

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA E SUA RELATIVIZAÇÃO PELA INFILTRAÇÃO POLICIAL

Pablo Almeida de Barros Pereira

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, servidor público, especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelas Faculdades Curitiba, especialista em Ministério Público e Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná e aluno de Pós-Graduação lato sensu em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná.

RESUMO

O trabalho a seguir consiste em uma revisão bibliográfica acerca das teorias de direitos fundamentais com o objetivo de delimitar o campo de abrangência destes direitos constitucionalmente garantidos – da inviolabilidade da intimidade e da vida privada –, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em situações em que o cidadão é suspeito de integrar uma organização criminosa. Por imperativo de ordem metodológica, esclarece-se o que os juristas entendem por crime organizado e qual o seu tratamento pelo direito internacional, pela legislação infraconstitucional e pelas obras acadêmicas que discorrem sobre o tem. A análise ingressa na questão processual penal com o objetivo de explicar os usos, características e hipóteses legais da infiltração policial, a partir de sua conceituação doutrinária e de seu regramento legal no plano internacional e nacional. Por fim, são expostas as possibilidades de atuação do sistema penal, submetido ao controle judicial, dentro das restrições – confrontadas com as considerações de teóricos do Direito Constitucional – que o Estado pode impor aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: direitos fundamentais; crime organizado; infiltração policial.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira tem como uma de suas características a relevância atribuída aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, oponíveis ao Estado.

O Poder Constituinte revestiu os direitos fundamentais, previstos na Constituição que marcou a chamada redemocratização do Brasil, de significativa proteção jurídica.

A liberdade, a vida e a segurança constam das garantias elencadas no caput do artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa Brasileira, promulgada em 1988. Gozam, portanto, estes bens jurídicos, do abrigo constitucional. Adiante, no inciso X deste mesmo artigo, há a previsão da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, bem como da honra e da imagem.

Este artigo se propõe a opor, de um lado, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e, de outro, a infiltração policial. As primeiras gozam de fundamento constitucional, a segunda é meio especial de investigação, previsto nas Leis Nº 11.343/06 e 12.850/13.

O método, qualitativo, é a revisão bibliográfica; partindo das teorias dos direitos fundamentais de doutrinadores dedicados ao tema, como ALEXY, CANOTILHO e SARLET; segue-se a busca pela delimitação do conceito de organização criminosa e sua posição no ordenamento jurídico brasileiro para, ao final, à luz do princípio da proporcionalidade, confrontar a inviolabilidade da intimidade e da vida privada com o método especial de investigação criminal.

2 DIREITO FUNDAMENTAL: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

Em seu artigo 5º, onde concentra boa parte dos direitos e garantias do cidadão, a Constituição Federal de 1988 preceitua:

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:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Nota-se, neste mesmo artigo 5º da Constituição Federal, inciso XII, há a previsão da inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, mas é feita uma ressalva pelo Constituinte. Vejamos:

Art. 5º (...)

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; (...)

É notável o tratamento diverso que o constituinte deu, de um lado, à vida privada e à intimidade, de outro, do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e de comunicações telefônicas.

No caso da vida privada e da intimidade, não houve uma ressalva constitucional a respeito da inviolabilidade. No caso do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas, a ressalva está presente.

Como tratar, então, da hipótese de um método especial de investigação criminal, previsto na legislação processual penal, quando este adentra à esfera da intimidade e da vida privada do investigado? De início é preciso delimitar o conceito de direito fundamental e suas consequências.

É sabido que há uma pluralidade de termos utilizados sinonimamente, mas, como já defendido na doutrina¹⁸¹, por uma otimização de ordem técnico-jurídica, os sinônimos usados indiscriminadamente para fazer referência aos direitos fundamentais serão evitados.

