

**Evandro Ornelas Leal**

**TÉCNICAS OPERACIONAIS DE  
INTELIGÊNCIA E AÇÕES DE BUSCA NA  
PRODUÇÃO DE PROVAS EM  
INVESTIGAÇÃO E PROCESSO CRIMINAL –  
ADMISSIBILIDADE E LIMITES**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* de Especialização em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública, oferecido pela Associação Internacional para Estudos de Segurança e Inteligência (INASIS) em parceria com o Centro Universitário Newton Paiva, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública.

Orientador: Prof. Dr. Denilson Feitoza Pacheco

**Belo Horizonte**  
**Centro Universitário Newton Paiva**  
**Associação Internacional para Estudos de Segurança e Inteligência**  
**2016**

Centro Universitário Newton Paiva

Associação Internacional para Estudos de Segurança e Inteligência (INASIS)

Curso de Pós-Graduação de Especialização em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública

Projeto de pesquisa intitulado “Técnicas Operacionais de Inteligência e Ações de Busca na Produção de Provas em Investigação e Processo Criminal – Admissibilidade e Limites”, de autoria de Evandro Ornelas Leal, considerado aprovado, com a nota 85 (oitenta e cinco), pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

Professor Doutor Denilson Feitoza Pacheco – Orientador

---

Professor Doutor Joanisval Brito Gonçalves

---

Professora Mestre Jussara de Oliveira Machado

---

Professor Mestre Sergio Antonio Teixeira

Belo Horizonte/MG, 10/março/2016.

Associação Internacional para Estudos de Segurança e Inteligência (INASIS)

Avenida Bias Fortes, 803/402, Lourdes

30170-011 – Belo Horizonte/MG

[www.inasis.org](http://www.inasis.org)

Ao Pedro, por ter me ensinado, em um único dia (e para sempre), a verdadeira razão de viver e por me fazer lembrar a todo instante que o trabalho de hoje deve ser executado em prol das futuras gerações e sempre balizado pela retidão de conduta.

À minha querida Maria Claudia, pelo amor, companheirismo e dedicação, sem os quais quase nada do que tenho nessa vida teria sido possível.

E a meus pais, João e Luzia, pela vida, amparo e exemplos que tornaram possível chegar até aqui e ter vencido tantas outras batalhas.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Denilson Feitoza Pacheco, pela dedicação inabalável na luta árdua e diária em elevar a atividade de inteligência no Brasil a um nível de reconhecimento e excelência de que tanto depende a manutenção e aprimoramento de nossa soberania; e pela sensibilidade, carisma e apoio imprescindíveis na caminhada que me trouxe até aqui, e cujo compromisso de seguir adiante firmo nesse instante.

Ao amigo e companheiro de Ministério Público, João Santa Terra Junior, pelo exemplo de dedicação na árdua tarefa de combate à criminalidade organizada e pelas discussões que tornaram possível aclarar as ideias desenvolvidas nesse breve estudo.

E aos nobres Procuradores de Justiça integrantes do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (biênio 2014/2015), Dr. Marcio Fernando Elias Rosa (Presidente e Procurador-Geral de Justiça), Dr. Paulo Afonso Garrido de Paula (Corregedor-Geral), Dr. Álvaro Augusto Fonseca de Arruda, Dr. José Oswaldo Molineiro (Relator), Dra. Maria Aparecida Berti Cunha, Dr. Mario Luis Sarrubbo, Dra. Martha de Toledo Machado, Dr. Motaui Ciochetti de Souza (Secretário), Dr. Paulo Sérgio de Oliveira e Costa, Dr. Pedro de Jesus Juliotti e Dr. Sergio Neves Coelho, pela imprescindível autorização de frequência ao curso de especialização em inteligência de estado e inteligência de segurança pública.

## RESUMO

O problema objeto desse estudo está centrado na seguinte indagação: quais os limites legais e constitucionais da admissibilidade do emprego das ações de busca e técnicas operacionais da atividade de inteligência na produção de provas em investigações e processos penais? A atividade de inteligência, embora tenha um caráter eminentemente consultivo, lida diariamente com a busca do chamado dado negado, no que em muito se aproxima da atividade de investigação e persecução criminal, onde a procura pelas provas quase sempre se depara com a indisposição de acesso à informação pretendida e com a ingerência sobre direitos fundamentais do investigado ou acusado. Para vencer esse obstáculo, as técnicas especiais desenvolvidas pela atividade de inteligência podem apresentar-se como ferramentas de grande eficiência. Contudo, a admissibilidade desse emprego, em razão da ingerência sobre direitos fundamentais, necessita estar embasada no respeito a normas, principalmente aquelas decorrentes de princípios constitucionais, e demanda a construção de um raciocínio por meio do qual se procura equilibrar esse típico conflito dialético entre direitos e princípios que parecem ocupar posições opostas, mas que precisam conviver em um estado democrático de direito. Dentro desse trabalho, entendemos ter sido possível encontrar esse equilíbrio ao assentar a admissibilidade daquele emprego mediante previa autorização judicial, aliada aos princípios da proporcionalidade e da vedação de proteção deficiente.

**Palavras-chave:** Ações de busca e técnicas operacionais de inteligência. Produção de provas em investigação e processo criminal. Admissibilidade. Direitos fundamentais. Direito fundamental à segurança. Princípios constitucionais. Autorização judicial.

## ABSTRACT

The problem object of this study is focused on the following question: what are the legal and constitutional limits on the admissibility of the use of search actions and operational techniques of intelligence activity in the production of evidence in criminal investigations and prosecutions? The activity of intelligence, though a highly consultative status, daily deals with the search of the call given denied, as in much approaches the investigation and criminal prosecution activity, where the demand for evidence often comes across the access unwell the desired and the interference on the fundamental rights of the accused or investigated information. To overcome the first obstacle, the special techniques developed by intelligence activity can present themselves as very efficient tools. However, the admissibility of that employment, because of interference on fundamental rights, needs to be grounded in respect for the rules, especially those arising from constitutional principles, and demand the construction of a reasoning by which it seeks to balance this typical dialectical conflict between rights and principles that seem to occupy opposite positions, but we have to live in a democratic state of law. Within this work, we believe it was possible to find that balance to settle the admissibility of that provided employment by court order, together with the principles of proportionality and sealing poor protection.

**Keywords:** Search for Actions and operational intelligence techniques. Production of evidence in investigation and criminal prosecution. Admissibility. Fundamental rights. Fundamental right to security. Constitutional principles. Judicial authorization.

## SUMÁRIO

1 Introdução .....	8
2 Atividade de inteligência.....	11
3 Técnicas operacionais de inteligência e ações de busca: conceito e caráter instrumental.....	13
4 Teoria geral das provas em processo penal.....	22
5 Estado Democrático de Direito.....	34
6 Direitos fundamentais.....	38
6.1 Direito fundamental à segurança .....	48
7 Princípio da Proporcionalidade.....	61
7.1 Subprincípio da adequação .....	62
7.2 Subprincípio da necessidade .....	65
7.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito .....	66
8 Proibição de proteção deficiente .....	70
9 Empregabilidade prática das ações de busca e técnicas operacionais na produção de provas .....	76
10 Conclusão .....	81
Referências .....	86

# 1 INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho é *Técnicas Operacionais de Inteligência e Ações de Busca na Produção de Provas em Investigação e no Processo Criminais – Admissibilidade e Limites*.

A inteligência clássica ou inteligência de Estado é atividade eminentemente consultiva, tendo por fim a produção de conhecimentos que deverão orientar a tomada de decisões pelo chefe de Estado (ou de governo) em questões atinentes à política externa e à defesa nacional. O conhecimento – produto da atividade de inteligência – decorre de um processo de obtenção e análise de dados, e o acesso a esses, via de regra, é dificultado pela indisponibilidade imposta por diversos possíveis fatores, especialmente a oposição do guardião ou detentor do dado a que ele seja conhecido por terceiros, do que decorre a necessidade do emprego de técnicas operacionais e ações de busca para acessá-lo ou obtê-lo.

Na atividade de persecução penal, o Estado – diante da notícia da prática de um delito – tem o direito e o dever de apurar, investigar sua efetiva ocorrência, bem como identificar o seu autor, para, somente à vista da demonstração daquele fato e de sua respectiva autoria (provas de autoria e materialidade), aplicar a justa sanção ao responsável.

A persecução criminal, tal qual a atividade de inteligência, lida com a busca por dados que implicam na revelação de um fato ou conjunto de fatos relevantes e suas circunstâncias, de cujo conhecimento depende o alcance da finalidade a que cada uma dessas atividades se propõe. No primeiro caso, aplicar sanção penal ao responsável pelo delito; no segundo, possibilitar que o chefe de Estado ou de governo tenha acesso a toda a informação necessária para formar sua convicção acerca da melhor decisão a ser tomada em favor da defesa ou segurança nacional.

Ocorre que o acesso a essas informações, como dito há pouco, frequentemente vai demandar ações que, em menor ou maior medida, atingirão



a esfera de direitos fundamentais de terceiras pessoas, principalmente a intimidade e a vida privada, fazendo nascer um clássico conflito de interesses e consequentes dúvidas sobre a legalidade e constitucionalidade dessas ações.

Na inteligência de Estado, esse conflito é mais facilmente dirimido em favor da admissibilidade do uso daquelas técnicas e ações, posto que o interesse ou bem jurídico que se busca tutelar (segurança da sociedade e do Estado, por exemplo) é claramente preponderante sobre o interesse individual (intimidade, vida privada), especialmente porque, via de regra, o sujeito passivo é um estrangeiro (seja pessoa física, seja um Estado) e, ainda quando assim não seja, porque a ineficiência da atividade de inteligência pode comprometer interesses muito caros a todos os cidadãos de um país ou à própria hegemonia ou posição do Estado no cenário global, é mais facilmente aceitável que, em defesa desses interesses, lance-se mão da invasão da intimidade alheia na busca de informações que se prestarão a preservar aquela segurança, o *status quo* de uma nação, ou mesmo possibilitar-lhe maior desenvolvimento, seja no campo econômico ou militar<sup>1</sup>.

O mesmo raciocínio, porém, ao menos em princípio, não pode ser tão facilmente aplicado quando se trata de invadir a intimidade alheia para buscar provas sobre a ocorrência de um fato qualquer, ainda que configure um ilícito penal, não obstante aqui também esteja o mesmo Estado exercendo a atividade de busca pelo dado negado ou indisponível, para exercer uma competência que lhe foi outorgada pelo ordenamento jurídico. É que, embora todo delito implique violação a bens jurídicos que o Estado entendeu deveres merecer maior proteção, sujeitando o responsável não apenas ao

---

<sup>1</sup> É bem verdade que no Brasil a atividade de inteligência há décadas tem sido relegada a segundo ou terceiro plano, a ponto de até hoje não termos uma legislação específica, que pudesse dar segurança às agências de inteligência, em muito comprometendo a qualidade e eficiência da atividade, sendo essa, porém, uma característica específica e peculiar desse País, cujos legisladores e governantes há muito não têm visão de verdadeiros estadistas, o que coloca o Brasil numa posição tacaña em termos de capacidade para se defender da ação dos serviços de inteligência dos outros países ou mesmos de ameaças terroristas, constituindo essa, porém, uma exceção que confirma a regra existente em nações verdadeiramente desenvolvidas na área de inteligência de estado, como Estados Unidos, Inglaterra, Israel e França, nas quais a segurança nacional é efetivamente colocada em primeiro plano, não havendo maiores dificuldades em se reconhecer a legitimidade de ações invasivas da privacidade e intimidade alheias quando tal se faz necessário para garantir a integridade de sua soberania e o bem estar de toda a nação.

ressarcimento pecuniário pelo dano causado (responsabilidade civil) ou cassação de licença, pagamento de multa, interdição de atividade (responsabilidade administrativa), mas até mesmo à privação de sua liberdade (responsabilidade penal), existem gradações valorativas entre esses diversos bens jurídicos frente a direitos individuais que não de ser ponderadas, e não raras vezes se depara com obstáculos até mesmo constitucionais à apuração de certos crimes. De se observar, por exemplo, que a interceptação telefônica não é admissível como meio de prova quando o crime é punível apenas com detenção (CF, art. 5º, XII, c.c. Lei nº 9.296/96, art. 2º, II).

O problema objeto desse trabalho pode assim ser formulado: quais os limites legais e constitucionais da admissibilidade do emprego das ações de busca e técnicas operacionais da atividade de inteligência na produção de provas em investigações e processos penais?

Procurar-se-á responder a essa indagação lançando mão de uma análise da Constituição Federal de 1988, da legislação infraconstitucional brasileira, especialmente no tocante aos direitos fundamentais e aos instrumentos para exercício da persecução penal pelo Estado, procurando identificar as normas (princípios) que podem dar legitimidade a esse emprego e identificar seus limites, assim o fazendo a partir do método hipotético-dedutivo.

Inicialmente, discorreremos de maneira breve sobre a atividade de inteligência e seus ramos de atuação. Em seguida, apresentaremos o conceito e as principais técnicas operacionais e ações de busca, tomando como fonte a DNISP 2009 (documento desclassificado), para então ingressarmos na teoria geral das provas, conceito e reconhecimento de provas ilícitas; em seguida discorrer-se-á sobre o estado democrático de direito, os direitos fundamentais, os conflitos entre estes e os princípios a serem adotados na solução desses conflitos, para então se chegar a uma conclusão sobre quais são os limites legais e constitucionais para o emprego das ações de busca e técnicas operacionais da atividade de inteligência na produção de provas, seja na fase de investigação, seja na fase judicial.

## 2 ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA

A atividade de inteligência possui conceitos múltiplos, destacando-se primeiramente sua definição como “*produto sob a forma de conhecimento, informação elaborada, realizada por uma organização ou conjunto de organizações, tendo como característica a ser ressaltada seu caráter secreto*”, conceito este atribuído a José Manuel Ugarte, apud GONÇALVES (2013, p. 6-7), bem se encontrando nesse conceito a trina concepção de inteligência idealizada por Sherman Kent, ou seja, como conhecimento, organização e atividade, ou, como prefere GONÇALVES (op. cit, p. 7-8), “produto, organização e processo”, passando a explicar:

**Inteligência como produto, conhecimento produzido:** trata-se do resultado do processo de produção de conhecimento e que tem como cliente o tomador de decisão em diferentes níveis. Assim, o relatório/documento produzido com base em um processo que sua metodologia de inteligência também é chamado de inteligência. Inteligência é, portanto, conhecimento produzido.

**Inteligência como organização:** diz respeito às estruturas funcionais que têm como missão primordial a obtenção de informações e produção de conhecimento de inteligência. Em outras palavras, são as organizações que atuam na busca do dado negado, na produção de inteligência e na salvaguarda dessas informações, os serviços secretos.

**Inteligência como atividade ou processo:** refere-se aos meios pelos quais certos tipos de informação são requeridos, reunidos (por meio de coleta ou busca), analisados e difundidos, e, ainda, os procedimentos para a obtenção de determinados dados, em especial aqueles protegidos, também chamados de ‘dados negados’. Esse processo segue metodologia própria, a metodologia de produção de conhecimento, ensinada nas escolas de inteligência por todo o globo.

Outro conceito refere-se à maneira com a Agência Central de Inteligência dos Estados Unidos (CIA) compreende a atividade que desenvolve, tida, conforme referido por GONÇALVES (2013, p. 10-11), como *ciência ou presciência do mundo a nossa volta, utilizada para orientar o processo decisório ou as ações de autoridades políticas estadunidenses, envolvendo a reunião acurada e sistemática dos fatos, sua análise, com avaliações céleres e*

*claras e sua disseminação aos consumidores (comandantes civis ou militares),* conceito este melhor elaborado quando a ele se acresce o predicado da *obtenção do dado negado*, para então se ter como ínsito à atividade de inteligência o emprego de técnicas sigilosas para acesso a dados tidos como de suma relevância para o tomador de decisão e cujo conhecimento é dificultado pelo detentor daquele.

E essa característica é a que muito aproxima a atividade de inteligência à produção de provas em uma investigação criminal ou em um processo penal, pois, via de regra, é de suma relevância para o sucesso da investigação ou do processo que ao menos enquanto o dado negado está sendo apreendido, tal não seja do conhecimento do investigado ou do acusado, sob pena de este adotar ações que podem prejudicar o resultado final (o conhecimento completo sobre a ocorrência de um crime, seu autor e suas circunstâncias), especialmente sob a forma de comprometimento de outras provas (destruição de documentos, ameaças a testemunhas), certo que no processo de investigação certas provas precisam ser colhidas, necessariamente, em sigilo, mormente quando outros atos instrutórios futuros sejam necessários.

Estabelecido um conceito mínimo da atividade de inteligência, passamos a discorrer sobre os instrumentos imprescindíveis a que se obtenha sucesso na busca pelo dado negado, ou seja, as técnicas operacionais de inteligência e as ações de busca, para em seguida tratarmos sobre a eficácia desses instrumentos na produção de provas em uma investigação criminal ou processo penal e construir a tese que poderá torna-los admissíveis como tal à luz do direito vigente.

### 3 TÉCNICAS OPERACIONAIS DE INTELIGÊNCIA E AÇÕES DE BUSCA: CONCEITO E CARÁTER INSTRUMENTAL

A atividade de inteligência, seja a inteligência clássica, seja a inteligência de segurança pública, é objeto de estudo constante por seus doutrinadores e especialistas e, como tal, é bastante comum a atribuição de conceitos diversos para seus institutos, havendo, porém, em essência, pouca variação de um conceito para outro. Como o objeto desse trabalho não é a análise de conceitos diversos de um mesmo instituto da atividade de inteligência, para então definir aquele que seria mais apropriado ou construir um conceito a partir dos vários existentes, mas sim analisar se, e em que medida, técnicas operacionais de inteligência e ações de busca podem ser empregadas como instrumentos de produção de provas em uma investigação ou processo penal, decidiu-se por adotar nessa exposição os conceitos estatuídos pela DNISP 2009.

Assim, a Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública (DNISP) de 2009 conceitua a Atividade de Inteligência de Segurança Pública como *o exercício permanente e sistemático de ações especializadas para a identificação, acompanhamento e avaliação de ameaças reais ou potenciais na esfera de Segurança Pública, basicamente orientadas para produção e salvaguarda de conhecimentos necessários para subsidiar os governos federal e estaduais a tomada de decisões, para o planejamento e à execução de uma política de Segurança Pública e das ações para prever, prevenir, neutralizar e reprimir atos criminosos de qualquer natureza ou atentatórios à ordem pública* (grifos nossos).

