidária de proteção”²⁵⁴.

Usualmente os crimes praticados por grupos organizados deixam vestígios

²⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Avaliação do programa de assistência a vítimas e testemunhas ameaçadas**. Relator Auditor Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2005, p. 9.

ínfimos ou de difícil percepção, como ocorre nos delitos contra o sistema financeiro nacional e lavagem de capitais, elevando a importância das informações do colaborador. Como corolário, amplia a responsabilidade e necessidade de protegê-lo para que não seja alvo de “queima de arquivo”, locução vulgarmente utilizada para designar o assassinato de pessoas detentoras de informações valiosas para o desvendamento de ilícitos, o que equivale a homicídio qualificado, pois, nos termos do artigo 121, § 2.º, V, do Código Penal, é também qualificado o homicídio quando cometido para assegurar a impunidade de crimes anteriores.

A origem desse sistema protetivo data do final do século XVIII, mais precisamente de 1789, ano da criação do *United States Marshals Service*. Pioneiros no assunto, os Estados Unidos criaram o Serviço Marshall visando a preservar a integridade de magistrados federais, jurados e, excepcionalmente, do presidente da República, esta atualmente a cargo do serviço secreto norte-americano, o *United States Secret Service (USSS)*.

No ano de 1970, mediante a aprovação do *Organized Crime Control Act* (Lei do Crime Organizado), o Serviço Marshall recebeu a incumbência de implementar o *Witness Security Program – WitSec* (Programa de Proteção à Testemunha)²⁵⁵. Em funcionamento desde 1971, o *WitSec* não se restringe a proteger a testemunha, estendendo seu amparo aos familiares e dependentes daquela.

O *US Marshals*, Programa de Segurança à Testemunha, desponta como uma das ferramentas mais eficazes no combate ao crime organizado dos Estados Unidos. Certamente, a alta eficácia do sistema protetivo norte-americano é proporcional ao seu custo aos cofres públicos, algo em torno de vinte milhões de dólares anuais. No ano de 1996, eram mais de sete mil famílias sob proteção²⁵⁶.

Comparados aos norte-americanos, os números brasileiros são modestos. Até 2005, no Brasil, foi garantida a integridade física de mais de 1.200 pessoas desde o início do programa, contribuindo para a elucidação de número superior a 400 crimes. “Ao mesmo tempo, não há registro de nenhuma morte de beneficiários por atentado, tendo ocorrido dois casos de suicídio e um de morte natural (cirrose hepática)”²⁵⁷,

²⁵⁵ Veja-se o endereço eletrônico oficial do *US Marshals Service*: www.usmarshals.gov/witsec/index.html. Acesso em: 10 set. 2010.

²⁵⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. Op. cit., p. 137.

²⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Op. cit., p. 11.

segundo relatórios gerenciais apresentados ao Tribunal de Contas da União. Foram consignados créditos de pouco mais de 9,7 milhões de reais em 2002, valor que chegou a 14,4 milhões de reais em 2003, decrescendo, em 2004, para cerca de 11,8 milhões de reais²⁵⁸.

São valiosas as declarações de um colaborador, revelando e decodificando as atividades centrais da estrutura de um grupo criminoso, de modo a desestabilizá-lo.

Na mesma esteira, há situações nas quais a testemunha é a única fonte probatória inicial para a elucidação de uma infração penal perpetrada por organização criminosa, por isso a necessidade de protegê-la. Note-se que a proteção se dirige à *pessoa da testemunha*, que só será protegida se assim o quiser, e não ao *testemunho*, este referente, em linguagem processual, à declaração perante a autoridade de fatos de que tem conhecimento. Fosse o objetivo resguardar apenas o testemunho, após prestadas as declarações a pessoa estaria lançada à sua própria sorte.

A acusação, julgamento e aplicação da sanção no universo criminoso não deixam brechas para os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Há adoção de regras próprias, à margem das normas estatais e valores democráticos. José Braz da Silveira, ex-coordenador do Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (PROVITA) em Santa Catarina, relembra que a pena para o descumprimento das regras adotadas por facções criminosas é a morte do faltoso. “O crime organizado adota a pena de morte como regra básica. E a pena capital é aplicada pela simples quebra de sigilo”²⁵⁹.

A teor do artigo 11 da Lei n. 9.807/1999, a proteção tem como regra geral perdurar por até dois anos, podendo ser prorrogada se persistirem os motivos autorizadores do ingresso no sistema protetivo. Excepcionalmente, a depender das características e gravidade da coação ou ameaça, e mediante a concordância do colaborador, o juiz poderá determinar que lhe seja alterado o nome, mandando averbar no registro de origem a menção da existência de sentença concessiva da alteração, sem a averbação do nome alterado (§ 7.º do artigo 57 da Lei n. 6.015/1973 – Lei de Registros

²⁵⁸ Segundo histórico orçamentário/financeiro dos recursos federais alocados ao Programa de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas, atualizado até novembro de 2004. Os dados foram obtidos do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI, utilizado pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN, vinculada ao Ministério da Fazenda (Ibid., p. 12).

²⁵⁹ SILVEIRA, José Braz da. **A proteção à testemunha e o crime organizado no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 106.

Públicos, acrescido pelo artigo 16 da Lei n. 9.807/1999). Há notícia de que a primeira decisão judicial para alteração de nome nesses termos teve lugar na capital do Rio de Janeiro no ano de 2001²⁶⁰.

Como já examinamos, também conta com previsão, no plano jurídico internacional, a proteção de testemunhas, familiares e outras pessoas que lhe sejam próximas. Consagrada nos artigos 24 e 25 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), a proteção deverá ser fruto da implementação de medidas pelos respectivos Estados Partes, com vistas a impedir eventuais atos de represália ou de intimidação das testemunhas que, em processos penais, deponham sobre infrações previstas na Convenção. Prevê ainda, entre outras providências, a restrição de divulgação de informações relativas à sua identidade e paradeiro, e a possibilidade de celebração de acordos com outros Estados para facultar um novo domicílio aos protegidos.

Em matéria probatória, esse tratado fomenta a utilização de depoimento por videoconferência (teledepoimento), ao inserir no rol de medidas protetivas a criação de normas, no direito interno, que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros métodos adequados.

O legislador brasileiro perdeu a oportunidade de tratar do tema à luz da Convenção quando elaborou a Lei n. 11.900/2009, que inseriu o § 3.º no artigo 222 do Código de Processo Penal, prevendo a realização, por videoconferência ou recurso semelhante, da oitiva da testemunha que resida fora da jurisdição do juiz onde tramita o feito. Malgrado o deslize, não é indispensável que haja lei federal regulando o assunto, pois não se trata de competência privativa da União (artigo 22, I, da CF). É que a videoconferência não constitui meio de prova nem objeto de prova, cingindo-se a “simples instrumento para a coleta da prova oral, um mecanismo para propiciar o diálogo processual”. Enfim, “a matéria não é direito processual penal”²⁶¹.

²⁶⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS. **Primeira sentença de mudança de nome para proteção à testemunha na América Latina**. Disponível em: <http://www.mp.am.gov.br/index.php/cnpd/doutrinas>. Acesso em: 10 jan. 2011.

²⁶¹ “Desde que se mantenha incólume a estrutura do processo penal ‘federal’ e que sejam preservadas as garantias do acusado, cabe ao Judiciário, por seus órgãos competentes, ou aos Estados, em suas normas de organização judiciária, estabelecer o modo de fazer (*modus faciendi*) interrogatórios ou de colher depoimentos de testemunhas, vítimas ou peritos. De mais a mais, vigora no Brasil o princípio da liberdade na produção de prova (art. 155 do CPP). Tal princípio somente pode ser excepcionado por lei expressa”

A primeira vez no Brasil em que se utilizou o sistema de videoconferência transnacional para oitiva de testemunha no processo penal ocorreu no Paraná, na 2.^a Vara Federal Criminal de Curitiba, em 28 de junho de 2005. Deu-se no depoimento da norte-americana Maria Carolina Nolasco, prestado a partir de Newark, na sede do *US Attorney's Office*, com base no tratado bilateral em matéria penal entre o nosso País e os Estados Unidos²⁶². O pedido de assistência internacional partiu da Força-Tarefa do Ministério Público Federal que investigou o caso Banestado.

Para o sucesso da proteção é essencial que o beneficiário possua personalidade e conduta compatíveis com as restrições de comportamento a ela inerentes. É indispensável a obediência às determinações de guardar sigilo e demais orientações dos profissionais encarregados de proteger testemunhas, vítimas, colaboradores e os seus familiares ou dependentes, sob pena de prejudicar os demais protegidos, as equipes técnicas e a idoneidade da rede de proteção.