Dentre os critérios utilizados para conceituar e delimitar os Direitos fundamentais, o critério formal é considerado por Robert Alexy como mais adequado no contexto da Constituição alemã. Deste critério resulta que “são disposições de direitos fundamentais, em primeiro lugar, todas as disposições do capítulo da Constituição alemã intitulado ‘Os Direitos Fundamentais’(arts. 1º a 19), independentemente daquilo que por meio delas seja estabelecido”.¹⁸²

Ingo Sarlet, na mesma linha, em sua obra sobre o tema, defende que “os direitos fundamentais, convém repetir, nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados, e é sob este

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 33-34.

¹⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2011. p. 68.

ângulo (não excludente de outras dimensões) que deverão ser prioritariamente analisados ao longo deste estudo.”¹⁸³

Mais adiante, Sarlet redige um conceito mais detalhado de direito fundamental:

(...) Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).¹⁸⁴

A utilização do critério formal no contexto da Constituição vigente no Brasil, certamente colocaria os direitos arrolados no art. 5º da nossa Lei Maior dentre os direitos fundamentais, sem menosprezo do que preceitua o § 2º deste artigo 5º.¹⁸⁵

Sem negar a importante ligação da dignidade da pessoa humana¹⁸⁶ com os demais direitos fundamentais e as reflexões acerca de como e em que medida se dá essa influência, e sem negar a existência de direitos fundamentais em outros dispositivos, conforme previsão constitucional, o critério formal servirá de marco teórico neste estudo.

Inserto neste conceito de direito fundamental norteado pelo critério formal e pelo plano de sua positivação (constitucional), está o direito de defesa (*Abwehrrecht*), como espécie de direito fundamental. Para Canotilho, “um direito fundamental de defesa é um *direito* cujo conteúdo se traduz

¹⁸³ SARLET, op. cit., p. 42.

¹⁸⁴ Ibid., p. 91.

¹⁸⁵ “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

¹⁸⁶ SARLET, op. cit., p. 85.

fundamentalmente em exigir que o próprio Estado (poderes públicos) se abstenha de intervenções coativas na esfera jurídica do particular”¹⁸⁷.

Situar cronologicamente os chamados direitos de defesa não foi tarefa difícil para a doutrina. Há relativo consenso de que a primeira geração de direitos fundamentais, pertinentes ao começo do constitucionalismo que se desenvolveu no Ocidente, tem em seu bojo os direitos de defesa. Sobre o sito histórico, Paulo Bonavides escreveu:

Os direitos de da primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como facultades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.¹⁸⁸

Estes direitos de defesa, conforme Robert Alexy, são divisíveis em três tipos:

Os direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas (direitos de defesa) podem ser divididos em três grupos. O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas *ações* do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas *características* ou *situações* do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas *posições jurídicas* do titular do direito.¹⁸⁹

Discorrendo sobre o segundo grupo, Robert Alexy usa a inviolabilidade do domicílio como exemplo e chega ao seguinte enunciado: “(7) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não afete a característica *A* (a situação *B*) de *a*.”¹⁹⁰ A exemplo da inviolabilidade do domicílio, as inviolabilidades da vida privada e da intimidade constituem uma situação que exige abstenção do Estado.

As inviolabilidades da intimidade e da vida privada constam do Capítulo I do Título II da Lei Maior brasileira. Este Título II intitula-se “Dos

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal; Editora Coimbra, 2008. p. 76.

¹⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 563-564.

¹⁸⁹ ALEXY, op. cit., p. 196.

¹⁹⁰ Ibid., p. 199.

Direitos e Garantias Fundamentais”, de modo que, salvo melhor juízo, é de direito fundamental a natureza jurídica dos direitos ali elencados.

Uma vez definidas como direitos fundamentais segundo o critério formal, as inviolabilidades da intimidade e da vida privada devem, então, ter seu objeto e alcance delimitados.