O conceito não deixa dúvidas sobre o caráter eminentemente de assessoria da ISP ao salientar que ela tem como propósito, objetivo, municiar o tomador de decisões (no caso, um governador, ou o secretário de segurança pública, ou o Ministro da Justiça, ou o diretor da Polícia Federal) de

informações o mais substancial e precisas possível sobre a atuação dos autores de crimes, a fim de subsidiar a idealização e execução de uma política criminal centrada em combater de forma eficiente a criminalidade instalada em um determinado espaço territorial, que pode ser local, regional ou em nível nacional.

Contudo, chama a atenção no conceito, também – e daí a razão do destaque (grifos) – a atuação, ou possibilidade de emprego da atividade de inteligência na produção de provas em processo penal, pois não se concebe as atividades de *neutralização* e *repressão* de atos criminosos dentro de um estado democrático de direito senão pela identificação de seus respectivos autores e responsabilização por seus atos perante um juiz, a quem competirá aplicar a justa punição pela conduta ilícita, sem o que, aliás, a eficiência de qualquer política criminal ficaria no plano meramente abstrato ou potencial. A menos, obviamente, que por *neutralização e repressão de atos criminosos* se pretendesse entender o enfrentamento direto e armado de criminosos, com o exclusivo objetivo de lhes ceifar a vida, hipótese em que necessariamente não haveria que se preocupar com o processo penal, dado que a morte extingue a punibilidade do autor do crime e elimina por completo a possibilidade de voltar a delinquir, sendo essa, porém, uma forma de atuação que não se coaduna com o estado democrático de direito e que, portanto, não deve ter lugar no Brasil.

Entendemos, ainda, que também as ações de *prever* e *prevenir* são igualmente típicas e presentes na persecução criminal; e dizemos isso não apenas porque um dos fins da pena é a prevenção de novos delitos, mas também porque é especialmente comum em investigações envolvendo o crime organizado (ou atividades típicas de criminalidade organizada) a constante descoberta de novos crimes ainda em fase de planejamento, assim como a identificação de novos membros da organização ou associação, os quais haverão de ser igualmente responsabilizados por seus atos ao cabo das investigações.

Faz-se essa colocação, também, como contraponto a um entendimento sabidamente existente na comunidade de inteligência (especialmente na inteligência clássica) acerca da inconveniência do emprego da atividade de inteligência como meio para obtenção de provas. Parece-nos claro que, ainda que se possa criticar o conceito de atividade de inteligência de segurança pública na DNISP (alguns não de sustentar ser indevido o uso da inteligência para subsidiar *ações para prever, prevenir, neutralizar e reprimir atos criminosos*), é inquestionável – segundo a DNISP – a admissibilidade de emprego de suas técnicas próprias e agentes na produção de provas que subsidiarão a responsabilidade do autor do crime. Note-se, porém, que não estamos aqui, nesse momento, ainda, fazendo uma análise dos limites constitucionais e legais da admissibilidade do emprego das técnicas operacionais para produção de provas em processo penal, e muito menos defendendo situações de exposição de agentes de inteligência em prol da garantia de emprego e validação de determinada prova, o que efetivamente deve ser evitado, bastando para tanto, porém, a nosso ver, maior atenção na administração da atividade de inteligência e bom senso do operador do direito (delegado de polícia, promotor de justiça e o magistrado inclusive), que devem estar atentos para a necessidade de preservação da identidade do agente de inteligência, especialmente porque em praticamente todas as situações em que é possível empregar o agente de inteligência no processo de obtenção do dado ou informação que será usado como prova não é necessário, tão pouco recomendável (inclusive para fins de credibilidade acerca da veracidade e confiabilidade do dado obtido), que o agente seja o veículo de transmissão da informação.

Apenas para exemplificar. Digamos que na investigação de um crime se revele importante a implantação de uma escuta ambiental que venha a ser autorizada pelo magistrado. A prova a ser apresentada é a própria gravação da conversa entre duas ou mais pessoas, e que será disponibilizada aos interessados (delegado, promotor, advogados e juiz) por meio de recurso técnico (um gravador), sendo perfeitamente possível atestar, também de forma

técnica, o que se está falando e quem está falando. Se a questão é saber, por exemplo, em que local efetivamente foi feita a gravação, é prudente, até para fins de controle interno do órgão responsável pela escuta, que a chegada dos alvos ao local de captação do áudio seja filmada, sendo essas questões de administração perfeitamente passíveis de ser equacionadas e bem executadas. Questiona-se: qual a necessidade de se identificar e ouvir o agente de inteligência que implantou o dispositivo de escuta? Advogados dirão: a não revelação da identidade do agente impede que esse seja ouvido como testemunha e conseqüentemente, ferir-se-ia o princípio da ampla defesa. A resposta é simples: não há violação alguma ao princípio da ampla defesa, posto que esta não se traduz em pretensão de direito a trazer para o processo informações que relevância alguma têm para o objetivo da ação penal (saber se alguém é, ou não, autor ou coautor de um fato, se esse fato existiu, ou não, e quais as circunstâncias em que foi praticado, e, em se tratando de controlar a coleta da prova, se esta foi feita em observância aos mandamentos legais ou constitucionais aplicáveis e segundo os estritos limites da autorização judicial). No caso concreto, a identidade do veículo de implantação do aparelho de escuta é absolutamente irrelevante para a legitimidade do ato, interessando, sim, atestar se as vozes e imagens são de quem se alega ser, se houve autorização judicial prévia para a realização da captação e se esta era justificável (aqui sendo o caso de se analisar os próprios fundamentos da decisão). A nosso ver, constitui verdadeiro abuso do direito de defesa a pretensão de identificar o agente que implantou o aparelho de escuta, mormente porque isso em nada afastará a veracidade do fato objeto de prova, tão pouco a validade desta, como ainda causará grave prejuízo a uma atividade legítima do Estado e que tem como um de seus pressupostos a proteção da identidade do agente de inteligência.

Note-se, ainda, que a partir do momento em que o Estado, por meio do órgão que detém atribuição própria e específica (ex: secretaria de segurança pública, departamento de polícia federal), portanto, dentro de sua competência, decide empregar agentes de inteligência, de seus quadros, no



trabalho de reunião de provas, não se pode, a bel prazer, via de regra com base em verdadeiros caprichos e excessos de advogados de defesa, determinar a violação de uma norma muito cara à preservação da eficiência da atividade (ex: revelação da identidade do agente) sob o falso aforismo de respeito ao princípio da ampla defesa.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado quando a implantação da escuta não se deu por meio de uma *entrada*, mas do emprego de uma *estória cobertura*, conjugada com um *disfarce* que, juntos, irão colocar o agente de inteligência sentado na mesa ao lado das pessoas que produzem a conversa que se pretende captar ou mesmo junto dessas pessoas.

De outro lado, o administrador do órgão que tenha a atribuição de investigação criminal deve estar atendo para evitar alocação de agentes de inteligência em atividades que bem poderiam ser realizadas por pessoas que não detenham a condição de agente, principalmente diante de situações em que a identidade dessa pessoa precise ser revelada. Dessa forma, se, por exemplo, um órgão de segurança pública emprega agentes de inteligência para fazer a atividade de escuta e degravação de conversas telefônicas interceptadas, existe aqui – a nosso ver – uma evidente falha de administração, pois é muito provável e presumível que em um determinado caso concreto se faça necessário ouvir em juízo o responsável pela escuta e degravação, especialmente a pedido da defesa (conquanto justificável, a critério do juiz, essa inquirição, hipótese em que não se estará diante de um abuso do direito de defesa), podendo ser citada como exemplo situação em que a identificação de um determinado autor de crime tenha sobrevivido da análise do conteúdo de diversas conversas telefônicas, tendo sido esse juízo de valor emitido pelo agente de escuta. É bem verdade que a situação ideal é de que a identificação do autor da voz jamais fique sob a dependência de uma análise que demanda interpretação subjetiva, mas, se isso ocorrer, infelizmente, nesse caso, não haverá como evitar a oitiva do agente; será isso ou comprometer o valor que se pretendia extrair daquela prova em relação à identidade do alvo. Aqui, a necessidade de inquirição do analista determinará, obviamente, sua

identificação, o que poderá provocar seu descredenciamento da agência de inteligência. Hipóteses como essa hão de estar sob análise dos administradores do órgão de inteligência, que precisarão adaptar o funcionamento e as normas da agência, sendo o caso, quiçá, de designar para a função de analista de áudios pessoas cuja revelação da identidade não possa causar prejuízos à atividade e ao órgão de inteligência. Em última análise, é de se pensar se realmente há necessidade de que o analista de áudio seja um agente de inteligência.

Ademais, a DNISP é expressa em definir o auxílio na investigação de delitos como uma das finalidades da atividade de inteligência de segurança pública.

Na atividade de reunião de dados que servirão à composição do conhecimento almejado pelo órgão de inteligência empregam-se fontes de duas naturezas, as abertas, caracterizadas pelo livre acesso, e as protegidas, caracterizadas pela inacessibilidade do dado de forma direta. No primeiro caso, o acesso ao dado pretendido será feito por meio de uma *coleta*, enquanto que no segundo se fará necessário lançar mão de *busca*.

Em razão da proposição apresentada como problema no presente estudo, cuidaremos apenas de discorrer sobre as ações de busca, pois são elas que irão conflitar (em maior ou menor grau) com os direitos daqueles que dela serão alvo, notadamente direitos fundamentais, e, dentro dessa proposta, também não cuidaremos de analisar aquelas técnicas operacionais de cujo emprego não decorra um embate a direitos fundamentais, especialmente os de privacidade e intimidade. E daí a necessidade de perquirir sobre os limites constitucionais e legais dessas ações, o que não ocorre em uma ação de coleta, dado o caráter de natural acessibilidade ou disponibilidade do dado pretendido e conseqüente inexistência de violação ou mitigação de direitos (intimidade e privacidade) no acesso a esses dados, ou, no caso das técnicas operacionais, por exemplo, com os processos de identificação de pessoa, fotointerpretação, leitura de fala.

A DNISP define como *reunião de dados* a fase do processo de produção de conhecimento em que *as agências de inteligência procuram obter os dados necessários, realizando, metódica e sistematicamente, ações que lhes possibilitem produzir o conhecimento* (item 3.1), enquanto que *ações de inteligência são todos os procedimentos e medidas realizadas por uma agência de inteligência para dispor dos dados necessários e suficientes para a produção do conhecimento, centrados, de um modo geral, em dois tipos de ações...* (item 3.2), quais sejam, as de coleta e as de busca, sendo descritas entre estas últimas o *reconhecimento*, a *vigilância*, o *recrutamento operacional*, a *infiltração*, a *desinformação*, a *provocação*, a *entrevista*, a *entrada* e a *interceptação de sinais e de dados*.

O *reconhecimento* “é a ação de busca realizada para obter dados sobre o ambiente operacional ou identificar visualmente uma pessoa. Normalmente é uma ação preparatória que subsidia o planejamento de uma Operação de Inteligência”.

A *vigilância* “é a ação de busca que consiste em manter um ou mais alvos sob observação”.

O *recrutamento operacional* “é a ação de busca realizada para convencer uma pessoa não pertencente à atividade de inteligência a trabalhar em benefício desta”.

A *infiltração* “é a ação de busca que consiste em colocar uma pessoa junto ao alvo”, a partir do que lhe será possível captar todas as informações de interesse para o processo de conhecimento.

A *desinformação* “é a ação de busca realizada para, intencionalmente, confundir alvos (pessoas ou organizações) a fim de induzir esses alvos a cometerem erros de apreciação, levando-os a executar um comportamento predeterminado”.

A *provocação* “é a ação de busca, com alto nível de especialização, realizada para fazer com que uma pessoa/alvo modifique seus procedimentos e execute algo desejado pela agência de inteligência, sem que o alvo desconfie da ação”.

A *entrevista* “é a ação de busca realizada para obter dados por meio de uma conversação, mantida com propósitos definidos, planejada e controlada pelo entrevistador”.

A *entrada* “é a ação de busca realizada para obter dados em locais de acesso restrito e sem que seus responsáveis tenham conhecimento da ação realizada”.

A *interceptação de sinais e dados* “é a ação de busca realizada por meio de equipamentos adequados, operados por integrantes da inteligência eletrônica”, os quais captarão os dados de interesse no exato instante em que são transmitidos de uma fonte para outra, sem, no entanto, produzir qualquer alteração naqueles dados e sem revelar que tais dados estão sendo captados, podendo ser citados como exemplos a interceptação telefônica, a interceptação telemática, a escuta ambiental.

Na execução de cada uma dessas ações, invariavelmente, faz-se necessário o emprego de certos instrumentais que irão facilitar e garantir ou o acesso em si ao dado, ou sua captação, registro e transmissão o mais fidedignamente possível ao destinatário, seja este o analista num primeiro momento, seja o próprio tomador de decisão. Esses instrumentais compõem as chamadas *técnicas operacionais de inteligência* (TOI) que, no caso da inteligência de segurança pública são, segundo a DNISP 2009, os *processos de identificação de pessoas; a observação, memorização e descrição* (OMD); a *estória-cobertura; o disfarce; as comunicações sigilosas; a leitura de fala; a análise de veracidade; o emprego de meios eletrônicos; e a fotointerpretação.*

Assim, as ações de busca e as técnicas operacionais de inteligência podem ser definidas, de maneira genérica, como instrumentais de acesso ao dado pretendido (entenda-se acesso, aqui, apenas como aproximação suficiente ao ponto de possibilitar a apreensão ou coleta) e de captação, manutenção, registro e transmissão para aquele que irá se encarregar de analisá-lo (num primeiro momento) e de decidir conforme o conhecimento propiciado por aquele conjunto de dados (segundo momento).

A persecução criminal, por sua vez, pode ser definida como o processo de análise de uma situação fática supostamente ocorrida, descrita em lei como um delito (crime ou contravenção penal), tendo como protagonista uma ou mais pessoas, e que resultará em um conhecimento a partir do qual se tomará uma decisão quanto a punir, ou não, e em que medida, a(s) pessoa(s) tida(s) como protagonista(s) daquele(s) fato(s) de interesse.

Conceito similar se pode atribuir à investigação criminal, com a diferença, apenas, quanto ao destinatário do conhecimento, ao grau de convicção sobre a realização do fato a conhecer e da pessoa tida como seu protagonista e à decisão a ser tomada (oferecimento de denúncia ou arquivamento da investigação).

Assim, é de se observar que tanto a atividade de inteligência quanto a investigação e a persecução criminal constituem um processo por meio do qual se busca conhecer certa realidade quanto à ocorrência (ou não) de certos fatos de interesse para um determinado destinatário, o qual, à vista do conhecimento auferido acerca daquele conjunto de fatos e de seus protagonistas, irá tomar uma determinada decisão ou conjunto de decisões cujo acerto e/ou conveniência dependem intrinsecamente daquele conhecimento, sendo inquestionável que essa decisão será tão mais acertada ou eficiente quanto maior o grau de certeza que se possa ter acerca da ocorrência dos fatos, suas circunstâncias e respectivos protagonistas.

Assim como a atividade de inteligência se vale das ações de busca e das técnicas operacionais para produzir o conhecimento que irá nortear a decisão a ser tomada pelo chefe de Estado ou de governo (caso da inteligência clássica) ou o secretário de segurança pública ou diretor da Polícia Federal, por exemplo (caso da inteligência de segurança pública), também a atividade de investigação e de persecução criminal precisam se valer de meios apropriados para produzir o seu conhecimento, e assim poder balizar a decisão a ser tomada pela autoridade policial, pelo membro do Ministério Público ou pelo magistrado, meios esses chamados de provas, ou meios de prova, cuja teoria geral será objeto de análise no próximo tópico.

## 4 TEORIA GERAL DAS PROVAS EM PROCESSO PENAL

O vocábulo *prova* é reconhecidamente multisemântico, podendo ser definido, em seu sentido mais comum, segundo Feitoza (2008, p. 604) como *tudo que pode levar o conhecimento de um fato a alguém*. No sentido jurídico, constitui todos os *atos e meios utilizados pelas partes, pelo juiz e por terceiros e reconhecidos pelo juiz como a verdade dos fatos alegados* (op. cit.). Contudo, como Feitoza adverte, mesmo juridicamente o vocábulo pode ser empregado em vários sentidos, falando-se, então, em *prova como fonte, prova como manifestação, prova como atividade, prova como resultado, prova como meio de prova e prova como meio de obtenção de prova*.

Também reconhecendo a pluralidade de conceitos do termo *prova*, Grinover, Scarance e Gomes Filho (1997, p. 117) ensinam que *a prova constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos*.

Considerando o objetivo desse trabalho, que busca aproximar a atividade de inteligência da atividade de investigação e persecução criminal, quando nos referirmos a prova estaremos pensando especialmente nos meios de obtenção de prova, sendo esse o conceito que a nosso ver mais aproxima o termo das *ações de busca e técnicas operacionais de inteligência*. Isso fica claro quando procuramos traçar um paralelo entre os instrumentos de ambas as atividades. Assim, quando se diz que a *entrada* (ação de busca) possui no processo penal, como paralelo, a *busca e apreensão*, está claramente se pensando no meio utilizado para acessar o dado e então produzir o conhecimento, dado que a busca e apreensão não pode ser tida como o conhecimento em si, mas o instrumental que poderá conduzir à revelação do fato a conhecer. E, nessa mesma linha de raciocínio, o objeto a ser apreendido

constituirá a *fonte de prova*, posto ser ele, em si, que guarda o conhecimento a ser acessado.

Esse mesmo raciocínio vale para a prova testemunhal e para a prova pericial. A fonte de prova será a pessoa no primeiro caso e, no segundo, a pessoa ou um objeto qualquer passível de análise. O conhecimento, porém, não é a pessoa ou o objeto em si, e somente pode ser revelado quando aquela fala (testemunho) ou quando a pessoa ou o objeto é analisado (perícia).