4.4 TÉCNICA ESPECIAL DE INVESTIGAÇÃO FRANCAMENTE DIRECIONADA À TUTELA PENAL DA ORDEM ECONÔMICA: O ACORDO DE LENIÊNCIA

4.4.1 Generalidades sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência Estruturado pela Lei n. 8.884/1994

A Lei n. 8.884/1994 dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, o que permite afirmar que esse diploma legal se ocupa da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico.

(ARAS, Vladimir. Videoconferência, persecução criminal e direitos humanos. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade (org.). **Leituras complementares de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 302).

²⁶² “Estando em Newark, no *US Attorney's Office*, em companhia da procuradora americana Marion Percell, a testemunha prestou declarações ao juiz federal Sérgio Fernando Moro e depois foi inquirida pelo Ministério Público Federal e pelos advogados dos réus, na ação penal n. 2004.70.00.025085-1, em curso em Curitiba, no Paraná” (Ibid., p. 304).

Mediante atuação estatal busca-se coordenar e estimular a economia de mercado. Isso se dá por intermédio da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a primeira vinculada ao Ministério da Fazenda, e os dois últimos, ao Ministério da Justiça. Todos eles integram o que se convencionou chamar de *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência* (SBDC), estruturado pela Lei n. 8.884/1994. No âmbito dessa lei, a SEAE e a SDE são encarregadas da instrução dos processos administrativos, enquanto que ao CADE compete julgá-los.

Em relação às investigações de práticas anticoncorrenciais cabe à SDE realizar averiguações preliminares em face de indícios de infração da ordem econômica, bem assim, em sendo necessário, instaurar o processo administrativo pertinente. No caso de arquivamento da averiguação preliminar ou do procedimento administrativo, a SDE recorrerá de ofício ao CADE. Se entender configurada a infração, remeterá o processo ao CADE, que poderá requisitar novas diligências ou julgar o caso²⁶³. André de Carvalho Ramos aborda os poderes de investigação da SDE divididos em três categorias: poder de requisição, sancionado por multas; poder de inspeção e apreensão; e poder de solicitação de medidas judiciais de busca e apreensão²⁶⁴. À SDE cabe também celebrar acordo de leniência, como veremos.

À luz do artigo 38 da Lei n. 8.884/1994, a SEAE será informada mediante ofício a respeito da instauração do processo administrativo, a fim de que, caso queira, emita parecer sobre as matérias de sua especialização, que deverá ser apresentado antes do encerramento da instrução. Mas a SEAE não atua somente em caráter consultivo, podendo também se valer do poder investigatório que lhe é conferido pelo § 1.º do artigo 35-A. Nesta hipótese, exercerá, no que couber, as competências previstas no artigo 35 e no *caput* do artigo 35-A durante o curso de procedimento administrativo destinado a instruir representação a ser encaminhada à SDE.

O CADE, ao seu turno, possui natureza jurídica de autarquia federal e tem por função zelar pela harmonia da ordem econômica brasileira, além de atuar como

²⁶³ Vide artigo 14, incisos III, VI, VII e VIII, da Lei n. 8.884/1994.

²⁶⁴ Sobre o assunto, consultar RAMOS, André de Carvalho. O direito da concorrência e o privilégio contra a autoincriminação: a experiência da União Europeia e o Brasil. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; MOURA JR., Flávio Paixão de; DOBROWOLSKI, Samantha Chantal; SOUZA, Zani Tobias de (coords.). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 29-30.

modernizador e defensor da concorrência. Suas atribuições essenciais são orientar, fiscalizar e estudar o abuso do poder econômico, agindo por vezes como tutor da apuração desse abuso ou como repressor, aplicando, quando cabível, as penalidades legalmente previstas.

Os principais fatores para maior importância do CADE centram-se na abertura da economia, privatização, desregulamentação e na estabilização dos preços. Prova disso é que os direitos do consumidor, constantes da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), encontram-se alinhados às metas do CADE. Todavia, os mecanismos protetivos veiculados no CDC distinguem-se da tutela do consumidor prevista no inciso V do artigo 170 da Constituição Federal, consistente, entre outros²⁶⁵, em um dos princípios informadores da ordem econômica, ao lado da livre concorrência. Esses dois pilares principiológicos, conjuntamente aplicáveis, prestam-se a fundamentar a ordem econômica a fim de propiciar o bem-estar do consumidor mediante a cobrança, por parte dos fornecedores, de preços módicos por produtos e serviços de maior qualidade e mais elevado grau de eficiência disponibilizados no mercado²⁶⁶.

Outro traço distintivo é que o CDC busca resguardar diretamente as relações entre consumidores e demais agentes econômicos. Já a defesa da concorrência, instrumentalizada pela Lei n. 8.884/1994, projeta esse viés protetivo a partir da preservação e fomento da liberdade concorrencial, possibilitando vantagens ao

²⁶⁵ CF, artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

²⁶⁶ A sociedade de consumo não trouxe apenas benesses para aqueles que nela atuam, conforme anotaram Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, na introdução aos seus comentários ao CDC. “Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio e poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, ‘dita as regras’. E o direito não pode ficar alheio a tal fenômeno” (GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo. NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 6).

consumidor no que se refere a melhores preços, maior qualidade e segurança²⁶⁷. “Um prima pelo desenvolvimento da economia nacional, por meio do jogo concorrencial. O outro procura suprir a situação de desequilíbrio nas relações de consumo”²⁶⁸.

Tais objetivos são condizentes com a política de proteção consumerista aprovada em 9 de abril de 1985 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e que tomou corpo sob a forma da Resolução n. 39/248, cujo conteúdo constitui a gênese dos direitos básicos consagrados na Lei n. 8.078/1990. Uma das diretrizes fixadas pela Resolução n. 39/248 versa exatamente sobre a promoção e proteção dos interesses econômicos do consumidor²⁶⁹, evidenciando o nítido cuidado direcionado à prevenção e contenção de práticas concorrenciais perniciosas.

A Lei n. 8.884/1994 regulamentou o § 4.º do artigo 173 da Constituição Federal, dispositivo que estabeleceu para o legislador infraconstitucional a obrigatoriedade de elaborar lei especialmente destinada a reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Semelhante previsão constava da Constituição brasileira de 1946²⁷⁰. Em 1962, com a Lei n. 4.137, surgiu a primeira tentativa de repressão às práticas antitrustes, ocasião em que o CADE, então com natureza jurídica de conselho de Estado, recebeu o delineamento inicial das suas atribuições.

Quando ocorre o abuso do poder econômico, a empresa economicamente superior aproveita-se disso para prejudicar a concorrência, inibir funcionamento do mercado ou aumentar arbitrariamente seus lucros. Isto porque o agente abusivo utiliza mal ou faz uso ilegítimo do poder que detém no mercado, ultrapassando os limites da razoabilidade na sua atuação. Cuida-se, portanto, de exercício irregular do direito de livre iniciativa e de propriedade, o que resulta em prejuízo à ordem econômica e consumidores, estes afetados no seu direito de optar entre vários produtos e serviços

²⁶⁷ Vide GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79-83.

²⁶⁸ MIRON, Rafael Brum. O direito da concorrência como instrumento de defesa do consumidor. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; MOURA JR., Flávio Paixão de; DOBROWOLSKI, Samantha Chantal; SOUZA, Zani Tobias de (coords.). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 202.

²⁶⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 19.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 152.

²⁷⁰ Constituição de 1946, artigo 148: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso ao poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

com qualidade satisfatória e preços competitivos (direito à escolha, de que fala Hugo Nigro Mazzilli²⁷¹).

As práticas abusivas podem se dar por meio de acordos verticais ou horizontais. São reputados verticais os acordos entre agentes econômicos cujas atividades são desenvolvidas em mercados relevantes diferentes, mas que geralmente se complementam²⁷². Os acordos horizontais, que nos interessam mais de perto, relacionam-se a agentes econômicos do mesmo mercado relevante geográfico e material.

Compreende-se por *mercado relevante geográfico* o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência, ao passo que *mercado relevante material* ou *mercado do produto* é considerado a partir do bem ou serviço que o agente econômico oferece, em que se percebe a intercambialidade (fungibilidade) dos produtos, também conhecido como *fenômeno da elasticidade cruzada*.

Uma ilustração facilitará o entendimento.