3 DIREITO À INVIOABILIDADE DA VIDA PRIVADA E DA INTIMIDADE

Os direitos à inviolabilidade da vida privada e da intimidade têm guarida no ilustre rol do art. 5º da Constituição cidadã. É indubitável que se trata de dois direitos. A doutrina, em geral, não menciona um caráter principiológico destes direitos, figurando apenas como direitos fundamentais. Seguindo o pensamento de Paulo Bonavides, não são “garantias constitucionais”, vez que na acepção estrita de garantia constitucional, esta tem o condão de “(...) estabelecer uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma.”¹⁹¹

A fundamentalidade formal pertinente aos direitos à inviolabilidade da vida privada e da intimidade reside na sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁹², uma vez que a violação daqueles implica numa violação desta.¹⁹³

Em obra de Alexandre de Moraes encontramos alguns esclarecimentos acerca destas inviolabilidades. Para este Autor, a intimidade encontra-se no âmbito de incidência da vida privada. A vida privada “envolve todos os relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações

¹⁹¹ BONAVIDES, op. cit., p. 533.

¹⁹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 53.

¹⁹³ Ibid., p. 53.

comerciais,, de trabalho, de estudo etc.”¹⁹⁴, enquanto a intimidade envolve relações subjetivas de maior intimidade, como família e amizades.¹⁹⁵

Diverso é o posicionamento de José Afonso da Silva, para quem a vida privada abrange o que chama de vida interior – a faceta oposta à vida externa, referente à relações sociais e atividades públicas – e refere-se às relações com família e amigos.¹⁹⁶ A divulgação e a investigação seriam os atentados emblemáticos à vida privada.¹⁹⁷

Com relação à intimidade, José Afonso da Silva entende que esta abrange a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e o segredo profissional, que se desdobram na proteção da liberdade das relações familiares, da intimidade sexual, da expressão de pensamento, do exercício da profissão e, também, da preservação de segredos da intimidade de terceiros obtida no exercício desta profissão.¹⁹⁸

No entender deste Autor, a intimidade é mais abrangente.

Paulo José da Costa Júnior faz um relato da secção do direito à intimidade. Este autor explica que

(...) O diritto allá segretezza (ou diritto al rispetto della vita privata) consiste no direito de impedir que a atividade de terceiro venha a conhecer, ou descobrir, as particularidades da vida alheia. Tem, assim, o cidadão o direito de impedir que os intrusos venham a intrometer-se na sua esfera particular.¹⁹⁹

Assim, no que podemos chamar de uma “primeira barreira” às intrusões no âmbito da vida privada, está o *dirito allá segretezza*, impedindo o ingresso do terceiro estranho na área constitucionalmente protegida da *Privatsphäre* (esfera da privatividade ou privacidade).

¹⁹⁴ MORAES, op. cit., p. 53.

¹⁹⁵ Ibid., p. 53.

¹⁹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 208.

¹⁹⁷ Ibid., p. 208.

¹⁹⁸ Ibid., p. 207.

¹⁹⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 25.

Há, entretanto o que Paulo José da Costa Júnior relata ser um direito sucessivo; para ele “O *diritto allá riservatezza* (*riserbo, privatezza*) é sucessivo ao *diritto allá segretezza*; consiste em a pessoa defender-se da divulgação de notícias particulares, mas legitimamente conhecidas pelo divulgador.”²⁰⁰ Esta seria uma segunda barreira pertinente à proteção da vida privada e, conseqüentemente, da intimidade. Este *diritto allá riservatezza* é “o direito de manter afastados dessa esfera de reserva os olhos e ouvidos indiscretos, e o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera de intimidade.”²⁰¹

Delimitado está, portanto, o objeto de proteção do direito às inviolabilidades aqui tratadas e suas duas etapas: a intromissão na vida privada e/ou intimidade e a divulgação ilegítima de informações obtidas nessa esfera, mediante intromissão ou não.

É imperioso dar prosseguimento ao estudo no sentido de conceituar as organizações criminosas.

4 CRIMINALIDADE ORGANIZADA: MEIOS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO

4.1 CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Dentre as pautas de discussão na esfera da política criminal, a criminalidade organizada tem sido uma constante.²⁰² Largamente noticiadas

²⁰⁰ COSTA JÚNIOR, op. cit., p. 25.