A teoria geral da prova assenta-se em uma série de princípios, dos quais se destaca – tendo em vista a finalidade desse estudo – o *princípio da vedação das provas ilícitas*, o qual está sedimentado na Constituição de 1988 no artigo 5º, inciso LVI, sob a fórmula:

*LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;*

A questão, porém, é saber quando uma prova pode ser considerada como tendo sido angariada de forma ou por meio ilícito, dado que não há uma fórmula genérica – mesmo na Constituição – para reconhecer o caráter ilícito das provas em geral, e muito menos um preceito legal claro e objetivo que possa ser aplicável a todas as situações, havendo em leis esparsas, de outro lado, normas que permitem reconhecer como tal um certo meio de prova em uma situação específica, mas sem a possibilidade de essa norma ser aplicada – ainda que por analogia – a todas as situações fática possíveis e para todos os meios de prova.

Tomemos como exemplo um meio de prova tido como um dos mais, se não o mais invasivo da esfera de direitos fundamentais da pessoa sobre a qual irá recair: a interceptação telefônica.

Reza o inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal:

*XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*

O legislador constituinte foi expresso em somente admitir o emprego de interceptação telefônica como meio de prova para investigação criminal ou para instrução de processo penal e, ainda assim, desde que mediante prévia ordem judicial e observados os demais requisitos definidos em lei; no caso, a Lei Federal nº 9.296/96, cujo artigo 2º traz os demais requisitos de admissibilidade de emprego desse meio de prova: existência de indícios razoáveis de autoria em crime punível com pena de reclusão e impossibilidade de obtenção de prova do fato por outro meio, leia-se, menos invasivo da esfera de direitos fundamentais da pessoa que deverá suportar a interceptação e igualmente eficiente.

A própria Constituição, portanto, definiu os limites e as hipóteses de emprego da interceptação telefônica, não se admitindo a ampliação daquele rol de possibilidades para defender o emprego desse meio de prova sem que se incorra em um emprego ilícito<sup>2</sup>.

Contudo, o legislador constituinte não se preocupou em disciplinar outros meios de prova (e nem seria razoável que o fizesse, dado que essa não é matéria a ser tratada no âmbito de uma Constituição), ou mesmo estabelecer em um rol que se pretendesse taxativo, aqueles tidos como únicos meios de provas admitidas em direito, ou ainda, mesmo de maneira indireta, definido seus respectivos limites de forma clara e objetiva e, não raras vezes, nem mesmo na legislação infraconstitucional se encontram esses ditos limites. Bem por isso que se sustenta que no direito processual brasileiro vigora o *princípio da liberdade das provas*.

Esse princípio, porém, ao menos no conceito que adotamos aqui, não deve ser confundido com aquele preconizado por uma teoria que, sob

---

<sup>2</sup> Interessante observar, contudo, que, ao menos em nossa opinião, o inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal não traz, em si, uma vedação absoluta ao emprego da interceptação telefônica na atividade de inteligência; pelo menos não se estivermos pensando na inteligência clássica ou de estado. É que o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal é expresso em garantir todo aquele extenso rol de direitos fundamentais aos “brasileiros” e “estrangeiros residentes no país”, ou seja, estrangeiros com visto de residência, o que, em uma análise mais aprofundada pode dar margem à sustentação de admissibilidade da interceptação telefônica de um estrangeiro que esteja no país de maneira irregular ou sem a condição de residente, conquanto seja de interesse para a inteligência de estado acompanhar a atividade dessa pessoa no Brasil, sendo certo, ainda, que essa interceptação poderá ocorrer independentemente de ordem judicial, bastando o acesso aos meios técnicos necessários.



certos aspectos e diante de determinadas situações, procura justificar a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, da qual não comungamos. Quando aqui dizemos *princípio da liberdade das provas*, referimo-nos tanto à inexistência de vedação a que determinado fato somente seja passível de demonstração por determinado e específico meio de prova<sup>3</sup>, como também ao livre convencimento motivado do juiz, e ainda à inexistência no direito processual brasileiro de um *numerus clausus* sobre os meios de provas admissíveis.

Questão de suma importância no estudo acerca da admissibilidade do emprego de ações de busca e técnicas operacionais de inteligência na produção de provas em investigação e processo penal reside na definição do que sejam provas ilícitas.

É certo que o direito brasileiro – seja no âmbito penal, cível, trabalhista, administrativo – não admite que os fatos de interesse para um julgamento, cuja demonstração é imprescindível ao acolhimento da pretensão posta em juízo, sejam demonstrados por meio das chamadas provas ilícitas. Nesse sentido, o inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Contudo, não é tarefa simples, tão pouco fácil, sempre, responder à indagação sobre o que seja uma prova ilícita ou reconhece-la como tal em um caso concreto.

A palavra *ilícito* vem do latim *illicitus* e, segundo Nucci (2011, p. 93), possui dois sentidos: um restrito, que é o “proibido por lei” e outro amplo, que engloba não apenas aquilo que é vedado por lei, mas também o que é contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito.

E a ilicitude tanto pode estar na violação a uma norma de direito material, quanto a uma norma processual.

Ao discorrer sobre a *prova ilegal*, Brasileiro (2013, p. 593) traz à baila a distinção entre provas obtidas por *meios ilícitos* e provas obtidas por

---

<sup>3</sup> É de se observar que a única regra no processo penal que vincula a admissibilidade de demonstração de um fato a um específico meio de prova é aquela inserta no parágrafo único do artigo 155 do Código de Processo Penal, que prescreve: “*Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.*”

*meios ilegítimos*, salientando que diante do silêncio da Constituição Federal a doutrina nacional sempre se baseou na lição do italiano *Petro Nuvolone*, para quem a prova será considerada ilegal (gênero) sempre que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, sendo consideradas ilícitas (espécie) aquelas cuja obtenção se dá por violação a norma de natureza material, enquanto que ilegítimas (espécie) seriam aquelas para cuja produção operou-se com violação a uma norma processual.

A distinção, porém, a nosso ver, teria sentido meramente didático, pois a Constituição Federal, como bem se vê pelo inciso LVI, do art. 5º, não emprega a expressão “ilegítimo”, apenas “ilícito” e, por certo, não há que se entender como não passíveis de acolhimento apenas as provas cuja produção ocorreu com violação de uma norma de caráter material, mas também aquelas em que o vício decorre do desrespeito a uma norma processual. É o caso, por exemplo, da nulidade do interrogatório em juízo (meio de prova) realizado sem a presença do advogado do acusado, ou sem que antes tenha sido orientado pelo juiz acerca do direito de permanecer em silêncio. Em ambas as hipóteses reconhece-se a nulidade de uma confissão obtida em interrogatório em que uma ou outra norma (ambas de caráter processual) tenha sido violada, não havendo que se falar aqui em mera irregularidade, posto que presente a violação ao princípio constitucional do devido processo legal. Diz-se, então, que a confissão assim obtida é uma prova inválida e que deve ser expurgada do processo, não podendo ser empregada pelo juiz como fundamento de sua decisão.

De toda sorte, o que de comum se observa nas situações em que um determinado meio de prova é ou deva ser considerado ilícito é o fato de que, via de regra, a ilicitude decorre da ofensa ou violação a um direito fundamental da pessoa, especialmente os direitos à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem (CF, art. 5º, X), inviolabilidade do domicílio (CF, art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e de dados (CF, art. 5º, XII), vedação ao emprego da tortura ou de tratamento

desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX), entre outros. Como exemplos, Brasileiro (op. cit., p. 593) cita a hipótese de indivíduo que é constrangido a confessar a prática do delito mediante tortura ou maus tratos, em que se tem a violação ao inciso III, do art. 5º, da Constituição Federal (dignidade da pessoa humana), e do magistrado que obtém a confissão do acusado em interrogatório judicial, mas sem que ele tenha sido prévia e formalmente advertido quanto ao direito ao silêncio, quando se estaria diante de violação ao inciso LXIII, do art. 5º, da Constituição Federal.

Também são consideradas ilícitas as provas derivadas de uma prova ilícita anterior (teoria da prova ilícita por derivação). É verdade que existe uma corrente doutrinária minoritária que tende a admitir o emprego da prova ilícita por derivação a partir da *teoria da proporcionalidade* (não confundir com princípio da proporcionalidade), ou *teoria da razoabilidade* ou *teoria do interesse predominante*, segundo a qual, a depender dos interesses em conflito e da situação concreta, seria admissível a violação à garantia individual para obter a condenação de alguém. NUCCI, que é contrário à admissibilidade dessa teoria, cita como exemplo o emprego de uma escuta clandestina usada para descobrir um sequestro e obter a libertação da vítima, com a consequente prisão, processo e condenação dos autores do crime, o que tem como inadmissível; mas, prossequindo em seu raciocínio, o autor entende que essa mesma teoria seria passível de aplicação se encontrado um preceito constitucional que a justificasse, usando como exemplo hipótese em que a prova ilícita por derivação favorecesse o acusado.

Para Nucci (op. cit., p. 95):

...não seria momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Necessitamos manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choça com outro de igual relevância. (grifos nossos)

Essa afirmação é feita pelo autor para justificar a admissibilidade do emprego de uma prova ilícita, se por meio dela alcançar-se a absolvição de um

réu que, de outro modo, seria condenado, sendo oportuno salientar que a verdade indica ou aponta para a absolvição. A justificativa está em que é preceito constitucional a indenização daquele que foi condenado por erro judiciário (CF, art. 5º, LXXV). Assim, colocando em prática o raciocínio do autor, somos levados a crer que alguém que estaria sendo acusado de homicídio, mas tivesse acesso a uma interceptação ilegal<sup>4</sup>, pela qual terceiro declara que é o verdadeiro autor do crime e revela na conversa o local onde guardou a arma do crime, poderia utilizar essa gravação para provar não ser ele o autor do delito, mormente se, por exemplo, a arma do crime for efetivamente encontrada no local onde é declinado pelo terceiro, visto que aqui, no mínimo, instaurar-se-ia a dúvida razoável sobre a autoria, suficiente para levar à improcedência da pretensão punitiva do Estado contra aquele acusado.

A nosso ver, ao apresentar esse raciocínio, o autor não está colocando a carga da admissibilidade excepcional do emprego da prova ilícita por derivação em uma pretensa defesa desmedida do indivíduo contra o Estado, em um suposto resquício do Estado liberal puro, tal como reinante ao tempo do fim do absolutismo, em que não se admitia qualquer intervenção ou ingerência do Estado na chamada esfera de liberdades do cidadão. Ou ao menos não deveria estar. Na verdade, a leitura que particularmente faço é de que o autor está a dizer que o reconhecimento da ilicitude de uma determinada prova não é tão simples quanto sempre parece ser, posto que não raras vezes, na ânsia de se buscar reconhecer uma suposta dada nulidade (sempre em favor do réu), o operador do direito costuma não se atentar para preceitos constitucionais que longe de dar sustentação a seu pensamento, haveria de revelá-lo impróprio, posto que contrário a um princípio constitucional.

Na verdade, não me parece acertado, tomando o exemplo acima, sustentar que a interceptação telefônica seria uma prova ilícita que, em nome de um princípio constitucional maior da vedação de condenação de um inocente, haveria de ser admitida. Admitida ela deve ser, o que rechaço é o adjetivo “ilícito”. E o raciocínio é simples: se no direito processual penal vigora

---

<sup>4</sup> Exemplo: obtida sem autorização judicial ou fora dos estreitos limites desta.

o princípio da verdade real, se a vedação da condenação de um inocente foi elevada a preceito constitucional, e se um determinado meio de prova, atendendo a ambos os princípios, é admitido em um determinado processo, indaga-se: a questão é de admitir um meio de prova ilícito, ou de afastar daquele meio de prova o caráter ilícito? Particularmente, entendo que a resposta acertada é a segunda, pois, do contrário, estar-se-ia sustentando a existência de uma antinomia dentro da Constituição, o que sabemos não ser possível existir.

Assim, parece-me claro que simplesmente dizer que uma prova é ilícita porque em sua obtenção houve violação de uma norma de caráter material ou processual (principalmente se esta tiver sede na legislação infraconstitucional) não é suficiente para se reconhecer como verdadeiramente ilícito aquele meio. É preciso investigar se um preceito constitucional, de sentido contrário ao entendimento da nulidade daquela prova, não se faria presente e aplicável no caso concreto, hipótese em que, se afirmativa a resposta, haver-se-ia de concluir como equivocada a conclusão acerca da ilicitude do meio de prova.

É preciso não perder de vista, ainda, que a jurisprudência e a doutrina reconhecem que nenhuma liberdade pública é absoluta, e que a par da preservação de interesses particulares (direitos subjetivos), existe a necessidade de preservar valores jurídicos da coletiva, os quais, em certas situações, devem se sobrepor e mesmo limitar a liberdade individual. Bem por isso admitem-se limitações aos direitos fundamentais – não circunscritas àquelas hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal – encontrando-se justificativas implícitas na própria Constituição, dado que aquela limitação, por vezes, é necessária para salvaguardar outros direitos protegidos constitucionalmente. Esse, aliás, foi o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do mandado de segurança nº 23.452/RJ, que teve como relator o Ministro Celso de Mello, para quem:

...o estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Logo em seguida à sustentação do entendimento acerca da inadmissibilidade de emprego da escuta clandestina como prova no processo criminal contra os autores do sequestro cuja vítima foi possível libertar em razão da escuta, Nucci (op. cit., p. 95-96) afirma que é possível encontrar meios hábeis à obtenção da condenação sem que para tanto seja a lei contrariada, salientando:

... basta que o direito processual penal crie mecanismos mais flexíveis de investigação policial, sempre sob a tutela de um magistrado, controlando a legalidade do que vem sendo produzido, para que o Estado se torne mais atuante e protetor, sem abrir mão dos direitos e garantias fundamentais.

Em certa medida, creio acertado o entendimento de Nucci. E afirmo que em certa medida porque me parece ser possível extrair de um preceito constitucional o fundamento que irá autorizar o emprego de um determinado meio de prova, ainda que não exista lei infraconstitucional dispendo expressamente sobre esse meio de prova ou traçando seus limites e regramentos de produção (lembremo-nos do princípio da liberdade das provas). E isso será possível pela conjugação entre a observação de princípios, direitos e deveres constitucionais e o controle judicial prévio na utilização desse meio de prova, cabendo ao juiz exatamente analisar, no caso concreto, quando a utilização de certo meio de prova se mostraria justificável para demonstração de um determinado fato.

De outro lado, é preciso não perder de vista que a norma constitucional que veda o emprego de provas obtidas por meio ilícitos ou provas ilícitas também não autoriza concluir que provas lícitas são apenas aquelas especificadas e regulamentadas em lei (em sentido formal), posto que, em primeiro lugar, o Código de Processo Penal, ao tratar das provas (Título VII), embora tenha discorrido apenas sobre o exame de corpo de delito e

perícias em geral (arts. 158 a 184), interrogatório (arts. 185 a 196), confissão (arts. 197 a 200), testemunhas (arts. 202 a 225), reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226 a 228), acareação (arts. 229 e 230), documentos (arts. 231 a 238), busca e apreensão (arts. 240 a 250), não contém qualquer dispositivo que limite a esses os meios de prova admissíveis, assim não o fazendo inclusive nas disposições gerais sobre a prova (arts. 155 a 157) e, em segundo lugar, o Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária no processo penal (CPP, art.3º), contém preceito expresso a estatuir como admissíveis todos os meios de prova (desde que legais e morais), e não somente aqueles especificados “neste Código” (CPC, art. 332).

*Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.*

Não se perca de vista, ainda, que a Constituição Federal de 1988 também não contém nenhuma norma que pré-estabeleça um rol dos meios de prova admissíveis em direito.

Ora, se não há no ordenamento jurídico brasileiro um conjunto de disposições expressas (constitucionais e legais) que disciplinem de forma integral e fechada os meios de prova, tanto no que diz com a definição daqueles admissíveis quanto em relação aos limites de cada um, parece-nos claro que o juízo de valor sobre ser lícito, ou não, o emprego de um determinado meio de prova em uma dada situação fática e objetiva irá depender do reconhecimento e da aplicação de normas que encerram princípios, direitos e deveres constitucionais, não se podendo perder de vista, em primeiro lugar, que vivemos sob a égide de um *estado democrático de direito*, sendo imprescindível um verdadeiro e justo entendimento dessa figura que, todavia, não raras vezes, muito tem sido usada por operadores do direito apenas para justificar a imposição de limites à ação do Estado no exercício de suas atribuições, deveres e poderes, operadores estes que acabam por interpretá-lo de maneira tendenciosa, em uma verdadeira visão *hiperbólica*

*monocular*<sup>5</sup>, comprometidos que estão única e exclusivamente em defender os interesses individuais do investigado ou acusado (muitas das vezes a todo e qualquer custo), procurando com isso construir uma verdadeira armadura em prol do criminoso e contra a sociedade e o Estado, não importando o grau de lesividade de sua conduta, ou mesmo se o bem jurídico lesado tem como titular toda uma coletividade. Sobre esse ponto, porém, voltaremos mais adiante, quando discorrermos mais detidamente sobre os conflitos de direitos em sede de investigação e persecução criminal.

Importante é não perder de vista que o *princípio da liberdade das provas*, presente no direito processual brasileiro, garante que não se limite os meios de prova apenas àqueles expressamente disciplinados na lei adjetiva. Por outras palavras, do fato de o Código de Processo Penal Brasileiro ter se preocupado em disciplinar como meios de prova apenas a pericial, a confissão, a testemunhal e a documental não decorre a conclusão de que são apenas esses os meios de prova admitidos à demonstração de autoria e materialidade de um determinado fato criminoso, muito menos que toda a disciplina acerca da produção dessas provas está circunscrita àqueles dispositivos, sendo imprescindível atentar-se, também, para princípios que encontram assento na Constituição Federal, sobre os quais trataremos mais adiante.

Em síntese, o direito brasileiro não admite – e não há de admitir mesmo – as provas obtidas por meios ilícitos, assim chamadas *provas ilícitas*. Porém, não se deve reconhecer como ilícito um meio de prova pelo simples fato de o legislador (constituente ou infraconstitucional) não o ter disciplinado expressamente, dado que no direito brasileiro vigora o princípio da liberdade das provas; e aqui não podemos nos esquecer dos vários conceitos de prova (especialmente, *tudo que pode levar o conhecimento de um fato a alguém e atos e meios utilizados pelas partes, pelo juiz e por terceiros e reconhecidos pelo juiz como a verdade dos fatos alegados*).

---

<sup>5</sup> Expressão cunhada por Douglas Fisher, Procurador Regional da República na 4ª Região, Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal, em seu artigo “O Que é Garantismo Penal (Integral)?”.