Embora sejam artefatos semelhantes, a caneta Montblanc não compartilha do mesmo mercado com a Bic Cristal, uma vez que a falta dessa linha de produtos daquela suntuosa marca alemã não acarretará a sua substituição por esse simples e popular modelo de esferográfica, pois se destinam a mercados consumidores distintos. A escassez ou ausência de uma não induz os consumidores a procurarem e adquirir a outra em seu lugar. Não há intercambialidade de tais produtos.

Apesar das distinções entre mercado relevante geográfico e mercado relevante material, ambos se assemelham por consistirem em relação direta de concorrência, permitindo às pessoas jurídicas que neles interagem a atuar de modo concertado, formando, assim, cartéis.

²⁷¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 153.

²⁷² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 395. A autora menciona como típico acordo vertical o celebrado entre uma empresa fabricante do produto e outra encarregada de distribuí-lo (Ibid., p. 396).

4.4.2 O Que São Cartéis?

Cartéis têm por nota característica serem acordos entre agentes econômicos atuantes no mesmo mercado relevante²⁷³, destinados a regular ou neutralizar a concorrência entre si. Seu objeto ou efeito encontra-se tipificado no artigo 20 da Lei n. 8.884/1994²⁷⁴. Dito de outra maneira, os cartéis consistem em acordos entre agentes econômicos que produzem os efeitos anticompetitivos capitulados no artigo 20 da Lei Antitruste. Implicam infrações administrativas, regradas pela Lei n. 8.884/1994, e infrações penais tipificadas pela Lei n. 8.137/1990²⁷⁵.

Ao artificialmente limitar a concorrência, os membros de um cartel também prejudicam a inovação, impedindo que novos produtos e processos produtivos surjam no mercado. Menores preços em razão da concorrência entre empresas são consequências naturais da competitividade, cujas vantagens que se colocam aos consumidores não estão restritas aos preços. Como afirma Rafael Brum Miron, devido à livre concorrência as empresas buscam atrair clientes de diferentes maneiras, desde investimentos voltados à melhoria tecnológica, passando pela diversificação de produtos até o desenvolvimento de políticas de bom atendimento ao consumidor. Com isso, “procura-se produzir bens com o menor custo possível, os desperdícios da produção são diminuídos, gera-se eficiências”²⁷⁶.

²⁷³ Ibid., p. 398. Segundo Gaban e Domingues, “os cartéis, em sua maioria, verificados na realidade, estão predominantemente inseridos no universo dos acordos horizontais (entre agentes econômicos situados em um mesmo mercado relevante) que de modo geral restringem e prejudicam a livre concorrência” (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Op. cit., p. 161).

²⁷⁴ Lei n. 8.884/1994, artigo 20: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante”. Convém lembrar, ainda, que o artigo 21 da Lei n. 8.884/1994 elenca de forma não taxativa (*numerus apertus*) situações que, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração à ordem econômica.

²⁷⁵ Artigos 4.º a 6.º da Lei n. 8.137/1990. Diz o artigo 4.º: “Constitui crime contra a ordem econômica: I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando total ou parcialmente a concorrência mediante: a) ajuste ou acordo de empresas (...); II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: (...) b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; (...). Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa”. Poderá a pena ser aumentada de 1/3 até a metade se o crime causar grave dano à coletividade, for cometido por servidor público no exercício de suas funções ou tiver sido praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde (*vide* artigo 12 da Lei n. 8.137/1990).

²⁷⁶ MIRON, Rafael Brum. Op. cit., p. 210.

Sediada na capital francesa, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico²⁷⁷ (OCDE) é um ente internacional com vistas ao desenvolvimento de políticas econômicas e sociais em escala global²⁷⁸, fundado oficialmente em 30 de setembro de 1961, data em que entrou em vigor a sua Convenção, assinada em 14 de dezembro de 1960. Suas origens, porém, estão atreladas à reconstrução da Europa após a Segunda Guerra Mundial e remontam ao ano de 1947, quando foi criada a Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE) para executar o financiamento norte-americano do Plano Marshall.

Segundo a OCDE, os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo.

Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues²⁷⁹ destacam como ponto positivo da política da OCDE, com relação à defesa da concorrência e ao comércio internacional, a abertura da discussão também aos países não integrantes da organização, de modo a universalizar os debates e tentar conjugar os interesses comuns a todos os países envolvidos. Com isso, objetiva também dificultar ações terroristas, corrupção, sonegação fiscal e outros comportamentos daninhos à paz e ao desenvolvimento socioeconômico.

4.4.3 Delineamentos do Acordo de Leniência

As infrações à concorrência não prejudicam apenas os diretamente envolvidos na relação de disputa pelo mercado ou os seus respectivos consumidores, que se veem forçados a gastar mais para obter produtos cuja aquisição muito provavelmente se daria por preços inferiores, caso a competição entre os fornecedores

²⁷⁷ Em inglês, *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD).

²⁷⁸ Compõem-na a Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, República da Coreia (Coreia do Sul), Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Islândia, Israel, Irlanda, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, República Tcheca, Suécia, Suíça, Turquia e Reino Unido. Desses países, quatro tornaram-se membros da OCDE em 2010: Chile, Eslovênia, Estônia e Israel (Disponível em: http://www.oecd.org/document/25/0,3746,en_36734052_36761800_36999961_1_1_1_1,00.html. Acesso em: 18 jan. 2011).

²⁷⁹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Op. cit., p. 218.

de fato existisse. Com efeito, as infrações às normas concorrenciais violam, sobretudo, interesses difusos de toda a sociedade brasileira. Há verdadeira vitimização difusa.

Diante da necessidade de aprimorar a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, notadamente em tema de coleta de elementos de prova nos casos de cartelização, o legislador brasileiro promoveu alteração na Lei n. 8.884/1994 e nela inseriu, por força da Lei n. 10.149/2000, os artigos 35-B e 35-C, criando a figura do acordo de leniência, em atendimento aos influxos da Recomendação de 1998 da OCDE (*Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*). Mesmo que na prática se traduza em um tratamento mais favorável oferecido aos autores de práticas lesivas à ordem econômica, na realidade, a política de leniência brasileira reflete uma busca de maior efetividade no enfrentamento das infrações concorrenciais²⁸⁰, sem perder de vista o respeito aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

O acordo de leniência foi assim batizado por servir de suavizador (lenitivo) da resposta estatal ao infrator que passou a colaborar com a desestruturação do cartel. Cuida-se de instrumento destinado à investigação de infrações contra a ordem econômica e que se desdobra em duas espécies. Há o acordo de leniência econômico-administrativo, descrito no artigo 35-B²⁸¹, especialmente dirigido ao campo do direito

²⁸⁰ MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela penal da ordem econômica**: o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 230.

²⁸¹ Lei n. 8.884/1994, artigo 35-B: “A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I – a identificação dos demais coautores da infração; e II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. § 1.º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenha estado à frente da conduta tida como infracionária. § 2.º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I – a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II – a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III – a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e IV – a empresa ou pessoa física confesse 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 encerramento. § 3.º O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. § 4.º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I – decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II – nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art.

econômico para proteção da concorrência e dos consumidores; e, no artigo 35-C, o acordo de leniência de cunho penal, francamente voltado ao direito penal econômico. Ambas modalidades são celebradas com a União por meio da SDE.

As primeiras medidas de leniência vieram a lume em 1978, nos Estados Unidos, editadas pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça, garantindo, inclusive, imunidade criminal aos aderentes²⁸². Embora no início tenha sido visto de modo reticente, esse instrumento passou a ter credibilidade após ter sido redefinido, em 1993, o que permitiu resultados positivos com a descoberta de cartéis em diversos segmentos da economia norte-americana.

A partir daí o instituto sofreu um processo de globalização, passando a ter previsão em vários ordenamentos jurídicos internacionais²⁸³. A Comunidade Europeia disciplinou seu programa de leniência pela primeira vez em 1996²⁸⁴, por meio da Comunicação n. 96/C 45/03. Em 2006 lhe sobrevieram alterações por força da Comunicação 2006/C 298/11, da Comissão Relativa à Imunidade em Matéria de Penas e à Redução do seu Montante nos Processos Relativos a Cartéis²⁸⁵.

Segundo Flávio Lemos Belliboni e Paola R. Petrozziello Pugliese, desde 1997, as autoridades norte-americanas impuseram multas em condenações de cartéis que superam 2 bilhões de dólares. Data de 1999 a primeira condenação por cartel em

27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. § 5.º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 23 desta Lei. § 6.º Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2.º deste artigo. § 7.º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria. § 8.º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4.º deste artigo em relação à nova infração denunciada. § 9.º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação. § 11. A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça”.

²⁸² MAIA, Rodolfo Tigre. Op. cit., 2008, p. 230.