²⁰¹ Ibid, p. 49.

²⁰² Como exemplo mais célebre, a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional).

na mídia, as ações das organizações criminosas²⁰³ preocupam as autoridades pelas engenhosas articulações e pela brutalidade usual.²⁰⁴

Nos anos 1990, Carlos Alberto Marchi de Queiroz escreveu que “os conceitos de ‘crime organizado’, de ‘organização criminosa’, e de ‘organizações criminosas’ permanecem em zona cinzenta, dependendo, atualmente, de conceitos culturais, mais ou menos arbitrários.”²⁰⁵

No que diz respeito ao Direito Penal, a polêmica surgia já na conceituação de criminalidade organizada. Bitencourt afirmava que “os especialistas ainda não chegaram a um consenso para definir o que representa efetivamente a criminalidade organizada”.²⁰⁶

O Superior Tribunal de Justiça recorreu ao *Federal Bureau of Investigation*, dos Estados Unidos, para difundir o seguinte conceito: “qualquer grupo que tenha uma estrutura formalizada e cujo objetivo primário seja a obtenção de lucro por meio de atividades ilegais”²⁰⁷ e, mais adiante, cita o cientista político Guaracy Mingardi, destacando as seguintes características da atividade criminosa organizada; “a simbiose com o Estado, a hierarquia organizacional, a divisão do trabalho, a previsão de lucros, o monopólio e o uso da violência, o controle territorial e a presença da lei do silêncio”.²⁰⁸

²⁰³ GLOBO.COM. Nove são mortos em chácara de Várzea Paulista onde haveria tribunal do crime. Disponível em <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2012/09/sp-9-sao-mortos-em-chacara-de-varzea-paulista-onde-haveria-tribunal-do-crime.htm>>. Acesso em: 12 set. 2012.

²⁰⁴ Outro caso recente e emblemático, o episódio conhecido como “Chacina de Chatuba”. O Estadão. Chacina no rio foi demonstração de poder dos traficantes, diz delegada. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,chacina-no-rio-foi-demonstracao-de-poder-de-traficantes-diz-delegada,928577,0.htm>>. Acesso em: 13 set. 2012.

²⁰⁵ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Crime Organizado no Brasil: comentários à Lei 9.034/95 : aspectos policiais e judiciários : teoria e prática**. São Paulo: Iglu, 1998. p. 36.

²⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 295.

²⁰⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Crime organizado: para combater o inimigo é preciso conhecê-lo. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96530> Acesso em: 02 mai. 2010.

²⁰⁸ Ibid.

Sobre a hierarquia e a divisão de tarefas, características elementares das organizações criminosas, é importante atentar à lição de Bitencourt:

Nessa criminalidade, as associações, instituições, as organizações empresariais não agem individualmente, mas em grupo, realizando a exemplar divisão de trabalho de que nos fala Jescheck. Normalmente, as decisões são tomadas por diretoria, de regra, por maioria. Assim, a decisão criminosa não é individual, como ocorre na criminalidade de massa, mas coletiva, embora por razões estatutárias haja adesão da minoria vencida. E mais: punido um ou outro membro da organização, esta continuará sua atividade, lícita ou ilícita, através dos demais.²⁰⁹

Já a simbiose com o Estado, inerente à criminalidade organizada, dá-se principalmente pela corrupção, intrinsecamente ligada ao crime organizado em perfeita simbiose.²¹⁰

Carlos Alberto Marchi de Queiroz dá um panorama concreto da atuação da criminalidade organizada a partir desta simbiose com o Estado:

A corrupção, ativa e passiva, nas áreas do jogo do bicho e dos estabelecimentos clandestinos de jogos, principalmente nos cassinos e chalés, é real, sendo notória a política de aliciamento dos grandes banqueiros em relação a maus policiais, civis e militares, atitude que facilita o crescimento da atividade contravencional, a despeito das freqüentes descobertas de cassinos, pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, na região do Morumbi, principalmente, e cujas documentações apreendidas permitiram à Corregedoria da Polícia Civil localizar os pontos existentes em áreas divididas pelos grandes banqueiros na Capital.²¹¹