Os limites da (i)licitude de um meio de prova – ainda quando não disciplinado na legislação infraconstitucional – hão de ser buscados na própria Constituição, senão em disposições expressas, em princípios constitucionais, especialmente aqueles que podem ser extraídos dos direitos e deveres iminentes dessa mesma Constituição, que, aliás, tem como um de seus princípios a instituição de uma República constituída em *estado democrático de direito*.

## 5 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Há pouco falávamos sobre uma interpretação enviesada sobre certos institutos e conceitos de conhecimento imprescindível à operacionalidade do direito, notadamente sobre o que vem a ser *estado democrático de direito*.

A Constituição Federal de 1988, já em seu preâmbulo, deixa claro que o Brasil se constitui como um estado democrático, assim o fazendo de forma expressa:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Registro, aqui, a preocupação do legislador constituinte com que o Estado brasileiro nascido em 1988 se dedique a assegurar, também, o exercício de direitos sociais e individuais, como a segurança, e não só a liberdade, o que, porém, muitos parecem não querer enxergar.

Em seguida, o artigo 1º reforça:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

A compreensão sobre o que é um estado democrático de direito não pode prescindir de uma análise acerca da evolução histórica do próprio Estado.

A Revolução Francesa marcou o fim do absolutismo e o surgimento da burguesia como classe social vitoriosa e, conseqüentemente, aquela que iria ditar o novo modelo de sociedade. Para o Estado então surgido a característica mais marcante é a imposição de limites a sua atuação, seja no

plano jurídico, seja no plano político, destacando-se a não intervenção na atividade econômica. Surgia, assim, o *Estado liberal*, o qual, no plano jurídico retiraria seus princípios da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e de onde se extraem o dever de respeitar os direitos individuais, a separação dos poderes, a primazia da lei, que deve reger não apenas as relações entre os cidadãos, mas também entre o cidadão e o Estado, e à qual deve se submeter também o governante.

Eram os primeiros passos do também chamado Estado Constitucional, cujo principal propósito, segundo Feldens (2012, p. 21), era *a salvaguarda da liberdade individual, mediante a proteção dos cidadãos contra o abuso do poder*, e que também encontra suas bases históricas na Inglaterra do século XVII, que não possuía uma Constituição escrita, mas cujo Estado estava juridicamente constituído, tendo o poder dividido entre o rei (Executivo), as Câmaras dos Lordes e dos Comuns (Legislativo) e os juízes (Judiciário).

Porém, essa época também foi marcada por graves conflitos sociais, em grande parte provocados e acirrados pela péssima distribuição de riqueza (característica, aliás, ainda muito presente em nosso País), caracterizando-se, também, pela conseqüente discriminação daqueles que muito pouco ou nada possuíam em termos de riqueza econômica, e que estavam verdadeiramente alijados de direitos individuais, ou ao menos da materialização destes, existentes que eram apenas formalmente. Com a pretensão de corrigir essa grave distorção e injustiça, o Estado liberal, abstencionista, individualista e que favorecia apenas aos interesses da classe econômica abastada (a burguesia), dava lugar ao *Estado social de direito*, onde o respeito meramente formal à lei foi reconhecido como insuficiente, sendo necessária a intervenção do Estado nas relações sociais para garantir que os direitos reconhecidos como inerentes à condição de ser humano fossem efetivamente realizados. Trata-se de um Estado intervencionista e centralizador, mas que, ao menos em concepção, estaria preocupado em garantir os direitos e liberdades fundamentais a qualquer ser humano (não apenas dos membros da burguesia), mas que também viria a fracassar por força do que Pimentel (2006, p. 14) chamou de

*promiscuidade entre os detentores do poder econômico e os governantes* e que de forma muito clara está presente no Brasil da atualidade, como bem se observa em casos rumorosos e aterradores de corrupção, com especial destaque para o *mensalão* e, mais recentemente, o escândalo de enorme desvio de dinheiro da Petrobrás e emprego deste, em grande parte (segundo o que nos tem sido revelado pela investigação), para garantir a perpetuidade no poder.

Curioso que essa característica negativa do Estado social de direito e que muito está presente no Brasil de hoje faz lançar sérias dúvidas sobre se realmente evoluímos para um Estado democrático de direito, ou se ainda estamos na primeira metade do século XX.

O *Estado democrático de direito*, por sua vez, tem como característica, também, a intervenção do Estado nas relações sociais (necessária em maior grau até por força da maior complexidade da sociedade), mas, diferentemente do modelo anterior, existe a preocupação com a real democracia, ou seja, com um Estado que ao intervir nas relações sociais o faça de forma legítima, preocupado em garantir que os cidadãos de um modo geral (e não apenas a minoria mais abastada) tenha verdadeiro acesso a todos os meios, recursos e oportunidades para que possam evoluir e se desenvolver ao máximo, sendo imprescindível, para tanto, a criação de uma série de mecanismos, institutos e normas para garantir que a pessoa seja efetivamente tratada com dignidade. Exigem-se desse Estado prestações positivas, não bastando a exigência de respeito aos direitos fundamentais (um *non facere* por parte de terceiros). Esse Estado deve garantir aos cidadãos *liberdade, igualdade e segurança* e, nas palavras de José Afonso da Silva, *apud* PIMENTEL, *não produz normas de per si, ou seja, normas que não encontrem tradução em outras disposições constitucionais*.

Como muito bem colocado por Pimentel (op. cit., p. 15-16):

O Estado Democrático de Direito representa, portanto, uma fórmula institucional, algo a se concretizar na práxis jurídica. Quando a Constituição afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito quer dizer que acolhe os ditames do precursor Estado de direito, exige que as intervenções do Estado

fomentem a justiça social, e mais, que tudo se faça sob a orientação dos mais autênticos valores democráticos.

Por certo, a assertiva do artigo 1º da Constituição Federal – ‘A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito ...’ – serve de alerta ao intérprete de que os preceitos que seguirão estão orientados à concretização dos mais elevados princípios éticos da sociedade ocidental, que seguem, muitos deles, explicitados no texto da Lei Maior.

Portanto, o aplicador do direito, qualquer que seja sua área de atuação, não pode jamais deixar de exercer a hermenêutica tendo a atenção focada na Constituição Federal, especialmente nos princípios que dela emanam, valendo essa máxima também para o processo penal, que é o instrumento para exercício do legítimo poder de punir que foi outorgado ao Estado, estatuído por essa mesma Constituição, que, por sua vez, se constitui em um dos instrumentos de realização da pacificação social (embora, evidentemente, não o único), não sendo encontrados na Constituição, portanto, apenas freios a atuação do Estado, mas também autorizações, assim como deveres de parte do cidadão, inclusive para com o respeito aos direitos de seus iguais.

Assim, é inexorável que na análise do tema discorreramos sobre os direitos fundamentais, posto que, invariavelmente, quando o Estado se lança na tarefa de investigar a prática de crimes, identificar seus respectivos autores, para tanto reunindo provas de ambos (materialidade e autoria) e ao final aplicar, se o caso, uma pena a quem seja considerado responsável por aquele delito, ele necessariamente se deparará com situações de conflito com os direitos da pessoa a ser atingida por essa sua atuação, direitos estes que vão desde a intimidade, passando também pela privacidade, até a propriedade e a liberdade de ir e vir.

## 6 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais ou direitos humanos ou, ainda, direitos humanos fundamentais são definidos por Moraes (2003, p. 162) como o *conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana.*

A esse conceito, todavia, acrescentaríamos que direitos fundamentais também existem para proteger a pessoa contra o arbítrio de seus próprios pares, sem o que, aliás, a esperada salvaguarda seria em grande medida inútil ou inoperante, pois, a ser assim, a invasão de domicílio, por exemplo, não constituiria ato ilícito quando praticado pelo particular (e o artigo 150 do Código Penal seria, portanto, inconstitucional), admitindo-se como válida constitucionalmente, como norma incriminadora, apenas o artigo 3º, alínea “b”, da Lei nº 4.898/65, cujo sujeito ativo da conduta é um agente público, diferentemente do que se dá com a norma inserta no Código Penal.

Sabemos, porém, que usando esse raciocínio não é possível sustentar uma pretensa tese de inconstitucionalidade do artigo 150 do Código Penal, posto ser a própria Constituição Federal a prescrever que a inviolabilidade do domicílio não se impõe apenas contra o Estado, mas também contra o particular, bastando conferir o inciso XI, do artigo 5º:

*XI - 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;*

A expressão *ninguém*, obviamente, não pode ser interpretada como tão somente o agente público, mas, por certo, toda e qualquer pessoa,

independentemente de ser, ou não, agente do Estado, incluindo, assim, o particular.

Morais (op. cit., p 162-163) ainda afirma que a Unesco também enxerga os direitos fundamentais sob a ótica de:

... uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado e de regras que visam a estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

É compreensível que o conceito de direitos fundamentais, em sua origem, tenha como ponto de apoio a preservação do indivíduo contra os desmandos ou ingerências desmedidas por parte do Estado, dado que eles surgiram em um momento histórico específico, caracterizado pelo fim do absolutismo e nascimento do Estado liberal. Porém, parece-nos claro que a evolução histórica e social de cada país haverá de determinar, sem sombra de dúvidas, a evolução dos conceitos e institutos jurídicos, sob pena de o ordenamento jurídico vigente não atender de forma razoável aos objetivos a que se propõe, especialmente o de pacificação social.

Por outro lado, logo a seguir, Alexandre de Moraes cita Pérez Luno para indicar que o jurista e filósofo espanhol:

...apresenta uma definição completa sobre os direitos fundamentais do homem, considerando-os um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

E esse parece ser mesmo um conceito mais acertado de direitos humanos fundamentais, pois ele reconhece que o momento histórico de cada sociedade é imprescindível à positivação de certas faculdades ou liberalidades como indispensáveis ao verdadeiro alcance da dignidade humana e da máxima evolução da personalidade, e nem constitui o Estado como único sujeito com o dever de respeitar aqueles direitos. Como exemplo da atuação da evolução histórica como fator determinante do nascimento ou reconhecimento de novos direitos fundamentais podem ser lembrados os reflexos decorrentes da

Revolução Industrial, que fariam nascer os direitos fundamentais do trabalhador (o qual era constantemente explorado ao máximo de sua capacidade física, muitas vezes pagando com a própria vida) e mais recentemente o mesmo se dá com o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, entre outros, todos eles nascidos das consequências naturais da evolução da sociedade.

Importante não perder de vista, porém, que a evolução da sociedade que faz surgir novos desafios à preservação, de maneira o mais eficiente possível, de uma convivência digna, livre e igual entre e para todos os homens não costuma ser fruto apenas de uma evolução tecnológica, mas também de uma evolução econômica e social; e esta bem pode fazer surgir fenômenos que representarão maiores dificuldades de parte do Estado para manter aquele equilíbrio, inclusive no âmbito criminal, em que dele também se exige eficiência, podendo ser citado, então, o fenômeno da criminalidade organizada, ou mesmo reconhecer que a evolução tecnológica não atua apenas em favor do bem, mas também do criminoso. Mais adiante procuraremos demonstrar em que medida a inteligência, como atividade especializada, pode contribuir de forma mais eficaz no exercício pelo Estado do dever de punir e pacificar, e sem que se possa afirmar que esse emprego é ou seria inconstitucional ou ilegal.

A evolução da sociedade, portanto, determinou o surgimento e a necessidade de reconhecimento de novos direitos fundamentais, o que é claramente explicado na clássica divisão dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, ou, como preferem alguns autores, *dimensões*, divisão esta proposta em 1979 por Karel Vasak, jurista tcheco-francês, e cunhada tendo como base os ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), guardando relação com o momento histórico em que os grupos de assim chamados direitos fundamentais surgiram como positivados nas Constituições dos Estados.

Os direitos fundamentais de primeira geração correspondem às chamadas liberdades negativas, ou liberdades clássicas, tendo surgido no final do século XVIII, quando se deu o desaparecimento do absolutismo e surgiu o



Estado liberal, nascido notadamente da Revolução Francesa de 1789 e da revolução liberal norte-americana. Essencialmente, esses direitos materializam-se como limites à atuação do poder do Estado, de quem nessa época não se exigia uma prestação positiva, mas ao contrário, uma completa abstenção de intervenção na vida do indivíduo, sendo exemplos clássicos o direito à vida, às liberdades de expressão, de culto ou religião, o direito de propriedade, os quais, nitidamente, para que sejam satisfeitos não requerem uma ação positiva do Estado, mas simplesmente uma abstenção, devendo o Estado simplesmente não impedir que o cidadão tivesse seus bens e deles usufruísse livremente, que se expressasse da forma como melhor lhe conviesse, que cultuasse a religião que bem entendesse.

De acordo com ensinamento de Sarmiento (2006, p. 12-13), apud José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior,

Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados”. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o ‘jardim e a praça’. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o ‘homem civil’ precederia o ‘homem político’ e o ‘burguês’ estaria antes do ‘cidadão’. (...) No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

Por sua vez, os direitos fundamentais de segunda geração, também chamados de liberdades positivas, são aqueles que irão buscar o reconhecimento da igualdade entre os homens, mas não uma igualdade meramente formal (em certa medida já presente no Estado liberal), mas uma igualdade material, ou seja, efetiva, realizável, e não apenas idealizável. A necessidade de reconhecimento e positivação dessa ordem de direitos surgira principalmente em razão da grande expansão da classe burguesa, de sua absoluta ausência de freios na busca pela riqueza, ocorrida principalmente a partir da Revolução Industrial no século XIX, quando a classe trabalhadora

passa a reivindicar um tratamento minimamente digno, surgindo, então, os chamados direitos sociais, podendo ser citados principalmente o direito à saúde, à educação e à moradia.

É em razão dessa grave exploração da classe trabalhadora que irá surgir, com o fim da Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, logo em seguida, as primeiras Constituições em que os direitos sociais são expressamente reconhecidos, como a do México, em 1917, e a da Alemanha, em 1919.

Sobre a importância da Constituição de Weimar como primeiro texto de lei a positivar os direitos sociais, bastante esclarecedoras são as palavras de KIRK SIVA e outros<sup>6</sup>:

A Constituição Alemã de 1919, a chamada 'Constituição de Weimar', inaugurou no constitucionalismo mundial o compromisso do Estado com a justiça social, trazendo no seu texto a função social da propriedade. Tal fato rompeu com a tradição do Estado liberal de um mero expectador da vida social, criando, assim, uma obrigação daquele com a realização da justiça social, autorizando-o, inclusive, a restringir direitos individuais em prol dos direitos sociais. Foi ela, também, que de maneira inédita no constitucionalismo mundial, inseriu pela primeira vez no seu texto direitos fundamentais de natureza socioeconômica, que acabaram em resultar em obrigações positivas do Estado, fazendo com que este passasse a intervir em determinados campos da vida social para realizar esses direitos.

Ou, como prefere Sarmiento (op. cit., 19), esses dois textos constitucionais:

... trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O Direito do Trabalho, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.

---

<sup>6</sup> Alain Kirk Silva e outros in <http://bsidh.blogspot.com.br/2012/05/influencia-da-constituicao-de-weimar-na.html>

Diz-se, então, que o Estado não pode e não deve, mais, abster-se de ingerir nas relações privadas, competindo-lhe, ao contrário, criar e aplicar políticas públicas, por meio das quais há de efetivar os direitos à saúde, ao trabalho, à educação, à moradia.

Por sua vez, Sarlet (2001, p. 50) ensina que:

... os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

Já os direitos de terceira geração caracterizam-se por ter como titulares não um indivíduo ou uma coletividade identificada, mas sim absolutamente difusa, possuindo uma dimensão muito mais ampla, inclusive para abarcar aqueles que sequer ainda existem, denotando uma verdadeira preocupação com a própria perpetuidade da raça humana.

Nas palavras de Diógenes Junior,

São direitos nascidos da revolução dos meios de transporte e de comunicação, podendo ser citados o direito ao progresso ou desenvolvimento, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, direito de comunicação, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito à paz, cuidando-se de direitos transindividuais, sendo alguns deles coletivos e outros difusos, o que é uma peculiaridade, uma vez que não são concebidos para a proteção do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos.<sup>7</sup>

Compreendida a clássica divisão entre direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, um simples passar de olhos pela Constituição de 1988 permite-nos identificar em vários de seus dispositivos representantes de cada uma dessas dimensões.

Assim, entre os direitos fundamentais de primeira geração (liberdades negativas) podemos listar a liberdade de pensamento (art. 5º, inciso IV), a liberdade de crença e culto religioso (art. 5º, inciso VI), a liberdade de imprensa (art. 5º, inciso IX), a inviolabilidade da honra, vida privada e intimidade (art. 5º, inciso X), a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI), a

---

<sup>7</sup> DIÓGENES JUNIOR, José Eliaci Nogueira, in [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750), acessado em 19/10/2015.

inviolabilidade das comunicações telefônicas (art. 5º, inciso XII), a liberdade de profissão (art. 5º, inciso XIII), a liberdade de locomoção (art. 5º, inciso XV), a liberdade de reunião (art. 5º, inciso XVI), a liberdade de associação (art. 5º, XVII), a liberdade de propriedade (art. 5º, inciso XXII).

Nota-se claramente que em todos esses direitos a marca característica é a colocação de um freio ao sujeito distinto do titular do direito, principalmente o Estado, deste não se exigindo uma ação positiva, um *facere*, mas sim uma abstenção, um não agir. Assim, o respeito à liberdade de pensamento não se faz por meio de uma prestação positiva, mas pura e simplesmente por uma não intervenção, somente se falando em atuação positiva para defender o direito quando nasce uma violação, entrando em cena, então, os mecanismos de garantia.

Evidentemente, não há se confundir a liberdade enquanto direito como uma liberdade absoluta, mesmo porque não é difícil imaginar em casos concretos que se essa liberdade não encontrasse determinados limites, fatalmente, em algum momento, sob o pretexto de exercer um direito estar-se-ia cometendo um excesso, uma violação a um direito ou à liberdade de outra pessoa ou conjunto de pessoas, hipóteses em que se tem a situação de abuso do direito. Bem por isso que, por vezes, o próprio legislador constituinte instituiu no mesmo dispositivo situações em que se poderá legitimamente limitar aquela liberdade, sem que isso configure um abuso por parte do Estado ou de terceiro. Assim, por exemplo, o inciso XI, do art. 5º, da Constituição Federal, que ao mesmo tempo em que reconhece a inviolabilidade do domicílio, estatui três hipóteses em que o ingresso em residência alheia, a despeito da ausência de autorização por parte do morador, não caracterizará violação àquela liberdade; tal ocorrerá quando aquele ingresso for imprescindível para prestar socorro a alguém (não necessariamente ao próprio morador) – fica nítido aqui que a integridade física e a vida de alguém são bens jurídicos de maior relevo e valor que a privacidade alheia –, quando um crime estiver sendo cometido no local ou quando uma autoridade judiciária o autorizar, conquanto, nesse último caso, seja dia, hipóteses essas em que o legislador constituinte deixa claro que

nenhuma liberdade pode ser oposta para justificar a prática ou o acobertamento de atos criminosos.