²⁸³ CAMARGO, Marcelo. O acordo de leniência e o sistema jurídico brasileiro. **DireitoNet**. Sorocaba. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/15/84/1584/>. Acesso em: 15 ago. 2009.

²⁸⁴ MAIA, Rodolfo Tigre. Op. cit., 2008, p. 231.

²⁸⁵ IBRAC. Grupo de trabalho sobre o programa de leniência da SDE. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Evento.aspx?Id=16>. Acesso em: 18 jan. 2011.

território brasileiro, quando “empresas do setor siderúrgico foram multadas ao equivalente em 1% do seu faturamento no ano anterior”²⁸⁶. Espelhando-se na experiência estrangeira, o Brasil passou a lançar mão de mecanismos, entre eles o acordo de leniência, para reprimir esse mau vezo.

Prevê o artigo 35-C da Lei n. 8.884/1994 que, nos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei n. 8.137/1990, a celebração do acordo de leniência provoca a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Segundo o parágrafo único do mesmo artigo, cumprido o acordo de leniência fica extinta a punibilidade dos crimes contra a ordem econômica, cometidos pelo agente colaborador, que tenham sido objeto do acordo. Este dispositivo é de discutível constitucionalidade, caso não haja a participação do Ministério Público e do Judiciário na avença, em face das normas constitucionais referentes ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5.º, XXXV) e à privatividade da ação penal pública atribuída ao *Parquet* (artigo 129, I).

Observe-se, outrossim, que na parte final do § 7.º do artigo 35-B da Lei n. 8.884/1994 há expressa previsão de emanção dos efeitos do acordo de leniência para além dos autos da investigação desenvolvida.

Nos termos da Lei n. 8.884/1994, são requisitos para habilitação ao programa de leniência: a) a pessoa, física ou jurídica, deve ser a primeira a se apresentar à SDE e a confessar sua participação na infração noticiada ou sob investigação; b) cessação do envolvimento do pretense beneficiário no contexto ilícito relatado; c) proponente não pode ter sido o líder da prática denunciada; d) concordância do infrator em cooperar plenamente com a investigação; e) a cooperação deve resultar na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas que demonstrem a prática noticiada; f) no momento da propositura do acordo, insuficiência de provas de conhecimento da SDE para assegurar a condenação do proponente.

Embora a lei preveja que somente se concederão os benefícios a quem primeiro se habilitar para um acordo de leniência, é possível que outro envolvido no cartel sob investigação também obtenha compensações legais. É o que poderá ocorrer quando, por exemplo, preenchidos os demais requisitos, fornecer informações em

²⁸⁶ BELLIBONI, Flávio Lemos; PUGLIESE, Paola R. Petrozziello. Mudança de Rumo: Brasil segue tendência mundial de combate aos cartéis. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 6 out. 2002. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/9773,1>. Acesso em: 30 jun. 2010.

primeira mão sobre cartel distinto. Nesta hipótese, os efeitos do acordo incidirão sobre os fatos referentes à segunda infração e, com relação à primeira, fará jus à redução de um terço da pena que lhe for aplicável (§§ 7.º e 8.º do artigo 35-B).

Conforme o programa de leniência brasileiro, a identidade do beneficiário do acordo permanece confidencial em relação ao público em geral durante todo o curso da investigação e até o julgamento do caso pelo CADE.

4.4.4 Acordo de Leniência, “Bagrinhos” e Direito Fundamental à Não Autoincriminação

O acordo de leniência não se presta a beneficiar os “peixes-grandes” do cartel. Destina-se aos “bagrinhos”, participantes de menor hierarquia no contexto ilícito, mas sabedores de valiosas informações capazes de revelar os nomes dos demais envolvidos, suas respectivas tarefas, bem assim o *modus operandi* do grupo e outros dados relevantes ao seu desmantelamento. Neste sentido, o § 1.º do artigo 35-B da Lei n. 8.884/1994 veda a celebração de acordo de leniência às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.

Por ser um acordo de colaboração de natureza especial, configura-se como importante mecanismo preventivo e repressivo às infrações contra a ordem econômica, também permeado por aspectos processuais penais, como o indispensável respeito ao direito fundamental à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

Justamente por estar implicado no ilícito, a decisão de cooperar pertence ao agente. No entanto, escolhido o caminho da cooperação, o agente apenas será beneficiado por futura compensação dela advinda se for fiel ao dever legal de cooperação²⁸⁷. Quando não cumpri-lo a contento, terá como consequência o indeferimento da medida compensatória.

²⁸⁷ Mais detalhadamente, consultar ANDREATO, Danilo. Dever legal de delação e dever legal de cooperação. **Revista de Doutrina da 4.ª Região** – Escola da Magistratura do TRF-4 (EMAGIS), Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/Danilo_Andreato.html. Acesso em: 9 nov. 2010.

A real possibilidade de optar por prestar ou não auxílio à investigação é fundamental para timbrar de validade a colaboração decorrente do acordo de leniência, porque abrir mão do direito subjetivo de não autoincriminação é seu antecedente necessário, consoante o inciso IV do artigo 35-B. Ao cidadão é facultado fazer uso do direito subjetivo de não se incriminar. Todavia, por se cuidar de direito, seu titular exerce-o se quiser. Além do preenchimento de outras condições, para a válida e correta estruturação do acordo não basta ao colaborador revelar informações do fato ilícito à autoridade competente. Impõe-se um algo mais. Exige-se, antes, sua confissão, o reconhecimento da sua atuação no enredo infracional.

O imprescindível atributo inicial do acordo de leniência situa-se no regime optativo desse dever de cooperar, importantíssimo detalhe para sua validade em virtude da necessária observância dos direitos e garantias fundamentais, notadamente o direito de não autoincriminação, conexo ao direito ao silêncio (artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição Federal).

Seja na esfera penal ou administrativa, as palavras daquele que pretende se beneficiar do acordo de leniência não podem, de modo isolado, servir de amparo a um decreto condenatório. Suas declarações servem como indícios de infrações a serem investigadas, em que “a valia de tal procedimento pressupõe contexto que evidencie a sinceridade do depoimento”²⁸⁸⁻²⁸⁹. Em suma, as palavras do colaborador, sozinhas, nada comprovam; precisam ser confirmadas por outros elementos de prova.

4.4.5 *Leading Case* Brasileiro: o Cartel dos Vigilantes

O acordo de leniência pioneiramente celebrado no Brasil veio a lume somente em 2003, no caso que passou a ser conhecido como o *Cartel dos Vigilantes*. Estima-se que as atividades do grupo tiveram início, pelo menos, em 1990. A partir de

²⁸⁸ STF, 2.ª Turma, HC 71.803/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.11.1994, DJ 17.02.1995, p. 2.746.

²⁸⁹ Seguindo o mesmo caminho da Suprema Corte brasileira, a decisão do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região: “Não se deve afastar o valor da delação premiada como meio de prova. Entretanto, doutrina e jurisprudência pátrias vêm reforçando o entendimento de que o testemunho do coacusado, para embasar uma condenação, deve ser corroborado por outras evidências” (TRF-4, 8.ª Turma, ACR 2005.70.00.029.545-0, Rel. Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro, j. 25.10.2006, DJ 01.11.2006, p. 903, v.u.).

informações prestadas por um integrante com atuação em procedimentos licitatórios (*bid rigging*²⁹⁰) para contratação de serviços de vigilância no Rio Grande do Sul foi possível chegar aos seus demais membros: 21 empresas, 3 associações de classe e mais de 30 pessoas físicas.

Havia reuniões periódicas, ocasião em que todas as empresas levavam os editais das licitações a ocorrer durante a semana, quando era decidido quem as venceria e quais preços seriam apresentados. A troca de propostas se realizava por *e-mails* e envelopes entre as empresas às vésperas das licitações. Nessas reuniões também eram definidos subornos a servidores públicos encarregados da elaboração do edital ou a criação da exigência de certidões negativas das empresas junto ao sindicato estadual das empresas de vigilância²⁹¹.

O alcance do cartel era amplo. Atuava em certames promovidos por universidades, bancos, hospitais e outros órgãos públicos gaúchos, isso sem contar com segurança de eventos particulares e em contratos privados.