Por fim, a respeito do fator corrupção no funcionamento das organizações criminosas, é imprescindível mencionar a situação do sistema penitenciário brasileiro. A respeito do quadro de corrupção de agentes públicos nos complexos prisionais, cada vez mais grave, Roberto Porto ressalta que:

No Brasil encontramos freqüentes casos de corrupção que envolvem agentes penitenciários. Com a atribuição de fiscalização dentro dos

²⁰⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 299.

²¹⁰ PACHECO, Rafael. **Crime Organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2007. p.151.

²¹¹ QUEIROZ, op. cit., p. 40.

estabelecimentos prisionais, os agentes penitenciários são apontados como os grandes responsáveis pelo ingresso de aparelhos celulares, drogas e armas dentro dos presídios.²¹²

No Brasil, há três leis de extrema importância que fazem menção à criminalidade organizada. A primeira delas é a Lei 11.343/06 que, em seu art. 33, § 4º, usa a expressão “organização criminosa”.

A segunda é a Lei Nº 12.694/2012, que institui o julgamento colegiado em primeira instância.

A terceira é a Lei Nº 12.850/13. A referida lei, preceitua em seu artigo 1º que “Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado”.

Meios de investigação seguem-se nos incisos I a VIII do art. 3º; a colaboração premiada, a captação ambiental de sinais (eletromagnéticos, ópticos ou acústicos), a ação controlada, a quebra dos sigilos telefônico e telemático, o acesso aos dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e informações eleitorais ou comerciais, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, a quebra dos sigilos financeiro, fiscal e bancário, a infiltração de agentes e a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Até o ano de 2012, “organização criminosa” ou “associação criminosa” não se achava definida pelo legislador em lugar algum. Parte da doutrina voltava-se, então, para a Convenção de Palermo. A referida Convenção traz, em seu artigo 2º, a seguinte redação:

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;

²¹² PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 25.

Com a promulgação da Convenção de Palermo pelo Decreto Nº 5.015/2004, havia quem defendesse a sua utilização como solução para o problema do conceito legal.²¹³

Então, foi promulgada e publicada para pôr fim à suposta lacuna legislativa a Lei Nº 12.850/13, que trouxe em seu bojo a conceituação de organização criminosa, em seu artigo 1º, § 1º:

Considera-se organização criminosa a associação, de 4 (quatro) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.²¹⁴

Dando seguimento ao estudo, analisa-se a ferramenta legal especial de investigação de organizações criminosas.

4.2 A INFILTRAÇÃO DE AGENTES

Conforme anteriormente relatado, dentre os meios de investigação especiais da Lei Nº 12.850/13, está a infiltração de agentes da força policial.

A infiltração policial consiste, conforme Antônio Scarance Fernandes:

no ingresso de alguém em uma organização criminosa, com ocultação de sua identidade, objetivando descobrir os seus membros, principalmente de atuação mais relevante na estrutura daquela organização, e colher elementos para a prova de suas infrações. O fato de alguém penetrar na organização, agindo como se a ela pertencesse, permite-lhe conhecer o

²¹³ PONTES, Evandro Fernandes de; DEZEM, Guilherme Madeira. **Crime organizado e devido processo legal**. In: CHOUKR, Frauzi Hassan (coord.). Estudos de processo penal: o mundo à revelia. Campinas: Agá Juris, 2000. p. 249-260.

²¹⁴ BRASIL. Lei 12.694 de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 25 de julho de 2012.

seu funcionamento e possibilita o acesso a informações e dados relevantes.²¹⁵

Por força deste diploma legal, será realizada nas tarefas de investigação por agentes de polícia ou inteligência mediante circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial. O Parágrafo 2º do art. 12 prevê a manutenção do sigilo da identidade do agente, ainda que seja relatado inquérito em que as informações da operação embasem Ação Penal.