É de se observar, ainda, que o legislador constituinte não se preocupou em, de forma expressa, estatuir todas as situações em que o abuso da liberdade pública dará margem a sua limitação, o que, aliás, nos parece ser impossível listar ou mesmo valorar previamente. Isso, porém, não nos parece que significa ou que deva significar que o Estado, de antemão, ante a ausência de disposição expressa, esteja impossibilitado de agir para fazer cessar aquele abuso, mesmo porque, não raras vezes, sob o pretexto de assegurar a máxima amplitude de um direito, acaba-se por legitimar a violação de direitos outros, de terceiros, e mesmo de toda uma coletividade, por ação do titular daquela primeira liberdade.

De outro lado, entre os direitos fundamentais de segunda geração encontramos, de forma expressa na Constituição Federal, o direito à saúde (artigos 6º, *caput* e 196 e seguintes), à educação (artigo 6º, *caput* e 205 e seguintes), à moradia (artigos 6º, *caput*; 23, IX; 183; e 191), à segurança (artigo 6º, *caput* e 144).

Esses direitos, para ser verdadeiramente existentes, exercidos, satisfeitos, não requerem simples abstenção por parte do Estado ou de terceiros, mas uma ação positiva, principalmente do Estado. E em todos eles fica bastante clara a condição de fragilidade ou de hipossuficiência do titular, o qual, na grande maioria das vezes, por força de sua condição socioeconômica (aqui o reflexo claro da expansão das classes mais favorecidas e conseqüente e natural desequilíbrio na distribuição de rendas que haveria de surgir) não têm condições de satisfazê-los às próprias expensas, notadamente porque os frutos de seu trabalho são parcos. Se nem todos recebem pelo trabalho exercido o suficiente para pagar por planos de saúde, escolas particulares, casas próprias, é imprescindível que o Estado, por meio de políticas públicas sérias e eficientes, satisfaça aquelas necessidades que já não são mais básicas no sentido de imprescindíveis à vida, porém, imprescindíveis para uma vida digna, como preconiza o legislador constituinte (CF, artigo 1º, inciso III). E essas

políticas públicas constituem o dever do Estado para a satisfação daqueles direitos.

De se observar, ainda, que a condição socioeconômica não é o único fator determinante do surgimento da necessidade de o Estado agir e intervir para garantir alguns dos chamados direitos de segunda geração, dado que também a própria forma de organização da sociedade acaba por atribuir aquele dever ao Estado como condição de preservação da ordem e da própria vida em sociedade. Exemplo claro é o do direito à segurança; não importa o quanto abastado financeiramente seja a pessoa; o maior poder econômico poderá lhe propiciar maior sensação de segurança e maior diminuição de riscos a ataques contra seu patrimônio material, sua vida e integridade física, bem podendo investir em veículos blindados, segurança pessoal, equipamentos contra furtos, mas, uma vez que haja o atentado contra sua propriedade ou contra sua pessoa, não lhe é dado usar seus recursos financeiros para identificar o autor do delito e aplicar-lhe justa sanção pelo ilícito praticado e, além disso, suas ações de defesa em nada favorecem a preservação da ordem pública e nem transmitem segurança à coletividade. A atividade repressiva e preventiva a crimes é, e sempre será, uma atribuição, um dever do Estado.

Por fim, entre os direitos de terceira geração – que têm como marco histórico a *revolução dos meios de transporte e de comunicação* – podemos citar na Constituição Federal o direito ao meio ambiente equilibrado e sadio (artigo 225), a proteção ao consumidor (artigo 170, inciso V), o direito ao desenvolvimento, em suas mais variadas facetas (desenvolvimento urbano – artigo 182; desenvolvimento científico – artigo 218), direitos esses cuja principal característica é a transindividualidade, compreendida como titularidade difusa.

Essa classificação dos direitos fundamentais, embora meramente didática, apresenta-se como relevante ao entendimento de que é a evolução da sociedade que faz surgir os desafios com que o Estado se depara em seu papel de garantidor da paz social, tornando imprescindível que esteja constantemente atento a todas as vicissitudes da vida em sociedade para

compreender em que medida ele também deve evoluir no emprego das políticas, técnicas e métodos inerentes ao exercício do poder de punir, sob o risco de se tornar absolutamente ineficiente em muitos dos ramos de atuação da atividade criminosa e, conseqüentemente, acabar ele próprio, por força de sua omissão, em se constituir em um não garantidor de direitos fundamentais ou, por outras palavras, em um verdadeiro fomentador da violação de certos direitos fundamentais, notadamente, no que nos interessa, dos direitos à segurança, à vida, à saúde, à propriedade e ao próprio desenvolvimento.

Segundo a atual concepção do direito penal brasileiro, todo crime pressupõe um atentado contra um determinado bem jurídico, havendo doutrina que sustenta que uma conduta, embora típica, somente poderá ser reconhecida como crime e, portanto, passível de sanção penal, se o caso concreto revelar que houve efetiva e relevante lesão ao bem jurídico tutelado. Assim, por exemplo, nos crimes contra o patrimônio, especialmente no furto (em que não se tutela a integridade física e mental da pessoa, como diferentemente ocorre com o roubo), se o objeto subtraído é de diminuto ou irrisório valor econômico, sustenta-se que não há crime porque não chegou a ocorrer efetiva lesão ao bem jurídico (princípio da insignificância).

Porém, se é certo que não há se falar em crime sem que ocorra lesão ao bem jurídico tutelado – podendo ser este o patrimônio, a vida, a integridade física, a liberdade individual, a liberdade sexual, a probidade administrativa – é incontroverso que todos os crimes, independentemente de sua gravidade, maior ou menor reprovação, ou do bem jurídico tutelado, apenas são definidos como tal em razão da necessidade de o Estado garantir a convivência harmônica em sociedade, conferindo a cada um dos cidadãos a máxima liberdade possível para bem exercer todos os seus direitos, eliminando ou diminuindo os riscos que atuam sobre e contra aquela liberdade e que se constituem em fator de insegurança, de modo que o *ius puniendi*, em última análise, visa exatamente a garantir, preservar ou restabelecer aquela situação de almejada normalidade. Fácil compreender, portanto, que a segurança é a um só tempo um direito do cidadão e um dever do Estado.

## 6 Do direito fundamental à segurança

A segurança é um direito natural do homem, dado que está intimamente ligada a sua própria sobrevivência, constituindo-se em um dos mais fortes, se não o mais forte instinto do homem. Bem por isso que desde as primeiras declarações sobre os direitos do homem a segurança foi alçada à condição de direito fundamental, sendo encontrado na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, segundo a qual *todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança*, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo artigo 2º dispõe que *a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*”, e ainda na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, cujo artigo 3º prescreve: *todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*.

No Brasil, a segurança obteve o *status* de direito fundamental desde o início de sua constituição como Estado independente, positivado que foi em todas as Constituições brasileiras, como bem se pode observar:

Constituição de 1824:

*Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.*

*I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.*

*II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.*



*III. A sua disposição não terá efeito retroactivo.*

Constituição de 1891:

*Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:*

Constituição de 1934:

*Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*

Constituição de 1937:

*Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*

Constituição de 1946:

*Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*

Constituição de 1967:

*Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Pais a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

Constituição de 1969:

*Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos*

*direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

Constituição de 1988:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

Está expressamente previsto, ainda, no Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), no art. 7º, item 1, que prescreve: *toda a pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.*

Segurança traz a ideia de ausência de riscos, danos e perigos, especialmente para a vida, a saúde e para o bem estar, seja individual, seja coletivo. Em uma situação ideal de segurança, a pessoa é capaz de se desenvolver, crescer, ter qualidade de vida e alcançar seus objetivos de forma livre e integrada com as pessoas e o mundo que a cerca, respeitando as liberdades alheias e tendo as suas próprias igualmente respeitadas por todos. É o cenário ideal de uma vida harmônica e integrada em sociedade.

Certo é que segurança absoluta ou total é impossível, dado que é próprio da natureza humana expor-se ou ser exposto por outrem ou pela própria natureza, frequentemente, a uma ou mais situações de risco. A rigor, toda ação humana traz em si algum risco e, por vezes, até a inação produz risco. Assim, pode-se dizer que uma situação de segurança está presente quando um determinado conjunto de perigos está neutralizado ou ao menos minimizado.

Quando se fala em segurança pública, no sentido de que pertence a todos, ou ao menos a todo o povo que compõe um determinado Estado, é inevitável que possa haver em alguns momentos – em verdade, não raros – a contraposição com a segurança privada no sentido de pertencer a um indivíduo específico. Isso porque essa ideia de eliminação ou afastamento de riscos implicará na necessidade de agir contra certa pessoa ou grupo de pessoas que

são exatamente aqueles responsáveis por conturbar aquela segurança coletiva, não deixando de haver sob a ótica dessa pessoa contra a qual se deva agir uma perturbação de sua segurança individual (embora legítima). Evidentemente, quando isso ocorrer, nasce uma colisão entre direitos que precisa ser resolvida, e necessariamente em favor do coletivo, mas sem a necessidade de eliminação do direito do indivíduo, apenas operacionalizando-se uma mitigação ou redução de alcance daquele, sob pena de também se operar um abuso e conseqüente ilegitimidade da ação estatal.

Exemplo: é perfeitamente natural o interesse do delinquente em se furtar às conseqüências do ato ilícito que praticara, chocando-se, de outro lado, com o interesse público de realização da justiça por meio da aplicação da sanção que lhe é cabível, segundo os ditames da lei. É evidente que essa sanção somente deverá ser aplicada com absoluto respeito às normas vigentes, especialmente aos princípios da anterioridade da lei penal, da ampla defesa, do contraditório, do respeito à dignidade humana, da vedação de tratamento desumano, mas, em essência, não deixa de haver uma mitigação da segurança privada, pois o criminoso sofrerá o “dano” representado pela sanção penal, e antes dele suportará os riscos precedentes à concretização daquele “dano”, os quais, dentro de um devido processo legal, estão representados na invasão de sua intimidade e vida privada quando de uma interceptação telefônica ou busca e apreensão de que seja alvo, na obrigatoriedade de comparecer em juízo para se submeter a um reconhecimento pessoal, em medidas cautelares que suspendam ou limitem o exercício de certos direitos, entre outros.

Essa, aliás, é a ideia central da reconhecida tese do caráter não absoluto das liberdades públicas, expressamente consignada no item 1 do art. 32 do Pacto de San Jose da Costa Rica, segundo o qual *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.*

Desta feita, é possível definir segurança pública, segundo Rodrigues (2009, p. 42), como:

... a prevenção, minimização, controle ou eliminação de riscos, perigos ou ameaças, acompanhados ou não de violência, que possam danificar, destruir ou violar ilegitimamente os bens, os direitos e as liberdades das pessoas em espaços públicos ou privados, possibilitando uma convivência harmoniosa sob o império da lei e favorável ao desenvolvimento individual e coletivo da comunidade.

Estabelecido seu conceito, Rodrigues destaca alguns dos aspectos essenciais da segurança:

1 – a segurança apresenta um caráter instrumental na medida em que proporciona aos indivíduos a proteção de seus direitos e a possibilidade de exercê-los livremente; 2 – a segurança ampara o indivíduo somente contra agressões ilegítimas, sem excluir as provenientes do Estado. Desta forma, a segurança pública se revela como a ‘asseguração da liberdade legítima’; 3 – a prevenção consiste na adoção de medidas contra danos futuros, diminuindo a possibilidade do surgimento ou a sua extensão. 4 – o elemento ‘minimização’ é um claro reconhecimento de que segurança absoluta é uma utopia, e nesta impossibilidade ontológica o melhor alvitre é moldar uma estrutura securitária capaz de reduzir ou minimizar o impacto dos riscos e dos eventuais danos, ou que se agreguem forças capazes de neutralizar a potencialidade deletéria dos riscos. 5 – a referência a atos violentos ou não, bem como a direitos e liberdade sem especificação, implica na aceitação de que a segurança pública não se liga apenas ao crime ou ao sistema penal, alcançando direitos civis, sociais, políticos etc., e toda uma gama de riscos proporcionados pela sociedade pós-moderna.

Outro conceito é apresentado por Luiz Eduardo Soares (2005, p. 17), *apud* RODRIGUES, para quem:

(...) segurança pública é a manutenção da ordem com respeito às leis e aos direitos humanos, reparações jurídicas compatíveis com o estado democrático de direito e redução da impunidade.

A segurança também pode ser encarada sob o aspecto subjetivo, quando é entendida como a percepção íntima e individual de segurança segundo a ótica do cidadão (o sentir-se seguro) e pelo aspecto objetivo, entendida como o complexo de medidas concretas a serem adotadas para prevenir e reprimir ações com potencialidade para destruir, danificar ou violar bens e direitos, sendo medida pelo risco real a que todos estão sujeitos (e não meramente perceptível segundo a ótica de um indivíduo). E quanto maior e mais perceptível for esse risco real, tanto maior e mais eficiente precisam ser as medidas tendentes a eliminar e reprimir as ações que violam ou atentam contra aqueles direitos.

Apenas a título de exemplo, tomado o momento da atual conjuntura brasileira, existe uma clara percepção de que a corrupção de agentes públicos (tenha ela origem no próprio agente ou no *extraneus*) tem alcançado índices extremamente alarmantes, havendo uma disseminada convicção de que a corrupção produz evidentes reflexos na qualidade dos serviços públicos prestados, seja pelo fato de que desvios de enormes somas de dinheiro acabam por comprometer em algum grau o orçamento de áreas extremamente importantes para o bem estar e a dignidade do cidadão (especialmente saúde e educação), seja porque a corrupção irá determinar que o servidor só atue de forma minimamente eficiente mediante pagamento de vantagem indevida (caso muito comum – mas não só – no meio policial, em que agentes cobram “taxas” de vítimas para obter a recuperação de produtos de furto e roubo, ou para não prender quem deveria ser preso), seja porque este agente público irá usar o cargo para praticar uma série de desvios de funções e mesmo extorsões (caso das milícias presentes em alguns bairros da cidade do Rio de Janeiro, formada por policiais que “vendem” segurança e controlam a exploração de certos serviços).

Outros exemplos muito evidentes nos dias de hoje podem ser igualmente lembrados, destacando-se a crescente proliferação do tráfico de drogas, principalmente nas periferias das cidades de médio e grande porte, onde a cada dia que passa fica mais perceptível que a ausência do Estado nesses locais tem determinado o surgimento de um estado paralelo, chefiado por pequenas ou complexas associações criminosas, responsáveis pela reinante situação de insegurança por parte dos moradores, que dia a dia são abandonados pelo Estado e que não podem se voltar contra esses criminosos, sob pena de graves atentados contra sua própria integridade física, vida e patrimônio. Outros exemplos muito atuais são o das quadrilhas e organizações criminosas especializadas em furtos a caixas eletrônicos mediante o emprego de explosivos e de roubo de cargas transportadas por caminhões, espécies de crimes que têm crescido assustadoramente na Capital e no interior do Estado de São Paulo, chamando a atenção em relação aos primeiros a absoluta

ineficiência do aparelho repressor estatal que, salvo raríssimas exceções, não tem conseguido identificar e dismantelar os grupos especializados, ambos responsáveis por uma importante parcela de insegurança presente nas imediações dos locais em que instalados caixas eletrônicos e entre os caminhoneiros em geral.

Conceito umbilicalmente ligado à segurança pública é o de ordem pública, que *diz respeito a tudo o que se liga à preservação da estrutura social dentro de padrões mínimos de segurança e tranquilidade, onde os cidadãos podem livremente exercer seus direitos e liberdades dentro de um ambiental constitucional, sem constrangimentos indevidos*<sup>8</sup>, sendo importante destacar que qualquer ação ou conjunto de acontecimentos tendentes a romper com a ordem pública ou a comprometer em algum grau de significância pode desencadear conflitos no meio social que, por sua vez, podem favorecer ou agravar uma crise de legitimidade do Estado quanto à sua capacidade de manutenção da ordem, causando ainda mais insegurança aos cidadãos.

Também é importante a constatação de que o desenvolvimento, sob suas mais variadas formas (mas principalmente o econômico) contribuiu para o aumento da insegurança, especialmente quando analisada a questão da globalização que, segundo a Organização das Nações Unidas, tem gerado um ambiente salutar para novas formas de delinquência, especialmente aquelas estruturadas sob a forma de organizações criminosas, que se reflete, por sua vez, na necessidade de os órgãos de enfrentamento do crime dispor de novos mecanismos e técnicas em busca da almejada eficiência na repressão e prevenção desses delitos. Essa situação é especialmente clara no que diz com o tráfico internacional de drogas.

Ao discorrer sobre a correlação entre a segurança como direito fundamental (cuja garantia é uma responsabilidade do estado) e a forte expansão do tráfico internacional de drogas, notadamente por meio de organizações criminosas, Rodrigues (op. cit., p. 56-57) salienta que se trata:

---

<sup>8</sup> RODRIGUES, João Gaspar. *Segurança Pública e Comunidade – alternativas à crise*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 48.

(...) de um problema que afeta seriamente a governabilidade dos sistemas democráticos, pelas consequências sociais, políticas e econômicas que é capaz de provocar. Efetivamente, tem o narcotráfico um alto componente de violência, pois se serve de organizações criminosas (cartéis, máfias etc) tanto para proteger seus interesses, como para intimidar e atacar agentes do Estado e particulares que representem uma ameaça para seus negócios ilícitos. Engendra, ademais, um alto potencial de corrupção, dado que para favorecer suas atividades clandestinas busca comprometer os integrantes das forças policiais, do Poder Judiciário, autoridades legislativas e executivas.

A sua atividade econômica, especificamente a relacionada com a lavagem de ativos, contribui para gerar uma economia paralela, subterrânea, que chega a condicionar a economia formal. Nos últimos anos, a comunidade internacional tem expressado sua preocupação com o problema. Inúmeras declarações e outras tantas convenções multilaterais e bilaterais têm gerado avanços significativos na necessária luta contra esta ameaça que transcende os limites nacionais.