O grupo também fraudava licitações promovidas por entidades vinculadas ao Ministério da Fazenda sediadas no Rio Grande do Sul²⁹² e pela Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre. O sindicato dos vigilantes agia de modo coordenado com o sindicato patronal, com o intuito de embaraçar a atuação de empresas que não compactuavam com o conluio. Seu desmonte foi propiciado por colaboração decorrente do acordo de leniência, em que se apresentou elementos de prova das fraudes nas licitações, incluindo testemunhos de empregados e gravações de diálogos telefônicos entre os envolvidos. Uma das conversas registradas evidenciou a tentativa de aliciamento de um empresário do setor para integrar o grupo, seguida da tentativa de demovê-lo da ideia de concorrer, por meio da sua empresa, com o cartel.

Somente de janeiro a agosto de 2009, recursos federais superiores a 20 bilhões de reais foram aplicados em compras públicas, considerando-se apenas administração direta, autárquica e fundacional²⁹³. Esse polposo ingrediente, conjugado à

²⁹⁰ Termo internacionalmente consagrado para designar cartel em licitações.

²⁹¹ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência**. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000308611749.pdf. Acesso em: 15 ago. 2009.

²⁹² Entre elas, Delegacias da Receita Federal em Porto Alegre, Caxias do Sul, Chuí, Novo Hamburgo, Pelotas, Santa Maria, Rio Grande, Santo Ângelo, Passo Fundo, Santa Cruz do Sul, Santana do Livramento e Uruguaiana, além da Inspeção da Receita Federal em Porto Alegre e da Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda.

²⁹³ Conforme dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão mencionados por MACHADO,

previsibilidade das contratações, número geralmente limitado de empresas participantes e os frequentes contatos que elas mantêm entre si, faz das licitações terrenos fecundos à atuação dos cartéis, que podem atuar das seguintes maneiras, como identificou o Departamento de Proteção e Defesa da Concorrência²⁹⁴:

a) fixação de preços: firmam-se acordos entre concorrentes visando a elevar ou fixar preços e impedir que as propostas situem-se abaixo de um preço base;

b) direcionamento privado da licitação: define-se com antecedência quem será o vencedor de um certame específico ou de uma série de processos licitatórios, bem como as condições nas quais essas licitações serão adjudicadas;

c) divisão de mercado: os membros do cartel combinam entre si quem participará de licitações em dada região. Exemplo: “X” participará nos Estados do Paraná e Santa Catarina; Minas Gerais e Espírito Santo ficarão reservados a “Y”; “Z”, por sua vez, operará na Bahia e Distrito Federal;

d) supressão de propostas (*bid suppression*): licitantes, que deveriam comparecer, não comparecem ou, ao estarem presentes, retiram a proposta formulada, favorecendo um integrante do grupo escolhido antecipadamente para vencer a disputa;

e) apresentação de propostas *pro forma* (*cover bidding* ou *complementary bidding*): alguns concorrentes apresentam propostas viciadas, para que sejam desclassificados, tudo em benefício de um determinado licitante. Os vícios variam desde uma mera cotação de preços excessivamente elevados até defeitos formais de caráter nitidamente desclassificatório;

f) rodízio (*bid rotation*): há revezamento, previamente ajustado, entre aqueles que vencem os certames. Ora uns sagram-se vencedores de uma licitação; ora, outros, de maneira a permitir que cada um usufrua sucessivamente de uma “fatia do bolo”;

g) subcontratação: os licitantes ausentam-se da competição ou desistem das suas propostas. Isto ocorre em favor de um dos membros do grupo, para que vença a licitação geralmente por um valor acima do patamar normal. Na sequência, o vencedor subcontrata os licitantes que lhe favoreceram, repartindo, assim, o sobrepreço.

Fernanda Garcia. **Combate a cartéis em licitações**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/services>. Acesso em: 23 jan. 2011.

²⁹⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa da Concorrência da Secretaria de Direito Econômico. **Combate a cartéis em licitações**. Brasília: Imprensa Oficial, 2008, p. 9-10.

Essas práticas podem aparecer cumulativamente ou de forma isolada, acarretando maior custo para a Administração e indevida transferência de dinheiro público aos integrantes do cartel.

Segundo o parecer²⁹⁵ do Ministério Público Federal subscrito por seu representante junto ao CADE, ficou demonstrada a existência de cartel no mercado de prestação de serviços de vigilância contratados mediante licitações públicas no Rio Grande do Sul. O MPF destacou em sua peça algumas conclusões decorrentes das provas coligidas pela SEAE referentes às 14 licitações questionadas:

a) apenas uma determinada empresa sagrou-se vencedora em todas as 14 licitações;

b) em 11 dessas licitações, essa mesma empresa era a única com representante credenciado nas sessões de habilitação;

c) em 7 das licitações, foi a única empresa habilitada e classificada;

d) apesar de terem ocorrido um total de 15 inabilitações, não houve um único recurso;

e) algumas inabilitações decorreram simplesmente da falta de preenchimento de formulários pelos licitantes;

f) as demais desclassificações ocorridas nas licitações foram devido à apresentação de preço excessivo, em descumprimento flagrante às portarias do Ministério do Planejamento.

O colaborador, por ter cumprido integralmente as condições impostas no ajuste celebrado com a SDE, não sofreu nenhuma sanção no campo administrativo ou penal²⁹⁶, em razão de ter sido extinta a sua punibilidade. Considerou a SDE que o beneficiário cooperou plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, fornecendo importantes documentos e informações para elucidar o conluio, comparecendo sempre que solicitado, sob suas expensas, a todos os atos processuais até o seu encerramento.

²⁹⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000291691604.pdf. Acesso em: 15 ago. 2009.

²⁹⁶ Esse acordo de leniência contou com a participação do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, segundo informa ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **O acordo de leniência no direito penal**. Disponível em: http://ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=9724. Acesso em: 10 dez. 2010.

Da colaboração do beneficiário resultou a identificação dos demais coautores e a obtenção de informações e documentos que comprovaram as infrações noticiadas. Esses aspectos guiaram a SDE a considerar presentes todos os requisitos necessários à celebração do acordo de leniência, o que a fez, “em vista da valorosa contribuição às investigações” e do fiel cumprimento de todas as obrigações estipuladas na Lei n. 8.884/1994 e na avença por parte dos beneficiários, sugerir ao CADE a aplicação integral dos benefícios do acordo de leniência consubstanciados no artigo 35-B, § 4.º, inciso I, e artigo 35-C, parágrafo único, da Lei n. 8.884/1994, em relação a uma empresa de vigilância e duas pessoas físicas²⁹⁷.

Trata-se de paradigmático cartel em compras públicas com desdobramentos penais e extrapenais. Na seara penal, o Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul denunciou 16 pessoas por quadrilha (artigo 288 do Código Penal)²⁹⁸, crime contra a ordem econômica (artigo 4.º, inciso I, alínea *a*, da Lei n. 8.137/1990)²⁹⁹ e fraude licitatória (artigo 90 da Lei n. 8.666/1993)³⁰⁰. A denúncia, recebida em 23 de maio de 2006, tramita na 2.ª Vara Federal Criminal de Porto Alegre sob o n. 2004.71.00.018690-7³⁰¹.

No terreno administrativo, o CADE impôs multas da ordem de 15 a 20% sobre o faturamento bruto em 2002 a 16 empresas, além da condenação, sob a forma de multa, referente aos executivos das empresas envolvidas e às associações de classe e seus dirigentes. A quantia total das multas impostas superou a 40 milhões de reais, além de as empresas implicadas terem sido proibidas de participar de licitações pelo prazo de 5 anos. A título comparativo, somente em 2007, a Comissão Europeia aplicou multas por cartel em valores superiores a 3 bilhões de euros. De 1997 a 2007, os Estados Unidos aplicaram multas além de 4 bilhões de dólares contra práticas do gênero.

²⁹⁷ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência**. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000291671909.pdf. Acesso em: 15 ago. 2009.

²⁹⁸ CP, artigo 288: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de um a três anos”.

²⁹⁹ Lei n. 8.137/1990, artigo 4.º: “Constitui crime contra a ordem econômica: I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante: a) ajuste ou acordo de empresas; (...): Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa”.

³⁰⁰ Lei n. 8.666/1993, artigo 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”.

³⁰¹ Andamento processual consultado, em 20 de janeiro de 2011, no *site* da Justiça Federal no Rio Grande do Sul (www.jfrs.jus.br). Os mesmos autos também tramitam sob o número 0018690-32.2004.404.7100.

O processo administrativo em que se discutia o Cartel dos Vigilantes tramitou sob o n. 08012.001826/2003-10. Levado a julgamento pelo Plenário do CADE no dia 19 de setembro de 2007, ficou assim ementado:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. CARTEL EM SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA PRIVADA PARA LICITAÇÕES NO RS. ACORDO DE LENIÊNCIA. PROVAS CONCRETAS. GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS. DOCUMENTOS APREENDIDOS. CONDENAÇÃO DAS REPRESENTADAS E SEUS DIRIGENTES. PENAS DE MULTA, PROIBIÇÃO DE LICITAR E CONTRATAR. PUBLICAÇÃO EM JORNAL. BENEFÍCIOS DO ACORDO CONCEDIDOS.