A importância da infiltração de agentes para a investigação de organizações criminosas é imensa, sendo essencial para a coleta de todo o conjunto probatório, tanto que à época de sua ausência em nosso ordenamento jurídico, Carlos Alberto Marchi de Queiroz escreveu que “(...) sem a infiltração, torna-se praticamente impossível a observação e o conseqüente acompanhamento objetivando-se o monitoramento da ação controlada mencionada no início.”²¹⁶

Uma vez deferida a infiltração policial é de extrema dificuldade exercer o controle das atitudes do agente infiltrado, posto que se trata de procedimento investigatório investido de indispensável sigilo. Há a comunicação mínima, obviamente, do agente infiltrado com a autoridade policial, mas esta não pode comprometer a operação, vez que, logicamente, a infiltração se dá em apoio à Ação Controlada (Lei Nº 12.850/13, art. 8)²¹⁷. Antônio Carlos Lipinski sintetiza a maneira viável de controle do Estado durante a investigação nos moldes da antiga Lei Nº 9.034/95:

É mister trabalhar em conjunto: a autoridade policial requer a autorização para a diligência, o Ministério Público acompanha para que não haja excessos durante a violação destas garantias, e assim fica assegurado o direito do investigado de que os desmandos serão igualmente punidos.²¹⁸

²¹⁵ FERNANDES, 2009, p. 18.

²¹⁶ QUEIROZ, 1998, p. 22.

²¹⁷ “Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações..”

²¹⁸ LIPISNKI, Antônio Carlos. **Crime organizado e a prova penal**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 71.

Dentre as possíveis formas de infiltração policial, quando o enfoque é na inviolabilidade da intimidade e da vida privada, a atenção se volta às possibilidades operacionais definidas como *deep cover* (cobertura profunda ou disfarce profundo); a *sting operation*, a *honey-pot operation* e a *undercover operation*.

As operações mencionadas são mais profundas, o agente penetra na organização criminosa, tentando ter acesso à sua cadeia de comando e de informação. A *sting operation* se dá mediante atividade empresarial, cria-se uma empresa ou viabiliza-se um arrendamento de comércio para ingressar em práticas criminosas possíveis somente mediante um artifício de cunho empreendedor²¹⁹, tendo potencial para violar a vida privada no espectro das relações de trabalho.

Por sua vez, a *honey-pot operation* consiste em ingressar em ambiente frequentado pelos membros e colaboradores da organização criminosa, por exemplo, um bar, esperando detectar atividade criminosa espontânea²²⁰.

A *undercover operation*, por fim, é a que tem maior potencial danoso à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, pois consiste na retirada de informação de dentro da organização criminosa, integrado à sua cadeia de comando.²²¹

Assim como os demais meios de investigação especiais previstos na Lei N° 12.850/13, é indubitável o potencial sacrifício da proteção constitucional da intimidade e da vida privada nas operações de infiltração uma vez que entre o agente e o suspeito, cria-se uma relação direta e pessoal,

²¹⁹ LEONG, Angela Veng Mei. **The disruption of international organised crime: an analysis of legal and non-legal strategies.** Ashgate: Aldershot, 2007. pp. 171-172.

²²⁰ DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy.* Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 132.

²²¹ PALMIOTTO, Michael J. *Criminal Investigation.* 3. ed. Lanham: University Press of America, 2004. p. 113.

através de uma situação fictícia, com a finalidade de angariar a confiança do membro da organização criminosa.²²²

Por essa razão, Eduardo Araujo da Silva²²³ e Mário Sérgio Sobrinho²²⁴ sugerem que à infiltração policial, por carecer de regulamento procedimental, seja aplicada a Lei Nº 9.296/96, que disciplina a interceptação das comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, uma vez que “igualmente pode resultar em restrição ao direito à privacidade.”²²⁵ A utilização das informações coletadas para lastrear a ação penal seria a única “causa legítima capaz de fundamentar a violações e a intimidade e outros direitos fundamentais que implicam a atividade de infiltração.”²²⁶

A autorização da infiltração e a posterior utilização de informações, no entanto, ainda que superados os demais percalços relatados, submete-se à disciplina constitucional dos direitos fundamentais.