A abordagem desse fenômeno delitivo (criminalidade organizada) de escala planetária nas políticas de segurança pública é sensivelmente dificultada em eficácia por um somatório de fatores: I – É um fenômeno cambiante; segue mais ou menos as tendências dos mercados nacionais e internacionais e torna-se, portanto, difícil de ser isolado (exemplo, o tráfico clandestino de lixo nos países industrializados); II – compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (ex: tráfico de drogas, corrupção) e, portanto, não é levada ao conhecimento da autoridade pelo particular; III – Intimida as vítimas, quando elas existem, a não levarem o fato ao conhecimento da autoridade e a não fazerem declarações; IV – Dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação.

Os reflexos da globalização no desenvolvimento das organizações criminosas e, conseqüentemente, no incremento dos problemas de segurança em alguns países mais suscetíveis à proliferação daquelas é de tal ordem – como é o caso de Colômbia, Paraguai, Venezuela, Panamá, Congo, Sudão, Angola, Nigéria, Argélia, Suriname, Afeganistão e Rússia – que Rodrigues (op. cit., p 60) afirma que nesses países o crime organizado é capaz de *gerar instabilidade política, profunda insegurança pública, aumento da corrupção, perda de vidas e até “sobrepeso no sistema de saúde”*, a demonstrar que o *Estado está perdendo a capacidade de encontrar dentro de seus limites territoriais a solução para o problema de segurança.*

Essa realidade não é, infelizmente, exclusiva dos países acima citados, bem podendo ser observada no Brasil. No caso, por exemplo, do tráfico de drogas, é de conhecimento há muito notório dos órgãos encarregados do combate a essa modalidade delitiva que o País é não apenas uma excelente e profícua rota de escoamento para os Estados Unidos e Europa da cocaína produzida na Colômbia e na Bolívia, como um enorme consumidor desse entorpecente, assim como da maconha produzida especialmente no Paraguai e que aqui tem livre acesso pela fronteira seca. Por mais que notícias haja acerca de grandes apreensões de entorpecentes – principalmente pelas Polícias Federal e Rodoviária Federal – tem-se como claro que a quantidade de droga apreendida representa uma diminuta parcela daquela que chega às mãos dos consumidores (seja no Brasil, seja nos países europeus e Estados Unidos). Basta ter em mente que a maior parte da droga que circula pelas estradas brasileiras deixa o País pela via portuária, onde apenas pouco mais de 1% dos containers são fiscalizados pela Polícia Federal e pela Receita Federal, enquanto que a média mundial é de 25%<sup>9</sup>, percentual esse que, se alcançado, fatalmente constituiria um excelente incentivo para o abandono dessa prática econômica pelas grandes organizações criminosas (que são as responsáveis pelo grosso desse entorpecente), dado que o risco da atividade subiria a nível tal que a tornaria impraticável em termos de lucratividade; afinal, uma coisa é perder 1 kg de cocaína dos 100 kg que se transporta em um mês ou semana; outra bem diversa é perder 25% da carga.

A questão é que o aumento da fiscalização portuária e rodoviária, embora seja uma medida imprescindível para um eficiente combate ao tráfico de drogas, não depende da vontade e atuação dos órgãos de repressão direta ao crime organizado (aqui incluídos polícia judiciária, polícia militar, Receita Federal, Ministério Público e Poder Judiciário), dado que para essa finalidade seria necessário um enorme incremento na capacidade de fiscalização, o que demanda maciços investimentos, seja na contratação de pessoal, seja na aquisição de equipamentos, ação esta de exclusiva atribuição e competência

---

<sup>9</sup> Dados extraídos de <http://www.brasilcomex.net/integra.asp?cd=1330>, acessado em 27/10/2015.



do Poder Executivo e, logicamente, os órgãos de repressão ao crime não podem abandonar sua missão sob o fundamento de insuficiência de recursos, devendo, ao contrário, mostrar-se o mais eficiente possível, apesar dessa triste realidade, posto que, do contrário, o comprometimento da segurança apenas será maior e mais perceptível.

Situação análoga ocorre com a corrupção. Se o tráfico de drogas se constitui na maior fonte de renda da criminalidade organizada tida como violenta, a corrupção de agentes públicos no Brasil, praticada de maneira verdadeiramente simbiótica por uma parcela no mínimo muito grande do empresariado brasileiro que tem o poder público como seu cliente (exclusivo ou não) se constitui na maior fonte de dividendos ilícitos obtidos pela enorme parcela de agentes públicos corruptos existente no Brasil (crimes de colarinho branco), que é responsável por pequenos (mas constantes) e gigantescos desvios de recursos públicos e, conseqüentemente, contribui de forma significativa tanto para a carência desses mesmos recursos em áreas vitais para a preservação e efetivação da dignidade humana (como o são as áreas da saúde e da educação), como para a baixa qualidade dos serviços públicos prestados e obras realizadas (notadamente porque associados ao pagamento de propinas estão o superfaturamento de obras e serviços e a necessidade de prestá-los e executá-los mal – principalmente os últimos – a fim de garantir a perpetuidade da contratação do grupo criminoso). Também aqui, em nada socorre aos agentes responsáveis pelo enfrentamento dessa espécie de criminalidade atribuir a responsabilidade pela perpetuidade da corrupção à péssima educação e ausência de censo de cidadania do brasileiro, incapaz de bem escolher seus governantes e de, uma vez escolhidos, fiscalizar suas respectivas ações, ou mesmo de se autopolicar para também não praticar atos de menor desvalor, mas igualmente corruptos e que estão enraizados em nossa cultura, como furar filas, jogar lixo no chão. É necessário mostrar eficiência, e para tanto é imprescindível agir com os recursos disponíveis e dentro dos limites legais, segundo as normas vigentes em um estado democrático de direito.

A questão, porém, passa também pela necessidade de enxergar o quão nefasto e prejudicial para a efetividade do direito fundamental à segurança é a atuação dessa forma de criminalidade, a exigir mecanismos de enfrentamento que se mostrem eficientes na identificação de seus protagonistas, reunião de provas de autoria e de materialidade dos crimes e posterior responsabilização dos agentes. E essa eficiência de há muito não pode ser alcançada pelo emprego de métodos corriqueiros de investigação e de pouca ou nenhuma invasão da privacidade dos investigados, especialmente porque o desenvolvimento de tecnologias e a força impositiva e intimidatória desses grupos organizados tornam praticamente impossível a revelação de provas da prática criminosa a partir de testemunhos ou mesmo de acesso a documentos (salvo quando esses são obtidos de maneira sub-reptícia pelos investigadores, como ocorre durante as operações de busca).

Nessa busca pela eficiência é que pode se mostrar altamente recomendável o emprego de técnicas especializadas de investigação, notadamente aquelas nascidas e desenvolvidas pela atividade de inteligência, especialmente a entrada, a estória cobertura, o recrutamento operacional, a infiltração, entre outras.

Sendo inquestionável que a segurança é direito fundamental, vale lembrar que a Constituição Federal prescreve que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata* (art. 5º, § 1º), do que decorrem, segundo FELDENS duas características que lhe são próprias: a *justiciabilidade* e a *aplicabilidade direta*.

Feldens (2012, p. 39-40) explica que a:

(...) justiciabilidade é a característica inerente a todos os direitos subjetivos, fundamentais ou não, consistindo na garantia do titular do direito de ver afastada, na via judicial, a restrição imposta ao seu exercício (CF, art. 5º, XXXV), de modo que sempre que o indivíduo sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, tem direito à imediata proteção judicial, por meio do habeas corpus (art. 5º, LXVIII, da CF).

De se observar que o autor usou como exemplo de garantia o *habeas corpus*, e como direito fundamental violado, a liberdade de locomoção,

mas esse raciocínio bem pode ser empregado para qualquer direito fundamental, inclusive o direito à segurança. No caso, por exemplo, da ação de organizações criminosas que controlam o tráfico de drogas em uma determinada localidade ou que pratique corrupção de agentes públicos em alto nível, a ponto de comprometer a qualidade do serviço que esses agentes deveriam prestar ou de torná-lo praticamente inoperante, ou simplesmente comprometendo a própria confiabilidade da administração pública, fácil será identificar a grave violação ao direito à segurança, a demandar formas de atuação efetiva do Estado no combate àquela espécie de criminalidade; e se essa atuação eficiente passa pela necessidade de reunir provas dos atos criminosos, bem como de seus respectivos autores para se obter a justa condenação e sanção pelas deletérias condutas praticadas, técnicas operacionais de inteligência e ações de busca podem ser bastante oportunas no alcance daqueles resultados.

Além disso, a aplicabilidade imediata, prossegue Feldens (op. cit.), é a característica de poder ser reivindicado perante o Poder Judiciário, quando violado,

(...) sem a necessidade de mediações legislativas. Isso significa a afirmação do caráter jurídico-positivo (e não meramente programático) dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, de modo que já não se pode dizer que os direitos fundamentais só têm real existência jurídica por força da lei, ou que valem apenas nos termos do conteúdo que por estas lhes é dado.

Como já salientado em outro tópico, no direito processual brasileiro vigora o princípio da liberdade das provas e, relativamente aos direitos fundamentais, o princípio da inexistência de caráter absoluto. Desses princípios podem ser extraídas algumas normas, entre as quais a de que a falta de lei expressa dispendo sobre determinado meio de prova não constitui impedimento ao emprego daquele meio, conquanto suficiente e útil à revelação do fato de interesse, bem como a conclusão de que em situações de clara violação ao direito fundamental à segurança, é perfeitamente possível encontrar na própria Constituição Federal princípios que dão sustentação ao emprego de certas técnicas invasivas da privacidade e da intimidade como

meios de prova, notadamente no princípio da proporcionalidade e no princípio da proibição de proteção deficiente.

## 7 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A ideia da proporcionalidade na atuação do Estado, principalmente quando em face do cidadão, atingindo-lhe a esfera de direitos, existe desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo artigo 8º prescrevia que *a lei não deve estabelecer outras penas que não as estrita e evidentemente necessárias*, do que se extraiu o princípio geral segundo o qual o Estado somente tem legitimidade para restringir a liberdade de seus jurisdicionados na medida em que tal limitação se mostre necessária para assegurar a liberdade e a segurança de toda a coletividade.

Dentro de um estado democrático de direito não se concebe ou se admite uma ação estatal que seja arbitrária, e há de se ter como tal toda atuação que limite de forma desnecessária ou com excesso as liberdades positivadas na Constituição. De se observar, porém, que a contrariedade ao princípio da proporcionalidade não está na existência de limitações às liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira geração), mas em limitações excessivas, certo, porquanto, que aquelas, em algum grau, a depender dos interesses em conflito e da situação concreta, são absolutamente justificáveis, até porque o contrário levaria à tese de que existiriam direitos fundamentais absolutos, ou seja, não passíveis de algum grau de limitação, tese essa absolutamente insubsistente. Apenas para ficarmos em dois exemplos, basta atentar para os incisos XI e XII, do art. 5º, da Constituição Federal, que trazem expressas limitações à inviolabilidade do domicílio e das comunicações telefônicas.

Na Alemanha, a proporcionalidade é considerada um princípio inerente ao estado democrático de direito, ganhando contornos de garantia básica e que deve ser observado praticamente em todos os casos em que há ou pode haver lesão ou restrição a direitos fundamentais.

Interessante a colocação feita por Anne Martins Vontobel acerca do caráter integrador do princípio da proporcionalidade, chamando atenção para seu emprego em situações de inexistência de lei, seja por força da falta de

atualização da legislação, seja porque os avanços sociais e tecnológicos não permitem que aquela os acompanhe:

O Princípio da Proporcionalidade não se apresenta unicamente como ponto de equilíbrio entre direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos, mas também, em certas situações conflitantes, como solução de caráter emergencial para as legislações desatualizadas e incompatíveis com os avanços sociais e tecnológicos.<sup>10</sup>

Porém, a atuação do Estado em face de direitos fundamentais do indivíduo, restringindo-o, para ser admitida como constitucional, necessita atender a três postulados ou subprincípios, quais sejam, o da *adequação*, o da *necessidade* e o da *proporcionalidade em sentido estrito*.

### 7.1 Subprincípio da adequação

A *adequação* (ou idoneidade, ou pertinência ou aptidão) diz com a relação de idoneidade entre a medida restritiva empregada e sua capacidade de atingir o fim almejado. Pode-se dizer que um determinado meio é adequado quando, em razão de sua utilização, torna-se possível atingir o fim desejado. Assim, na análise de uma situação hipotética, sempre que se pretender lançar mão de um determinado método ou meio invasivo da privacidade alheia para com isso alcançar a prova de um determinado fato, ter-se-á esse método como adequado se, e somente se, ele for efetivamente capaz de revelar a existência do fato de interesse. Se a resposta a essa indagação for negativa, nem mesmo se analisará a conformação aos demais subprincípios, posto que desnecessária, concluindo-se de imediato que a medida não atende ao princípio da proporcionalidade.

Porém, segundo FEITOZA (2007, p. 153-154), o subprincípio da adequação não se resume à idoneidade do meio para favorecer a obtenção do

---

<sup>10</sup> VONTOBEL, Anne Martins. *Algumas considerações acerca do Princípio da Proporcionalidade*. In [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YcuslYMc7aAJ:https://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/centro\\_de\\_estudos/doutrina/doc/principio\\_proporcionalidade.doc+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YcuslYMc7aAJ:https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/principio_proporcionalidade.doc+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Consultado em 14/03/2016.

fim almejado, sendo imprescindível, também, que esse fim seja *constitucionalmente legítimo*, sem o que não há se falar em adequação:

Portanto, primeiro, verificam-se qual fim a medida ou meio interventivo procura realizar e a legitimidade constitucional desse fim e, segundo, examina-se a relação entre o meio interventivo (legislativo, judicial ou administrativo) e o fim, para determinar se o meio favorece, de algum modo, a realização do fim.

Se o fim do meio interventivo é constitucionalmente ilegítimo ou se não há fim algum, o meio interventivo é arbitrário. A inadequação, no seu extremo, equivale, juridicamente, à arbitrariedade, pois pode-se dizer que o meio não é adequado a obter um fim constitucionalmente legítimo.

Se o fim ou finalidade do meio interventivo no direito fundamental é constitucionalmente legítimo, examina-se, em seguida, a adequação da relação meio-fim.

O mesmo autor (op. cit., p. 155), ao explicar em que consiste a legitimidade do fim, analisa as considerações de Bernal Pulido e Laura Clérico, salientando que *o fim pode não estar previsto, explícita ou implicitamente, na Constituição*, bastando, para ser legítimo, *que não esteja proibido, explícita ou implicitamente na Constituição*.

Mais adiante, ainda sobre o tema da legitimidade dos fins ou objetivos perseguidos por uma medida interventiva em direitos fundamentais, tratando especificamente da Constituição de 1988, FEITOZA salienta:

Numa perspectiva jurídico-dogmática, focalizando o ordenamento jurídico-brasileiro, vimos que a República Federativa do Brasil estabeleceu determinados objetivos fundamentais, que devem ser perseguidos e realizados (art. 3º, da CR). Em um esforço de síntese, diríamos que o objetivo-síntese fundamental é a realização da Justiça Social, ou, por outra leitura, a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana, como é possível se depreender do art. 3º (objetivos fundamentais), das epígrafes dos títulos I e II (princípios, direitos e garantias fundamentais), de referência expressa no texto constitucional (art. 170, caput – justiça social) e do próprio sistema de direitos e garantias da Constituição. Além disso, nossa República se constitui em Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput).

Sob essas primícias, não há como não reconhecer que o emprego das ações de busca e técnicas operacionais de inteligência visam nitidamente a um fim legítimo, qual seja, a identificação do autor, reunião de provas e

punição de quem tenha praticado crimes, mormente quando a atuação do agente que deverá suportar a medida interventiva tiver como consequência a contribuição para a violação de direitos fundamentais cuja preservação é um dever do Estado, especialmente o direito à segurança, havendo de se ponderar, ainda, que por essa afirmativa não se está sustentando que o emprego se fará sempre e sem limitações, pois há que se preservar, sim, o direito fundamental do investigado ou acusado, apenas não se podendo confundir mitigação desse direito (perfeitamente admissível, mormente porque não existem direitos fundamentais absolutos), com desrespeito ou violação. Além disso, a autorização do emprego desses meios irá depender, ainda, da verificação e conformação dos demais subprincípios.

E essa legitimidade é afirmada expressamente por BERNAL PULIDO, *apud* FEITOZA (op. cit., p 168), em duas regras:

Regra 21. Toda intervenção em um direito fundamental pode perseguir legitimamente, de forma mediata, a realização de um direito individual, de um bem coletivo ou de um bem jurídico garantido por um princípio.

Regra 22. Entre os princípios que podem constituir-se como fins mediatos das intervenções legislativas se encontram os direitos fundamentais, os demais princípios constitucionais e os chamados princípios constitucionais de segundo grau, sejam estes derivados de uma reserva de lei específica ou da reserva de lei geral de intervenção nos direitos fundamentais.

Nessa linha, identificados princípios ou direitos constitucionais que se procura tutelar quando se lança mão de ações interventivas em direitos fundamentais, tem-se como legítimas aquelas ações.

Assim, não se perdendo de vista que toda tipificação de conduta como crime tem por base um bem jurídico que o legislador entendeu por bem merecer tutela rigorosa, a ponto de determinar que os atentados contra esse bem sejam punidos com a privação da liberdade, é de se indagar, num primeiro momento, se o legislador constituinte erigiu à condição de direitos fundamentais aqueles bens jurídicos tutelados por determinadas normas incriminadoras. Se a resposta for afirmativa, mais facilmente reconhece-se como legítima a ação interventiva que visa, em última análise, a tutela daqueles



direitos fundamentais. Como exemplos, podem ser citados os crimes de homicídio, furto ou roubo, poluição do ar ou do solo, entre outros, os quais têm como bem jurídicos, respectivamente, a vida, a propriedade e o meio ambiente, todos eles erigidos à condição de direitos fundamentais.

Assim, pode-se afirmar que atenderá ao subprincípio da adequação o emprego da ação de busca ou técnica operacional que se mostre capaz de revelar a prova de um determinado crime (autoria, materialidade) cujo bem jurídico esteja erigido à categoria de direito fundamental.