I – Processo administrativo para apurar a ocorrência de conluio entre empresas prestadoras de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul, para atuar em licitações públicas e privadas.

II – Empresa Antares e Srs. Rubem Orelí e Alexandre Luzardo celebraram com a União em 2003 o primeiro acordo de leniência do SBDC.

III – Mercados relevantes: licitações de serviços de vigilância privada no Rio Grande do Sul bem como cada uma das licitações objeto de investigação.

IV – Presença de características que propiciam a cartelização, como barreiras à entrada, número reduzido de agente, homogeneidade do serviço e presença de sindicatos.

V – Processo administrativo regular. Assegurados contraditório e ampla defesa. Produção de provas regular. Ampla jurisprudência do STF e STJ.

VI – As provas concretas de gravações telefônicas e documentos apreendidos em busca e apreensão comprovam cartel.

VII – Empresas ofertavam seus serviços de modo concertado, combinando entre si quem ganharia cada licitação, praticando preços predatórios sempre que nova empresa tentasse desestabilizar o cartel e oferecendo seus serviços a preços inferiores ao valor concertado. Série de licitações analisadas com evidências econômicas.

VIII – Colaboração por parte dos Sindicatos Patronal e dos Empregados, através de imposição de notificações trabalhistas. Liderança da conduta por parte das empresas Reação, Rotasul, Epavi, Protege e Assservirgs por meio de seus dirigentes. Comprovada intenção dos agentes e a produção dos efeitos de falseamento completo do processo competitivo. Efeitos do art. 20, I, da Lei 8.884/94. Configurada infração à ordem econômica.

IX – Conduta das empresas e pessoas físicas enquadradas no art. 21, inc. I e VIII, da lei, de fixação concertada de preços de prestação de serviços. Condutas dos sindicatos e associação configuradas no art. 21, inc. II, de obtenção e influência na adoção de conduta comercial uniforme ou concertada.

X – Absolvição de Vigitec, Patrulhense, Angra, JM Guimarães e Asgarras e seus dirigentes por ausência de provas. Participação das pessoas físicas. Condenação dos dirigentes. Absolvição de empregados e familiares do secretário geral do sindicato dos vigilantes.

XI – Imposição de multa às representadas e às pessoas físicas. Requisitos do art. 27 da lei. Pena-base pessoa jurídica definida em 15% do faturamento. Fundamento no art. 23, I. Pena-base pessoa física definida em 15% da multa da pessoa jurídica. Fundamento no art. 23, II. Agravante de liderança do cartel. Penalidades dos sindicatos fundadas no art. 23, III.

XII – Proibição de contratação com instituições financeiras oficiais e de participação em licitações. Publicação em jornal do conteúdo da decisão.

XIII – Aplicação integral dos benefícios com extinção da ação punitiva para Vigilância Antares e Rubem Oreli³⁰².

Tanto a colaboração que se dá por intermédio do acordo de leniência quanto a suspensão condicional do processo são institutos de Justiça criminal consensual, caracterizados pela possibilidade de as partes pactuarem entre si. Inaugurado pela Lei n. 9.099/1995³⁰³, esse sistema de justiça não conflitiva estabeleceu uma nova política criminal que viabiliza a não deflagração da ação penal ou a paralisação da marcha processual e o seu antecipado encerramento, em benefício do acusado.³⁰⁴

O acordo de leniência, capitulado nos artigos 35-B e 35-C da Lei n. 8.884/1994, conta com detalhadas disposições sobre o seu procedimento, instituto

³⁰² BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência**. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000303331582.pdf. Acesso em: 15 ago. 2009. Alexandre Luzardo não figura como réu na ação penal n. 2004.71.00.018690-7. Sob o ponto de vista das normas antitruste, foi considerado “inimputável” por se tratar de gerente-empregado.

³⁰³ “O modelo consensual instituído pela Lei 9.099/95 e ampliado pelas Leis 10.259/2001 e 11.313/2006 deita suas raízes em três princípios fundamentais: 1.º) princípio da oportunidade regrada; 2.º) princípio da autonomia da vontade; e 3.º) princípio da desnecessidade da pena de prisão. Para se estabelecer o modelo consensual de Justiça Criminal, como se percebe, em primeiro lugar o legislador elegeu a via processual (princípio da oportunidade). Isso significa que para haver consenso ou conciliação urge que o Ministério Público abra mão da via processual clássica, regida pelo princípio da obrigatoriedade. Em segundo lugar, do acusado se espera que abra mão do devido processo legal clássico (contraditório, provas, recursos etc.), em troca de alguns benefícios consideráveis (evitam-se o processo, as cerimônias degradantes, a sentença, o rol dos culpados, a reincidência etc.). Em terceiro lugar, do Estado retirou-se a forma de reação clássica que é a prisão. Cada um dos envolvidos na persecução penal deve abdicar de uma parcela dos seus direitos tradicionais” (GOMES, Luiz Flávio. In: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 5.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 448).

³⁰⁴ A suspensão condicional do processo, regulada pelo artigo 89 da Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais na órbita da Justiça Estadual), será aplicada nos crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, podendo o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal). Posteriormente, foi promulgada a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, instituindo os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, aos quais se aplicam, no que não lhes contrariar, as disposições da Lei n. 9.099/1995 (artigo 1.º da Lei n. 10.259/2001). O artigo 77 do Código Penal relaciona os requisitos da suspensão condicional da *pena*. São eles: a) não reincidência em crime doloso; b) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; c) não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do Código Penal (é a hipótese de substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito, cabível quando, cumulativamente: i) aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; ii) o réu não for reincidente em crime doloso; iii) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Merece observação o § 3.º do artigo 44 do CP, pois, mesmo se o condenado for reincidente, o juiz poderá substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

específico para infrações contra a ordem econômica e erigido para tutelar bens jurídicos transindividuais.

É um método investigativo dissuasório e repressivo norteado pelo incentivo à colaboração com a Justiça, aqui entendida em acepção alargada, não apenas vinculada ao Poder Judiciário, mas toda aquela significativa da aplicação do direito ao caso concreto com vistas à preservação dos valores constitucionalmente tutelados.

Atua o colaborador como agente interno de desestabilização do grupo infrator, de modo a propiciar a ruptura da *societas sceleris* e, por consequência, do cartel. É fora de dúvida que o acordo de leniência consiste em um importante instrumento investigativo de natureza especial direcionado a prevenir e reprimir infrações penais e administrativas contra a ordem econômica, reduzindo a margem de impunidade, evitando a dilapidação dos recursos públicos e fortalecendo o Estado Democrático de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implementação de técnicas especiais de investigação é um imprescindível aporte à apuração e persecução penal de crimes complexos e de afetação a bens jurídicos transindividuais. Sua incrementação decorre dos mandamentos da Constituição Federal de 1988 e dos compromissos assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional.

É imperativo de estatura constitucional que o Estado, além de não violar os direitos humanos, aja de maneira a promovê-los e protegê-los, inclusive valendo-se do direito penal e processual penal, quando necessidade houver. Nessa perspectiva, a omissão estatal corresponde à violação de tais direitos, contexto no qual estão os direitos à segurança, à paz e à liberdade.

Essa sintonia com a Constituição obviamente também deve se dar quanto aos limites da utilização desses instrumentos investigativos em face dos parâmetros do Estado Democrático de Direito. São ferramentas cujo manejo não pode ser vulgarizado, pois lidam com direitos sensíveis, como a vida e a privacidade, e comportam graves riscos, a exemplo das circunstâncias que envolvem colaboradores da Justiça e testemunhas de delitos praticados por organizações criminosas, o que, no ponto, eleva a importância da existência de um especial sistema de proteção.

As técnicas especiais de investigação apenas deverão ser usadas quando os convencionais meios de prova e de obtenção de elementos de prova se mostrarem insuficientes, a fim de que possibilitem a superação da aridez probatória verificada no horizonte dos métodos tradicionais.