5 A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA INVOLABILIDADE DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA PELO MEIO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ESPECIAL DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

5.1 PRINCÍPIOS: COLISÃO E SOPESAMENTO

A questão da colisão de princípios, por sua importância e inevitabilidade, foi objeto de larga reflexão por Alexy. Antes de adentrar na questão, Alexy esclarece a distinção entre princípio e regra:

²²² SILVA, 2009, p. 74.

²²³ Ibid., p. 74.

²²⁴ SOBRINHO in: FERNANDES, 2009, p. 45.

²²⁵ SILVA, op. cit., p. 77.

²²⁶ PACHECO, 2007, p. 115.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.²²⁷

Os direitos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada guardam relação com o princípio da dignidade da pessoa humana – princípio fundador da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).²²⁸

O direito à segurança, expresso no caput do art. 5º da Lei Maior, por outro lado, com força de princípio, norteia também a produção legislativa e pode vir a colidir com o princípio da liberdade.

Quando tratou da colisão de princípios, Alexy escreveu:

(...) Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.²²⁹

A precedência constitui em um maior peso do princípio, verificado no caso concreto, sendo que a verificação das condições de precedência se dá em três etapas; reconhecimento de uma situação de tensão entre dois princípios, reconhecimento da precedência geral de um deles e decisão se essa precedência geral persiste no caso concreto.²³⁰

O princípio da dignidade da pessoa humana, no Brasil, encontra-se em um status de prestígio normativo semelhante ao que o Tribunal Constitucional Federal Alemão lhe atribui; nenhum princípio lhe é

²²⁷ ALEXY, 2011, p. 90.

²²⁸ MORAES, 2009, p. 53.

²²⁹ ALEXY, op. cit., p. 93.

²³⁰ Ibid, pp. 94-99.

precedente.²³¹ E em matéria penal isso se torna evidente em disposições como a vedação das penas de morte – em tempo de paz –, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e cruéis (art. 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal), bem como o inciso XLIX, do mesmo artigo, que preceitua que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Ocorre que, quando tratamos da esfera penal, da chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais²³², estamos diante de outra faceta dos direitos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, oponíveis ao Estado, como direito de defesa, com lastre no princípio da liberdade.²³³

Sobre o tema, em sua obra, Sarlet explica que:

De acordo com a clássica concepção de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. (...) Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.²³⁴

Está posto, portanto, por trás das regras que impõem os meios de investigação especiais e as inviolabilidades da intimidade e da vida privada, um conflito entre os princípios da segurança e da liberdade.

O que a doutrina trouxe do Tribunal Constitucional alemão como solução lógica para a resolução deste tipo de conflito foi o princípio (ou máxima) da proporcionalidade²³⁵, atuando através das suas “três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento em sentido estrito)”.²³⁶

²³¹ ALEXY, op. cit., pp. 94-99.

²³² CANOTILHO, 2008, op. cit., p. 77.

²³³ BONAVIDES, 2005, op. cit., p. 563-564.

²³⁴ SARLET, 2007, op. cit., p. 197.

²³⁵ BONAVIDES, 2005, op. cit., p. 420.

²³⁶ ALEXY, 2011, p. 116-117.

A primeira delas, a adequação ou aptidão (*Geeignetheit*), consiste em verificar a idoneidade da ação que implica na colisão dos princípios, ou seja, se ela é apta pra atingir o que se elegeu como objetivo.²³⁷

A segunda máxima parcial é a necessidade (*Erforderlichkeit*) que, obviamente consiste na indagação de se a medida se faz realmente necessária.²³⁸

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito consiste em eleger o meio ou meios que de fato levem em consideração os interesses contrapostos, indagando se o meio é proporcional para o fim almejado.²³⁹

Este é o acervo jurídico conhecido para a solução do conflito entre os princípios da liberdade e da segurança, direitos fundamentais. Consequentemente, norteará o embate entre o direito de defesa que protege a intimidade e a vida privada e o direito à segurança pública.