## **7 Subprincípio da necessidade**

A necessidade – também chamada de intervenção mínima –, por sua vez, está relacionada ao grau de restrição ou de afetação do direito fundamental. De maneira genérica, pode-se afirmar que entre dois meios igualmente hábeis, portanto adequados, para atingir determinada finalidade, há que se optar sempre por aquele que menos lesão cause ao direito fundamental a ser afetado. Por exemplo, durante a investigação de um crime, havendo como revelá-lo – principalmente a autoria – com base no depoimento de testemunhas que se sabe tenham presenciado o fato, não se justifica, por exemplo, o emprego de uma interceptação telefônica por meio da qual se pretenderia demonstrar que o acusado é, efetivamente, o autor do delito.

Esse subprincípio está contido na Regra 35 de BERNAL PULIDO, apud Feitoza:

De acordo com o subprincípio da necessidade, toda medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna com o direito fundamental afetado, entre todas aquelas que tenham pelo menos a mesma idoneidade para contribuir a alcançar o objetivo proposto.

Ele está diretamente ligado à ideia da proibição de excesso e, como explica Feitoza (2007, p. 199), *obriga os órgãos do Estado a comparar as medidas restritivas aplicáveis que sejam suficientemente aptas para a satisfação do fim perseguido e a eleger, finalmente, aquela que seja menos lesiva para os direitos dos cidadãos.*

A nosso ver, o subprincípio da necessidade pode ser controlado pelo magistrado a quem for dirigido um pedido de emprego de determinada ação de busca ou técnica operacional não apenas a partir da ponderação entre o meio pretendido e outros eventualmente também eficazes e disponíveis, mas também, uma vez deferida a medida invasiva da privacidade ou da intimidade, com a definição de prazo para que esta perdure, aliado à determinação de que a autoridade responsável pela execução apresente relatório sobre a produtividade daquela de tempo em tempo, uma vez que essa medida pode auxiliar tanto no incremento da eficiência do órgão de investigação, quanto para fazer cessar eventuais abusos de forma rápida, podendo evidenciar, em situações de abuso, o descompasso entre a objetividade que deveria nortear a atuação do agente e o respeito ao direito fundamental do investigado.

Vale destacar que a Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, ao tratar da infiltração, além de dispor sobre o prazo para duração da diligência (art. 10, § 3º), dispõe sobre a apresentação de relatórios da atividade, o qual é obrigatório ao término da medida (§ 4º), mas que pode ser produzido com periodicidade por determinação da autoridade policial ou por requisição do Ministério Público (§ 5º), parecendo-me razoável que o próprio magistrado autorizador da medida possa determinar a apresentação desses relatórios de tempo em tempo, exatamente para aferir a eficiência da medida e poder controlar e prevenir de forma segura eventuais excessos, bem se podendo aplicar esse dispositivo, de forma analógica, para todas as hipóteses em que se admitirá o emprego de ações de busca da inteligência na produção de provas.

### **7.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito**

Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito, na lição de Feldens (2012, p. 158) é:

(...) entendido como princípio da justa medida, por meio do qual são pesadas as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins, esse exame sugere que o meio utilizado não pode se demonstrar

desproporcional (em concreto) em relação ao fim perseguido. A proporcionalidade em sentido estrito, pois, estaria a exigir um juízo concreto de ponderação, havendo de verificar-se a partir da constatação de que a gravidade da intervenção e suas razões justificadoras devem estar em adequada proporção, a indicar que as vantagens da promoção do fim superam as desvantagens da intrusão no âmbito do direito fundamental restringido.

Para BERNAL PULIDO, apud Feitoza (op. cit., 130), na proporcionalidade em sentido estrito *a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa.*

Nessa ponderação, não se deve perder de vista que existe uma natural contrariedade entre o exercício do *ius puniendi* e a tutela dos direitos fundamentais do investigado ou acusado, devendo ser lembrado, sempre, que, ainda conforme Feitoza (op. cit., p. 212-213):

(...) quanto mais intensamente se procura demonstrar a existência do fato delituoso e sua autoria (princípio instrumental punitivo), mais se distancia da garantia dos direitos fundamentais, quanto mais intensamente se garantem os direitos fundamentais (princípio instrumental garantista), mais difícil se torna a coleta e produção de provas que poderão demonstrar a existência do fato delituoso e sua autoria.

Na prática corrente dos casos concretos de grande repercussão na seara criminal brasileira, principalmente aqueles que envolvem rumorosos escândalos de corrupção e pessoas de alta projeção política ou empresarial como seus protagonistas, tem havido certa distorção na ponderação a ser feita diante daquele conflito, pois, não raras vezes, a pretexto de se defender criminosos, tem se confundido mera mitigação de um direito fundamental (perfeitamente admissível sob a ótica da constituição vigente), com aniquilação desse mesmo direito, não se importando o julgador, minimamente, com a certa constatação de que aqueles crimes (apesar de absolutamente graves e nocivos), em razão do alto grau de profissionalismo em sua prática e enorme rede de proteção em torno de seus protagonistas, jamais poderiam ser revelados senão pelo emprego de certas formas especiais de investigação e que trazem, sim, determinado grau de invasão da privacidade e intimidade alheia, sem o que seria impossível conhecer aqueles autores e identificar o

modus operandi e as provas dos crimes. A exceção a essa visão distorcida tem ficado, pelo menos até aqui – dezembro de 2015 –, quase que restrita aos processos da chamada Operação Lava Jato, onde, de forma mais equânime e justa, tem-se reconhecido que para aquele grau de profissionalismo e gravidade de crimes há que se admitir maior ingerência na esfera de direitos fundamentais do investigado em busca de provas.

Não estamos afirmando que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito restará atendido para justificar o emprego de determinada técnica de investigação invasiva de direitos fundamentais para apurar todo e qualquer crime, em toda e qualquer situação concreta, mas sim que essa proporcionalidade há de se reconhecida como presente, no mínimo, quando os crimes praticados têm como bem jurídicos tutelados direitos igualmente reconhecidos como fundamentais, quando o grau de invasão não implicar em aniquilação do direito, mas mera mitigação, passível de controle pelo poder judiciário, e especialmente quando demonstrada a falibilidade de outras técnicas de investigação na busca pela revelação de provas da autoria e materialidade dos delitos.

Uma defesa em sentido contrário poderá conduzir à ineficiência do Estado no exercício do *ius puniendi* e, mais gravemente, a uma verdadeira corresponsabilidade do Estado pela violação ao direito fundamental à segurança, especialmente diante da atuação de organizações criminosas – hoje cada vez mais comuns – que, além de serem responsáveis por enorme parcela dos crimes mais graves cometidos (especialmente o tráfico de drogas e a corrupção pública associada a desvios de recursos públicos e superfaturamento e obras e serviços), apresentam o maior grau de dificuldade na reunião de provas, notadamente pela forma como se organizam e atuam, com destaque para as técnicas de acobertamento de evidências, seja pela imposição da lei do silêncio, seja pelo emprego de técnicas especializadas de comunicação e de amplo acesso a outros recursos de ocultação, inclusive do produto dos crimes (lavagem de bens e capitais).

Na contramão daqueles que não veem ou não querem reconhecer essa ineficiência do Estado, é bom não perder de vista que ele tem o dever constitucional de proteção.

## 8 DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

Em sua origem, os direitos fundamentais eram tidos como direitos de defesa, pois eles representavam uma reação contra a ingerência frequente do Estado na vida privada do cidadão, sendo esta uma característica marcante do estado absolutista. Mas essa visão está intimamente ligada ao momento histórico então vivido, onde os atentados contra os direitos humanos emanavam essencialmente de fontes estatais, tendo aqueles a classificação de direitos fundamentais de primeira geração.

Contudo, na sociedade atual, as agressões aos direitos fundamentais não emanam apenas do Estado, mas também de entes privados, de modo que esses direitos ganharam contornos de defesa contra esses novos centros de poder.

Paralelamente, os direitos fundamentais adquiriram conteúdo jurídico-objetivo, passando a ser considerados princípios objetivos, do que decorre a obrigação do Estado de prover o necessário para que se concretizem efetivamente, a exigir deste, em consequência, ações positivas tanto no plano legislativo, ou seja, elaborando leis que tornem efetivos o reconhecimento, a garantia e a proteção daqueles direitos, como na aplicação do direito, ou seja, em decisões judiciais proferidas em casos concretos.

Assim se dá, por exemplo, na Alemanha, onde, segundo BALTAZAR JUNIOR (2010, p. 50-51), o Tribunal Constitucional Federal, em julgamento de 15 de janeiro de 1958, firmou o entendimento de que a Lei Fundamental estabeleceu para os direitos fundamentais uma *ordem objetiva de valoração*, daí derivando um reforço da força conformadora dos direitos fundamentais, nascendo a necessidade de que a dogmática se adaptasse ao surgimento dos direitos fundamentais sociais e à mudança do papel do Estado sempre a esses direitos, deixando a condição de prestação negativa para uma prestação positiva, de quem se passou a exigir uma posição atuante, principalmente no sentido de prover serviços ou de criar as condições ideais para que fossem prestados.

O Estado tem, então, o dever de garantir, de dar efetividade aos direitos fundamentais, e será chamado a mostrar eficiência nessa sua obrigação, principalmente quando o direito é lesado por um terceiro que não ele próprio; tanto assim que se reconhece a existência de um mandamento constitucional que proíbe o Estado de garantir uma proteção abaixo do mínimo para a preservação desses direitos fundamentais, daí dizer-se da proibição de proteção deficiente ou proibição de insuficiência.

Nesse sentido, diante de uma omissão do Estado ou de uma atuação ineficiente para prevenir e fazer cessar violações a certos direitos fundamentais, é perfeitamente possível reconhecer que o próprio Estado age de forma atentatória contra aquele direito fundamental, notadamente porque estaria violando um verdadeiro dever ou obrigação legal de agir. E é de se observar que essa obrigação atinge tanto o legislador, como o aplicador do direito, não podendo este, diante da omissão daquele ou da insuficiente proteção legislativa, deixar de proteger aquele direito fundamental e de preservá-lo ou restabelecê-lo.

Essa responsabilidade do Estado é muito clara no direito constitucional alemão, como nos ensina BALTAZAR JUNIOR (op. cit., 54):

A Lei Fundamental alemã não impõe, textualmente, em seu art. 1.1, um dever geral de proteção, mas tão somente um dever de proteção relativo à dignidade da pessoa humana nos seguintes termos, com destaque por minha conta: 'A dignidade da pessoa humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais'. Como o texto deixa claro, a obrigação do Estado não está limitada ao respeito à dignidade da pessoa humana no sentido negativo, estendendo-se ao dever de protegê-la contra agressões de terceiros, ou seja, particulares, empresas, grupos sociais ou Estados estrangeiros, ou seja, no sentido positivo. (grifos nossos)

Antes, ainda, o mesmo autor salienta que *os direitos fundamentais passam a ostentar uma função complementar, de assegurar a proteção os bens jurídicos de direito fundamental contra agressões de terceiros não estatais, por meio da tomada de medidas legislativas e operacionais, em casos*

*nos quais a omissão do legislador tem praticamente a mesma qualidade de uma intervenção indevida*<sup>11</sup>.

É bem verdade, como dito pelo autor, que a lei fundamental alemã não impõe textualmente um dever geral de proteção ao Estado. Mas isso não impediu que a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha criasse a teoria da proibição de insuficiência, sendo pioneira decisão sobre o aborto, proferida em 25 de fevereiro de 1975, em que se decidiu:

O dever de proteção do Estado é abrangente. Ele proíbe não apenas – por certo – agressões imediatas por parte do Estado à vida em desenvolvimento, mas requer também que o Estado proteja e estimule a vida, o que quer dizer, sobretudo, proteja-la contra agressões antijurídicas por parte de terceiros.

Novamente, sobre o mesmo tema, em 28 de maio de 1993, o mesmo tribunal decidiu:

O estado deve adotar medidas normativas e de ordem fática suficientes para o cumprimento do seu dever de proteção, que conduzam a uma proteção adequada e efetiva (proibição de insuficiência), com a consideração dos bens jurídicos em colisão. Para isso é necessário um conceito de proteção que combine medidas preventivas e repressivas.

E esse dever de proteção por parte do Estado viria a ser reconhecido na Alemanha por ocasião de outros julgados, entre os quais aqueles que tinham como pano de fundo a defesa contra o terrorismo e a proteção do meio ambiente em relação a centrais nucleares.

Sendo o Estado o destinatário do dever de proteção, é o legislador aquele que detém a primeira incumbência nessa função, devendo disponibilizar ao Judiciário as leis necessárias para que este atue diante de atentados aos direitos fundamentais, competindo a esse último, à vista daquele atentado, fazer que seja cessado, impondo a quem de direito a justa sanção pelo ilícito praticado.

Todavia, é perfeitamente possível, na prática, que o legislador seja omissivo, não prevendo em lei os mecanismos necessários para fazer cessar os atentados ou ameaças contra o direito fundamental, hipótese em que o

---

<sup>11</sup> Op. cit., p. 53.



Judiciário deverá agir em favor daquela defesa, não lhe sendo autorizado deixar de agir ou decidir contra aquela proteção, sob pena de aniquilamento do direito. Em situações tais, é de todo esperado que o Judiciário decida conforme o princípio da proporcionalidade.

Pois bem. No exercício da atividade jurisdicional voltada para o combate à criminalidade, não é em relação aos crimes passionais, aos crimes praticados por impulso, aos crimes de menor potencial ofensivo que o Estado encontra sua maior e primeira dificuldade em prestar a devida tutela jurisdicional, qual seja, a reunião de provas sobre o delito e sua autoria, mas sim em relação aos crimes que envolvem grande e complexa estrutura em sua idealização e execução, onde há principal cuidado e atenção do delinquente em dificultar ao máximo a reunião provas sobre sua prática e, principalmente, identificar todos os autores que compõem essa complexa estrutura criminosa. Tamanha preocupação dos criminosos em bem aparelhar sua atividade, emprestando-lhe roupagem de uma típica indústria ou empresa do crime, logicamente, está sempre ligada à alta lucratividade da atividade criminosa; daí ser bastante comum essa estruturação em redes que envolvem o tráfico de drogas, o tráfico de mulheres e sua conseqüente exploração sexual, a corrupção de agentes públicos, sendo esta intimamente ligada ao monopólio ou formação de cartel de algumas empresas para explorar atividades decorrentes de concessão pública ou de contratação com o poder público, entre outros.

Para esse tipo de criminalidade, não se pode esperar que a reunião de provas sobre sua atuação venha a depender do depoimento de testemunhas, pois estas são quase sempre inexistentes (quem conhece os meandros e detalhes do crime praticado, via de regra, são única e exclusivamente seus próprios protagonistas, especialmente quando esses crimes não tem uma vítima direta, como ocorre com os casos de corrupção), ou, se existentes, via de regra são desincentivadas a não revelar o que sabem, sob pena de pagar um alto preço, principalmente a própria vida ou a de um familiar.

Por outro lado, é imprescindível que haja um rigoroso e efetivo combate a essa espécie de criminalidade, pois ela é altamente perniciosa e muito compromete a eficiência de serviços públicos e principalmente a segurança coletiva.

Nesse sentido é que entendemos que, a despeito da inexistência de lei formal dispondo sobre as técnicas operacionais de inteligência e ações de busca como meios de prova no processo penal<sup>12</sup>, bem se pode reconhecer a legalidade e constitucionalidade de seu emprego quando esta for precedida de decisão judicial devidamente fundamentada e de uma justa ponderação da situação fática, embasada principalmente no princípio da proporcionalidade e na proibição de proteção deficiente.

De se observar que não estamos defendendo o emprego das técnicas operacionais ou das ações de busca da inteligência de forma discriminada, mas, ao contrário, com o devido e possível amparo constitucional, dentro de um estado democrático de direito, sendo oportuno lembrar que, segundo NUCCI, *o Estado deve respeitar os direitos do indivíduo, mas precisa também limitá-los, em nome da democracia, pois, para manter o equilíbrio entre o direito isolado de um cidadão e o direito à segurança da sociedade, é preciso um sistema de garantias e limitações*<sup>13</sup>; e nesse papel, é fundamental que *o Estado saiba dosar o quanto invade a esfera de liberdade individual em nome da segurança social e o quanto precisa limitar o direito individual para não ferir o coletivo* (KAL LOWESNSTEIN, apud NUCCI).

---

<sup>12</sup> Vale destacar, porém, o recentíssimo Projeto de Lei nº 3578/2015, de autoria da Deputada Federal Jô Moraes, de Minas Gerais, que, finalmente, além de dispor sobre os procedimentos, penalidades e controle judicial do uso de meios e técnicas sigilosos de ações de busca de informação pela atividade de inteligência de Estado, no âmbito da Agência Brasileira de Inteligência, ainda traz, no artigo 38, a expressa admissibilidade de seu emprego como meio de obtenção de provas, estando o dispositivo assim redigido:

*Art. 38. No enfrentamento a crimes ou ilícitos graves, o disposto nesta Lei aplica-se, no que couber, aos órgãos de inteligência de natureza executiva, como inteligência de segurança pública, inteligência ministerial, inteligência fiscal, inteligência penitenciária e inteligência de controle, no âmbito específico de suas atribuições e sujeitos às próprias limitações constitucionais e legais, inclusive quanto às respectivas reservas de jurisdição.*

<sup>13</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

Na mesma linha, pode-se encontrar fundamento para esse raciocínio na lição de ALEXANDRE DE MORAES, *apud* Alessandro Moretti<sup>14</sup>, para quem:

(...) os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Essa lição bem pode ser empregada, portanto, para reconhecer que para preservação ao direito fundamental da segurança é possível autorizar o emprego de técnicas operacionais de inteligência e ações de busca contra aqueles que estejam se escudando no direito à intimidade e à vida privada para praticar e acobertar a prática de crimes graves e altamente nocivos diretamente a toda uma coletividade, normalmente praticados por uma organização criminosa (mas não necessariamente), conquanto haja previa autorização judicial e controle, principalmente para também assegurar que esse emprego se faça com respeito à da dignidade da pessoa humana, evitando-se práticas que poderiam implicar em verdadeiro aniquilamento do direito fundamental daquele que é atingido pela ação estatal.

---

<sup>14</sup> MORETTI, Alessandro. *Inteligência no Combate ao Crime Organizado*. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu de Especialização em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública com Inteligência Competitiva, oferecido pela Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais em parceria com o Centro Universitário Newton Paiva. Belo Horizonte: 2009.