Organizações criminosas são uma inegável realidade no Brasil e no mundo. Com as facilidades proporcionadas pelos avanços tecnológicos abriram-se também os caminhos para que esses grupos delas se valessem para intensificar ou dar novas formas ao cometimento de delitos dentro e fora das fronteiras de um País. Acentuaram-se os deletérios efeitos das suas atividades, cada vez mais realizadas com o firme propósito de evitar o quanto possível o rastreamento da trilha delitativa, buscando distanciar, principalmente nos crimes de lavagem de dinheiro, o produto do crime da sua origem

ilícita, e com isso alargarem as margens da impunidade, desestabilizando a sociedade e o Estado.

Lançar mão de instrumentos processuais penais como as TEI, alicerçadas no respeito à dignidade da pessoa humana e voltadas a tutelar a paz e a segurança, significa um atuar estatal pautado em princípios democráticos com vistas a uma política criminal destinada a concretizar o programa constitucional por meio de uma tutela jurisdicional efetiva, na qual se insere a proteção penal eficiente. Os sentimentos de justiça, bom senso, bem comum, os valores éticos e de solidariedade não estão dissociados do espaço jurídico. Felizmente, foi-se o tempo em que essa separação prevaleceu.

É exigência da Constituição Federal de 1988 a preservação e promoção dos direitos fundamentais, tendo como eixo axiológico a dignidade da pessoa humana.

Ao formalismo jurídico cultivado ao longo de grande parte do século XX seguiu-se um novo pensamento filosófico, orientado a promover a reaproximação entre o Direito e a ética, rompendo com a tradição de reputar a Constituição como um documento em que o viés político e casuísta sobrepujava sua feição jurídica.

Essa ruptura é historicamente marcada pela fase advinda depois de 1945, com a necessidade decorrente da percepção de que o primado da legalidade, desprovido de valores, é insuficiente para a adequada conformação do Estado. Essas novas bases, lançadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, fincadas na Europa pela Constituição alemã em 1949 e pioneiramente desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal do mesmo país, permitiu que a expectativa e desejo por novos tempos pudessem ter lugar, sentimento disseminado, sedimentado ou por se sedimentar, nos mais variados países. Demonstração disso são os inúmeros tratados celebrados tendo os direitos humanos como paradigma ético, referencial adotado pela comunidade internacional para evidenciar a pauta valorativa da nova ordem global.

O pensamento meramente subsuntivo, o legalismo aplicado acriticamente, é incapaz de atender a esses reclamos. Os anseios à edificação de uma ordem jurídica justa, equilibrada, firmam-se no pós-Segunda Guerra Mundial e dão ensejo à construção de um novo modelo, conhecido como pós-positivismo ou neoconstitucionalismo.

Do direito de ação decorre o direito à prova, do qual é ínsito o direito à investigação. Amparada na liberdade probatória, cujos feixes não podem licitamente ir além dos limites constitucionalmente impostos, a atividade investigativa ganha em

operabilidade, ampliando as possibilidades do acerto do caso penal, reduzindo a impunidade e robustecendo a tutela dos bens jurídicos caros ao Estado Democrático de Direito.

Fonte primária das técnicas especiais de investigação, a Constituição Federal prevê o dever de persecução penal e o direito à segurança, ao tempo em que autoriza, por intermédio de ordem judicial, a interceptação de comunicações postais, telefônicas e telemáticas e o ingresso em domicílio alheio, excepcionalidades estipuladas nos moldes dos incisos XI e XII do seu artigo 5.º.

No plano estritamente legal, dão corpo ao arcabouço das TEI a Lei n. 7.492/1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), Lei n. 8.137/1990 (Lei de Crimes contra a Ordem Tributária e Relações de Consumo), Lei n. 8.884/1994 (Lei de Prevenção e Repressão às Infrações Contra a Ordem Econômica), Lei n. 9.034/1995 (Lei de Combate ao Crime Organizado), Lei n. 9.296/1996 (Lei de Interceptação Telefônica), Lei n. 9.613/1998 (Lei de Repressão à Lavagem de Dinheiro), Lei n. 9.807/1999 (Lei de Proteção a Vítimas, Testemunhas e Réus Colaboradores), Lei Complementar n. 105/2001 (Lei de Sigilo Financeiro), a Lei n. 11.343/2006 (Lei Antidrogas) e a Lei n. 9.883/1999 (Sistema Brasileiro de Inteligência).

No âmbito internacional, as TEI encontram fundamento direto na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988), todas elas incorporadas ao direito brasileiro e com força de lei federal ordinária, a teor do § 4.º do artigo 5.º da Constituição Federal e do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP.

Todo esse leque normativo já propicia o manuseio dessas ferramentas de modo a corresponder à expectativa de obtenção de consideráveis resultados na prevenção e repressão a crimes de maior gravidade ou complexidade e cometidos por organizações criminosas. Em que pese a vigência do princípio da liberdade probatória, a sistematização e desdobramento das TEI por nossos congressistas, para ainda melhor discipliná-las e conferir previsão às não expressas, definir suas molduras, requisitos, competência e formas de operacionalização, em muito contribuirá ao controle judicial e

emprego de tais mecanismos de apuração, eliminando certos hiatos e favorecendo a adequada tutela dos direitos dos investigados e das vítimas.

Com efeito, seja com a presença ou não das técnicas especiais de investigação, certamente não se conseguirá eliminar a criminalidade, reduzi-la a zero no plano nacional ou global. Os crimes transnacionais continuarão a existir, bem como atos de corrupção, ataques ao erário, tráficos de armas e drogas, lavagem de dinheiro e outros delitos.

Por outro lado, com a mesma certeza de que não se frearão completamente tais investidas, igualmente se pode afirmar o destacado papel das técnicas especiais de investigação para, conjugadas à imprescindível atuação estatal por intermédio de políticas públicas fomentadoras do desenvolvimento humano (direito-síntese ao desenvolvimento), serem utilizadas como agentes de prevenção e repressão aos crimes em que tais medidas se apresentem necessárias, de forma que os ilícitos penais sejam reduzidos a um patamar hábil a ser considerado socialmente tolerável, sem maiores afetações nas estruturas sociais e institucionais.

Essa tarefa é árdua, sem dúvida. E o dever de torná-la realidade é da sociedade e do Estado. O compromisso, por igual, há de ser de todos nós. Atingir esse objetivo é utopia, dirão alguns. Mas se alguém vaticinasse, no começo dos anos 1980, que a partir do final daquela década o Brasil viveria, ainda que de modo acidentado, mais de 20 anos de estabilidade institucional, com nítidos avanços sociais e democráticos, atingindo significativa melhora econômica, provavelmente a esse interlocutor seria dado pouco crédito ou, talvez, a ele não se dariam ouvidos.

É inegável que há, ainda, muito a ser feito em nosso País. Por isso a importância da manutenção dos ideais fundados nos direitos humanos, os quais nos servem não só como ponto de partida, impulsionando-nos a sempre seguir adiante, norteando o percurso em direção à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Servem para que, movidos por esse propósito, sigamos em frente, um dia de cada vez e cada dia intensamente, para a preservação e fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **O acordo de leniência no direito penal**. Disponível em: http://ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=9724. Acesso em: 10 dez. 2010.

ANDREATO, Danilo. Dever legal de delação e dever legal de cooperação. **Revista de Doutrina da 4.^a Região** – Escola da Magistratura do TRF-4 (EMAGIS), Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/Danilo_Andreato.html. Acesso em: 9 nov. 2010.

_____. Direitos de personalidade e Internet. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 50, 01 abr. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/1983>. Acesso em: 20 dez. 2010.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7.^a ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. 2.^a ed. São Paulo: Moderna, 1993.

ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro, organizações criminosas e o conceito da Convenção de Palermo**. Disponível em: <http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigos-docs/convencao-palermo.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2010.

_____. Federalização dos crimes contra os direitos humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 687, 23 maio 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6762>. Acesso em: 11 jan. 2010.

_____. Lavagem de dinheiro, evasão de divisas e cooperação internacional: o caso Banestado. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (coords.). **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: 20 anos da Lei n. 7.492/1986**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 197-239.

_____. Técnicas especiais de investigação. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 403-460.

_____. Videoconferência, persecução criminal e direitos humanos. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade (org.). **Leituras complementares de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 269-309.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ARLACCHI, Pino. **Adeus à máfia**: as confissões de Tommaso Buscetta. Tradução de Roberto Cattani e Lucia Wataghin. São Paulo: Ática, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A inquisição**. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

BALTAZAR JR., José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Crimes federais**. 4.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BALTAZAR JR., José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (orgs.). **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

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

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. España: Siglo Veintiuno, 2002, p. 120.

BELLIBONI, Flávio Lemos; PUGLIESE, Paola R. Petrozziello. Mudança de Rumo: Brasil segue tendência mundial de combate aos cartéis. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 6 out. 2002. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/9773,1>. Acesso em: 30 jun. 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6.578/2009**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=463455. Acesso em: 18 jan. 2011.

_____. **Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 15 ago. 2009.

_____. Justiça Federal no Paraná. **2.^a Vara Federal Criminal de Curitiba recebe recursos repatriados dos Estados Unidos**. Disponível em: <http://www.jfpr.gov.br/comsoc/noticia.php?codigo=4287>. Acesso em: 27 jan. 2011.

_____. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa da Concorrência da Secretaria de Direito Econômico. **Combate a cartéis em licitações**. Brasília: Imprensa Oficial, 2008.

_____. _____. **Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional**. Disponível em: www.mj.gov.br/drci/default.asp. Acesso em 18 jan. 2011.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 156/2009**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645. Acesso em: 18 jan. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. **Avaliação do programa de assistência a vítimas e testemunhas ameaçadas**. Relator Auditor Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2005.

CABANA, Patricia Faraldo. **Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

CAMARGO, Marcelo. O acordo de leniência e o sistema jurídico brasileiro. **DireitoNet**. Sorocaba. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/15/84/1584/>. Acesso em: 15 ago. 2009.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 139-171.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2.^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

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

COSTA JR., Paulo José da; PELLEGRINI, Angiolo. **Criminalidade organizada**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). **Doutrinas essenciais de direito penal**. Introdução: direito constitucional, princípios, evolução histórica, direito internacional e globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 1301-1320.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 303-311.

DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

_____. O sistema internacional antilavagem de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 27-45.

DELGADO, José Manuel A. de Pina; TIUJO, Liriam Kiyomi. Tribunais penais

internacionais. In: BARRAL, Welber (org.). **Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 58-87.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **O caso dos denunciadores invejosos: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça**. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. Globalização e a nova criminalidade. **Revista Territórios e Fronteiras**, v. 2, n. 1, Cuiabá, jan./jun. 2009, p. 81-98.

ESPAÑA, Elisa García. **El premio a la colaboración con la justicia: especial consideración a la corrupción administrativa**. Albolote: Comares, 2006.

ESPANHA. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. **Boletín Oficial de Estado**, n. 10, 12.03.2000. Disponível em: http://extranjeros.mtas.es/es/normativa_jurisprudencia/Nacional/LeyOrganica_Dchos_Libertades.pdf. Acesso em: 30 jun. 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **US Marshals Service. Witness Security Program**. Disponível em: www.usmarshals.gov/witsec/index.html. Acesso em: 10 set. 2010.

FAGUNDES, Leonardo Peres. **Técnicas de localização de dispositivos móveis em redes Wi-Fi – TDOA**. 2008. 30 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Tecnologias, Gerência e Segurança de Redes de Computadores) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

FATF-GAFI. **The 40 recommendations**. Paris. 2004. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/38/50/34030817.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2010.

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

_____. O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coords.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 222-243.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, 2.^a ed. rev. e ampl. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.*, com a colaboração de Alexis Augusto Couto de Brito *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FLORES, Joaquín Herrera. La complejidad de los derechos humanos – bases teóricas para una definición crítica. **Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale**, Firenze, 2006. Disponível em: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/rights/herrera/index.htm>. Acesso em: 13 jan. 2010.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Tradução de Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Fabris, 1976.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**: o combate aos cartéis. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. 5.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GIANOTTI, José Arthur. Moralidade pública e moralidade privada. In: **Ética**. NOVAES, Adauto (org.). São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GRANZINOLI, Cassio M. M. A delação premiada. In: BALTAZAR JR., José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (orgs.). **Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 145-167.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 2.^a ed. Niterói: Impetus, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo. NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O interrogatório no processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Transgênicos e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha pós-guerra. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). **Doutrinas essenciais de direito penal**. Introdução: direito constitucional, princípios, evolução histórica, direito internacional e globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 1155-1203.

IBRAC. **Grupo de trabalho sobre o programa de leniência da SDE**. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Evento.aspx?Id=16>. Acesso em: 18 jan. 2011.

ISA, Felipe Gómez. **El derecho al desarrollo como derecho humano**. Disponível em: <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista3/articulos/felipegomez.htm>. Acesso em: 11 jan. 2010.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LA TAILLE, Yves de. **Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

LASMAR, Jorge Mascarenhas; CASARÕES, Guilherme Stolle Paixão e. **A Organização das Nações Unidas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 267-292.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LÓPEZ, Mikel Berraondo. **Los derechos humanos en la globalización: mecanismos de garantía y protección**. Alberdania: San Sebastián, 2004.

MACHADO, Fernanda Garcia. **Combate a cartéis em licitações**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/services>. Acesso em: 23 jan. 2011.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à Lei Federal n. 7.492/86**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **O Estado desorganizado contra o crime organizado: anotações à Lei Federal n. 9.034/95 (organizações criminosas)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

_____. **Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel.** São Paulo: Malheiros, 2008.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Máfia. Strage di Via d'Amelio*. 15 anos da morte do magistrado Paolo Borsellino. **Instituto Brasileiro Giovanni Falcone.** São Paulo, s.d. Disponível em: [http://www.ibgf.org.br/index.php?data\[id_secao\]=3&data\[id_materia\]=1292](http://www.ibgf.org.br/index.php?data[id_secao]=3&data[id_materia]=1292). Acesso em: 22 out. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria geral do processo.** 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, mar. 2009, p. 333-370.

_____. **Tribunal penal internacional e o direito brasileiro.** 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo.** Madrid: Civitas, 2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais.** São Paulo: Atlas, 2007.

MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade.** Ijuí: Unijuí, 2005.

MIGLIORINI, Aldo. **Tortura, inquisizione, pena di morte.** Siena: Lalli, 2001.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS. **Primeira sentença de mudança de nome para proteção à testemunha na América Latina.** Disponível em: <http://www.mp.am.gov.br/index.php/cnpcd/doutrinas>. Acesso em: 10 jan. 2011.

MIRON, Rafael Brum. O direito da concorrência como instrumento de defesa do consumidor. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; MOURA JR., Flávio Paixão de; DOBROWOLSKI, Samantha Chantal; SOUZA, Zani Tobias de (coords.). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 201-237.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso temático de direito processual penal**. 2.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MUÑOZ, Francisco A. Futuro, seguridad y paz. In: MUÑOZ, Francisco A.; RUEDA, Beatriz Molina (orgs.). **Manual de paz y conflictos**. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2004, p. 445-470.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OECD. **Members and Partners**. Disponível em: http://www.oecd.org/document/25/0,3746,en_36734052_36761800_36999961_1_1_1_1,00.html. Acesso em: 18 jan. 2011.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. O direito da concorrência e o privilégio contra a autoincriminação: a experiência da União Europeia e o Brasil. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; MOURA JR., Flávio Paixão de; DOBROWOLSKI, Samantha Chantal; SOUZA, Zani Tobias de (coords.). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 1-36.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **Advocacia e lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDHEL, Roland (org.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 443-458.

_____. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

_____. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALDARRIAGA, Víctor Roberto Prado. **La entrega vigilada: orígenes e desarrollos**. Disponível em: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_66.pdf. Acesso em: 20 nov. 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional e**

direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 45-102.

SANCTIS, Fausto Martin de. Nota à imprensa do juiz Fausto Martin de Sanctis no caso Abadía. **Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul – AJUFESP**, São Paulo, 16 jan. 2008. Disponível em: <http://www.ajufesp.org.br/news.php?id=108>. Acesso em: 27 jan. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional – teoria da Constituição.** Salvador: JusPodivm, 2009, p. 31-68.

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

SILVEIRA, José Braz da. **A proteção à testemunha e o crime organizado no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2004.

TRÊS, Celso. **Crimes do colarinho branco – direito penal econômico.** Disponível em: <http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro/i-parte-geral/i-v-da-de-judicializa-cao-da-investigacao-e-da-des-obrigatoriedade-da-acao-penal>. Acesso em: 14 jun. 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 2.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALLS, Álvaro L. M. **O que é ética.** São Paulo: Brasiliense, 2005.

VASQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética.** Tradução de João Dell'Anna. 17.^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIADA, Natacha G. **Derecho penal y globalización – cooperación penal internacional.** Madrid: Marcial Pons, 2009.

VIDAURRI, Alicia González. Globalización, post-modernidad y política criminal. In:

FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). **Doutrinas essenciais de direito penal**. Introdução: direito constitucional, princípios, evolução histórica, direito internacional e globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 1207-1232.

ZIEGLER, Jean. **Os senhores do crime**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2003.