## 9 EMPREGABILIDADE PRÁTICA DAS AÇÕES DE BUSCA E TÉCNICAS OPERACIONAIS NA PRODUÇÃO DE PROVAS

Das ações de busca de que trata a DNISP 2009 (reconhecimento, vigilância, recrutamento operacional, infiltração, desinformação, provocação, entrevista, entrada e interceptação de dados e sinais<sup>15</sup>), as únicas de que o direito processual penal brasileiro trata especificamente, disciplinando-as como meios de prova, são a infiltração, a entrada (sob a denominação de busca e apreensão) e a interceptação de dados e sinais.

A busca e apreensão (ou entrada) tem seus requisitos de admissibilidade como meio de prova previstos na Constituição Federal, artigo 5º, XI, e no Código de Processo Penal, artigo 240 e seguintes, e depende de prévia autorização judicial, bem como demonstração de indícios de autoria da infração penal, não havendo exigências legal ou constitucional acerca da gravidade do delito investigado, podendo este ser punível até mesmo com simples multa (contravenção penal).

Por sua vez, em relação à interceptação de dados e sinais, é preciso ter em foco, primeiramente, que a DNISP não trata, dentro dessa expressão, da interceptação telefônica, dado que, por força de disposição constitucional, essa ação de busca não é admissível na atividade de inteligência (CF, art. 5º, XII). Por outro lado, a lei disciplina de forma expressa apenas a interceptação telefônica, de informática e telemática, condicionando sua admissibilidade

---

<sup>15</sup> Importante destacar, ainda, que o Projeto de Lei nº 3578/2015 prevê especificamente essas e outras ações de busca, fazendo-o no artigo 2º, assim redigido:

Art. 2º. É permitido o uso dos seguintes meios e técnicas sigilosos de ações de busca de informação pela atividade de inteligência de Estado:

I – entrevista;

II – recrutamento operacional;

III – infiltração;

IV – entrada;

V – reconhecimento;

VI – vigilância;

VII – interceptação ou captação de imagens, dados ou sinais, ambientais ou não ambientais; VIII – emprego de meios eletrônicos;

IX – estória-cobertura.

§ 1º. Poderão, ainda, ser utilizados outros meios e técnicas sigilosos que sejam inerentes às atribuições da atividade de inteligência de Estado.

também à previa autorização judicial, devidamente fundamentada, e desde que haja suficientes indícios da prática de crime punível com pena de reclusão (não se admite a interceptação telefônica para crimes puníveis com detenção ou para contravenções penais), além da necessidade de o juiz se convencer de que não há outros meios de prova menos invasivos, mas tão ou mais eficientes na coleta da prova. Nesse sentido, Lei nº 9.296/1996, art. 2º.

Por fim, a infiltração, que era disciplinada na Lei n. 9.034/1995, e de que agora trata a Lei n 12.850/2013, sendo interessante notar que houve um verdadeiro retrocesso legislativo no que diz com a admissibilidade desse meio de investigação, facilitando ainda mais a impunidade reinante na criminalidade do tipo organizada. Isso porque a Lei n. 9.034/1995 admitia o emprego da infiltração na investigação de crimes praticados por quadrilhas ou bando (atualmente: associação criminosa, tipificado no artigo 288 do Código Penal), além de organizações criminosas (embora àquela época não houvesse uma definição legal, reconhecendo-se como aplicável aquela prevista na Convenção de Palermo ou Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organização Transnacional, de 2004<sup>16</sup>), além de facultar que o infiltrado tanto fosse um agente policial quanto um agente de inteligência, ao passo que a Lei nº 12.850/13, além de eliminar a possibilidade de emprego do agente de inteligência como infiltrado, ainda circunscreveu a infiltração a investigações de crimes praticados por organização criminosa, entendida como tal – em vista da tipificação agora estatuída – *somente a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas*

---

<sup>16</sup> Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

- a) "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;
- b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;
- c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;

*penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (art. 1º, § 1º) .*

Excluídas as três ações de busca acima referidas, não se encontra na legislação processual brasileira disposições (constitucionais e legais) acerca de meios de investigação ou meios de obtenção de prova que se aproximem ou se identifiquem com o reconhecimento, a vigilância, o recrutamento operacional, a desinformação, a provocação e a entrevista, e muito menos acerca das técnicas operacionais de inteligência, muito embora algumas dessas últimas possam ser de fundamental utilidade no esclarecimento de crimes e respectiva autoria, com especial destaque para a estória cobertura e o disfarce.

A despeito dessa ausência de legislação expressa, como vimos há pouco, é possível sustentar sua empregabilidade e, do ponto de vista prático, é importante ter em foco que algumas dessas técnicas podem ser imprescindíveis no sucesso para a obtenção de provas, notadamente a entrevista, o recrutamento operacional e a estória-cobertura, técnicas essas que, conjugadas e bem executadas, podem ser tão eficazes quanto os resultados esperados em uma infiltração bem sucedida, com a especial utilidade de não ser tão exposta a riscos como é a infiltração (tanto para o agente quanto para o órgão).

É de se observar, por exemplo, que a infiltração somente é admissível na legislação processual penal brasileira para investigação de organizações criminosas. Trata-se, porém, de um meio de prova que, em si, para que seja bem executado (seja no tocante à eficiência na obtenção de provas, seja na preservação da identidade e integridade física e vida do agente infiltrado) necessita do emprego conjugado de outras técnicas especializadas, próprias da atividade de inteligência, notadamente o reconhecimento, a desinformação, a vigilância, a provocação, a entrevista e, a depender da situação concreta, até mesmo o recrutamento operacional.

Considerando que a restrição legal incide somente sobre a infiltração, não há como reconhecer uma cláusula de vedação em lei para o emprego dessas demais ações de busca como meios de prova.

E na prática, tanto quanto a infiltração – mas com riscos bem menores – essas ações especializadas podem ser muito eficazes na obtenção de provas em si, não de meras informações.

Tome-se como exemplo hipotético e perfeitamente plausível de ocorrência prática situação em que um determinado órgão ou agência encarregado de investigar crimes de estelionato que vem sendo praticados em uma determinada região com alguma frequência depare-se com a informação de que um dos suspeitos está em busca de novos parceiros para a prática do crime.

A situação pode recomendar que se empregue a vigilância sobre o suspeito para identificar pessoas com as quais mantenha contato.

Dessa vigilância pode resultar a identificação de uma pessoa que aparenta ter acesso a informações importantes sobre o suspeito e, conseqüentemente, talvez seja importante se aproximar desse terceiro em uma situação propícia e, durante essa aproximação, usar de técnica de entrevista e provocação que permitam obter a informação, por exemplo, de que o suspeito ira se encontrar em determinado local, com certas pessoas, a fim de tratar de assuntos que possam ter relação com os crimes.

A partir desse momento, tem-se acesso a informação que indique grande probabilidade de que nessa reunião colham-se provas dos crimes praticados.

Mediante prévia autorização judicial – devidamente informado, o magistrado, de todas as informações obtidas até ali, seja por relatório escrito, seja por declarações do responsável pelas investigações –, é factível que o órgão de investigação, por meio de agente treinado, usando de estória cobertura e desinformação, tenha acesso ao local do encontro (cuidando-se de local privado, a decisão judicial pode lhe conferir autorização para emprego da entrada). Uma vez no local e sentado junto aos demais suspeitos (usando

como estória cobertura, por exemplo, a pretensão de também tomar parte nos crimes), o agente, devidamente munido de equipamento de gravação de áudio e vídeo, pode captar toda a conversa, bem como a imagem das pessoas, bem podendo servir o som e as imagens como provas, e com a garantia de que esses recursos permitiram perfeito controle sobre os atos do agente, inclusive para, se o caso, reconhecer eventual abuso que possa determinar a perda de valor da prova.

É natural esperar – diante de uma eventual autorização judicial de emprego dessas técnicas especializadas – questionamentos de ordem processual, notadamente acerca do respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Bem por isso, parece-me de todo recomendável e perfeitamente possível, diante dos recursos tecnológicos hoje existentes, que a captação das provas seja sempre realizada com gravação de áudio e vídeo (preservado o sigilo de identidade dos agentes executores da medida), posto que isso não apenas garantirá a autenticidade e exatidão do dado ou informação captada, como ainda evitará a alegação de que a conclusão feita pelo órgão de acusação ou de investigação baseia-se em mera interpretação pessoal, aproximando-se, portanto, ao máximo, da verdade real buscada no processo penal.



## 10 CONCLUSÃO

A atividade de inteligência comunga com a investigação criminal a busca por dados para compor um conhecimento sobre uma determinada realidade de interesse. A primeira tem por objetivo munir o tomador de decisão, seja um chefe de Estado ou de governo, ou secretário de segurança pública, do maior, mais preciso e confiável leque de informações sobre a situação ou cenário existente ou que se projeta existir, a fim de garantir a melhor decisão a ser tomada, enquanto que a segunda visa à obtenção de dados que revelem a ocorrência de um fato criminoso, suas circunstâncias e seu protagonista, tendo como destinatário a autoridade policial e o promotor de justiça num primeiro momento e, por fim, o juiz, no exercício da atividade de persecução criminal.

Esses dados de interesse podem estar depositados em uma pessoa, em um documento, em um objeto, ou em um local, os quais são chamados de fontes de dados na atividade de inteligência, e fontes de prova na atividade de persecução criminal.

Outro elemento comum entre a atividade de inteligência e a persecução criminal é que, não raras vezes, ao menos uma parte desses dados de interesse não está acessível de forma aberta ou direta, sendo natural a existência de certas formas de oposição, de barreira, à revelação do dado, havendo verdadeira negativa de acesso àquele por seu detentor ou guardião, com a colocação das mais diversas formas de bloqueio à informação. Nessas situações, é essencial lançar mão de determinadas técnicas para se ter acesso àqueles dados, as chamadas técnicas operacionais e ações de busca na atividade de inteligência, de que são exemplos a estória-cobertura, o recrutamento, a vigilância, a fotografia operacional, a entrevista, a entrada, a interceptação de sinais e de dados, o disfarce, a observação-memorização-descrição, a leitura de fala, a escuta ambiental, o reconhecimento.

No campo da persecução criminal, essa negativa de acesso a dados imprescindíveis ao exercício do *ius puniendi* irá determinar a necessidade de emprego de meios de obtenção de prova que necessariamente entram em

conflito com direitos fundamentais do suposto autor do crime, especialmente a privacidade e a intimidade, sendo, pois, meios de prova invasivos.

Essa invasão da privacidade e da intimidade, em algumas situações, é expressamente autorizada pelo ordenamento pátrio, inclusive por normas constitucionais, de que são exemplo os incisos XI e XII, do art. 5º, da CF, que prescrevem num primeiro momento a inviolabilidade da residência e da comunicação telefônica, para logo em seguida admitir o ingresso na primeira e a interceptação da segunda à revelia da vontade do titular do direito, conquanto haja expressa e prévia autorização judicial em ambos os casos, e nos estritos termos de lei e exclusivamente para fins de investigação criminal ou instrução processual no segundo.

Outros exemplos previstos em lei, em que o direito à privacidade e à intimidade são mitigados para que se possibilite o exercício do direito de punir pelo Estado estão nas medidas cautelares de afastamento de sigilo bancário e fiscal, de que tratam, respectivamente, a Lei Complementar nº 105/2001, art. 1º, § 4º, e o Código Tributário Brasileiro, art. 198, § 1º.

Todavia, não é sinônimo de meio de prova lícito, exclusivamente, o meio de prova cuja admissibilidade e forma de obtenção estejam expressamente reguladas em lei formal, posto que no direito processual brasileiro vigora o princípio da liberdade das provas. Isso não quer dizer, obviamente, que todo e qualquer meio de prova é admissível em direito, na medida em que a própria Constituição veda aquelas obtidas por meio ilícitos (CF, art. 5º, LVI). Queremos com isso dizer, apenas, que a não previsibilidade de um dado meio de prova em lei em sentido formal não pode implicar, por si só, na conclusão de que aquele meio é ilícito.

O mesmo se deve afirmar acerca da não-referência pela Constituição de meios específicos de prova, dado não ser ela o repositório legal próprio para disposição e regulamentação dos meios de prova. Aliás, fosse, haveria de se admitir como lícitos apenas os meios de provas nela expressamente referidos e, nesse sentido, seriam ilícitas, a bem da verdade,

toda prova testemunhal, pericial ou documental, já que referência alguma há a qualquer desses meios de prova no texto constitucional.

Estabelecida essa premissa, é razoável concluir que a não previsibilidade em lei de certas técnicas operacionais como meios de prova não determina, por si, a ilegalidade do emprego daqueles. E isso vale, por exemplo, para a estória-cobertura, o recrutamento, a vigilância, a fotografia operacional, a entrevista, a entrada, o disfarce, a observação-memorização-descrição, a leitura de fala, a escuta ambiental, o reconhecimento.

A licitude de um meio de prova guarda relação direta com o respeito aos direitos fundamentais do investigado ou acusado, o que, obviamente, não se traduz em não-ingerência naqueles direitos, pois é certo que não existe direito fundamental absoluto, máxime quando, a pretexto de se defende-lo, é ele usado, a bem da verdade, para cometer ou acobertar a prática de graves violações a direitos fundamentais igualmente tutelados pela constituição e de que são titulares determinado indivíduo ou toda uma coletividade. Nesse particular, é bom não perder de vista que a vida, a segurança e a propriedade, bens jurídicos frequentemente violados por ações criminosas, também se inserem no rol dos direitos fundamentais. Bem por isso que o próprio constituinte cuidou já de, em alguns dispositivos, mitigar aquela liberdade, assim o fazendo, por exemplo, exatamente nos incisos XI e XII.

Ocorre que há de se admitir a mitigação do direito fundamental à privacidade e à intimidade em situações outras, embora excepcionais, em que tal se faça necessário para obtenção de provas acerca de determinado fato criminoso e conseqüente punição do autor do crime, extraíndo-se o comando normativo que irá autorizar essa mitigação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da proibição de proteção insuficiente.

Na doutrina alemã, direitos fundamentais têm dupla dimensão: uma subjetiva, de cunho individualista, e outra objetiva, que expressa os valores da comunidade, e para a efetiva realização desses direitos fundamentais há que se harmonizar os interesses individuais com os interesses da coletividade. E é na dimensão objetiva dos direitos fundamentais que incide o princípio da

proporcionalidade, o qual, para o Tribunal Constitucional Alemão, é constituído de dois pressupostos, dois requisitos extrínsecos e três requisitos intrínsecos. O primeiro pressuposto é o formal, e se constitui pelo princípio da legalidade (toda medida restritiva de direito fundamental deve estar prevista em lei). O segundo pressuposto é o material; deve haver uma justificação finalística (toda medida de restrição a direito fundamental precisa ter em vista a consecução de fins legítimos). O primeiro requisito extrínseco é a judicialidade (toda ingerência no direito fundamental deve ser autorizada por um órgão judicial). O segundo requisito é o da motivação suficiente (a decisão de limitação do direito fundamental deve ser devidamente fundamentada e justificada). O primeiro requisito intrínseco é a adequação ou pertinência ou idoneidade (conformidade do meio à sua finalidade; correspondente à constatação do meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público). O segundo é a necessidade, indispensabilidade ou escolha do meio menos invasivo (a medida não há de exceder aos limites indispensáveis à consecução do fim legítimo a que se destina; se houver outro meio igualmente eficaz para atingir o fim e menos invasivo, esse deverá ser preconizado). O terceiro é o da proporcionalidade em sentido estrito (deve haver uma proporcionalidade entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido pela restrição ao direito).

Por sua vez, o princípio da proibição de proteção deficiente (garantismo positivo) assenta-se na máxima segundo a qual o Estado também tem o dever de tutelar o direito fundamental à segurança, não podendo abrir mão de aplicar a pena por determinado crime praticado, devendo, ao contrário, lançar mão de todos os recursos hábeis e legítimos para identificar o autor, reunir provas da autoria e da materialidade e aplicar a justa punição.

Assim, concluímos que, amparado na aplicação dos princípios da proporcionalidade e da proibição de proteção deficiente, é admissível o emprego de técnicas operacionais de inteligência como meios de obtenção de provas à vista de situações excepcionais, notadamente diante de atuação de criminalidade organizada ou, ainda que não evidenciada a organização criminosa, quando o crime for suficientemente grave e quando o empregado de

outros meios de prova não se fizerem suficientes para o esclarecimento da verdade. De toda sorte, ainda quando se decida pela admissibilidade, esse emprego deverá ser precedido de decisão judicial suficientemente fundamentada.

## REFERÊNCIAS

Alain Kirk Silva e outros in <http://bsidh.blogspot.com.br/2012/05/influencia-da-constituicao-de-weimar-na.html>

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crime organizado e proibição de insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRANDÃO, Priscila Carlos e outros. *Inteligência de Segurança Pública – teoria e prática no controle da criminalidade*. Niterói: Impetus, 2013.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal – a Constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Atividade de Inteligência e legislação correlata*. Niterói: Impetus, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DIÓGENES JUNIOR, José Eliaci Nogueira, in [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750), acessado em 19/10/2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013.

MORAIS, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

MORETTI, Alessandro. *Inteligência no Combate ao crime organizado*. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu de Especialização em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública com Inteligência Competitiva, oferecido pela Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais em parceria com o Centro Universitário Newton Paiva. Belo Horizonte: 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 5ª edição. Niterói: Impetus, 2008.

PACHECO, Denilson Feitoza. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. *Processo Penal Garantista e Repressão ao Crime Organizado. A legitimidade constitucional dos novos meios operacionais de investigação e prova diante do princípio da proporcionalidade*. Tese de mestrado na PUC/SP, 2006.

RODRIGUES, João Gaspar. *Segurança Pública e Comunidade – alternativas à crise*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOARES, Luiz Eduardo. Segurança municipal no Brasil – sugestões para uma agenda mínima, in: João Trjano Sento-Se (org.), *Prevenção da violência: o papel das cidades*, RJ: Civilização brasileira, 2005.

VONTOBEL, Anne Martins. *Algumas considerações acerca do Princípio da Proporcionalidade*. In

[https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YcuslYMc7aAJ:https://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/centro\\_de\\_estudos/doutrina/doc/principio\\_proporcionalidade.doc+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YcuslYMc7aAJ:https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/principio_proporcionalidade.doc+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br).

Consultado em 14/03/2016.