5.2 REGRAS: A CLÁUSULA DE EXCEÇÃO

No caso das regras, Alexy assevera que os conflitos ocorrem na dimensão da validade²⁴⁰ e devem ser solucionados de duas maneiras; com a declaração de invalidade de uma regra ou com a constatação de que há uma cláusula de exceção, contendo uma situação excepcional em que a regra atua de maneira diversa da usual.²⁴¹

O artigo 5º, inciso XII, traz, na perspectiva das regras, uma cláusula de exceção explícita, vez que preceitua que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal

²³⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 396-397

²³⁸ Ibid., p. 396-397.

²³⁹ Ibid., p. 398.

²⁴⁰ ALEXY, op. cit., p. 94.

²⁴¹ Ibid., p. 92.

ou instrução processual penal”. Em uma perspectiva de norma, seria uma “cláusula restritiva” escrita.²⁴²

A cláusula de exceção (ou restritiva) estabelece a “violabilidade” do sigilo das comunicações telefônicas, com a ressalva das autorizações legal e judicial, voltadas para fins de direito penal. O inciso X, do mesmo artigo, porém, não contém qualquer ressalva, não contém a cláusula de exceção explícita e desperta a dúvida se há espaço para, ainda que com a pertinência penal, a “violabilidade” da intimidade e da vida privada que a infiltração policial pode acarretar.

Sem um procedimento determinado para regulamentar a infiltração policial, no entanto, é difícil vislumbrar uma cláusula de exceção. Diante de um caso concreto, porém, no deslinde processual penal, é possível ponderar acerca da efetiva colisão entre a regra da não violação da intimidade e da vida privada e a infiltração policial, face à utilização de informações obtidas em circunstâncias abarcadas pelas inviolabilidades aqui tratadas. Seria, pois, uma restrição aos direitos de defesa da intimidade e da vida privada, que deve ser analisada sob o prudente crivo do princípio da proporcionalidade, em vista dos bens jurídicos tutelados.

5.3 RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A questão da restrição aos direitos fundamentais passa pela discussão da teoria externa e da teoria interna. Enquanto uma defende que existe o direito em si e a restrição, a outra defende que a questão está na delimitação do conteúdo do direito²⁴³. Em seus estudos, Alexy opta pela teoria externa, enxergando a existência de um excesso no direito fundamental *prima facie*,

²⁴² ALEXY, 2011, op. cit., p. 286.

²⁴³ Ibid., p. 277-278.

excesso este que pode ser restringido²⁴⁴, concluindo o autor que “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. (...) restrições a direitos fundamentais são *normas*.”²⁴⁵

Estas restrições, segundo os constitucionalistas voltados aos estudos dos direitos fundamentais²⁴⁶, devem respeitar o chamado núcleo essencial, que figura como limite até mesmo para o legislador constitucional, em matéria de leis de revisão.²⁴⁷

As restrições são, portanto, possíveis, e se justificam na medida em que “proteção ilimitada da liberdade em face da lei (...) não é a intenção da Constituição alemã e de qualquer Constituição de um Estado Democrático de Direito”.²⁴⁸ É preciso que haja uma configuração, no sentido amplo, dos direitos fundamentais. Assim, “quando o legislador penal age de forma a garantir os direitos fundamentais de um contra os mesmos direitos fundamentais de outros, ele configura os direitos fundamentais como um todo, independentemente do fato de também determinar o conteúdo do direito fundamental do indivíduo”.²⁴⁹

Adotando-se a teoria externa, a previsão legal da infiltração policial, que tem como consequência lógica possível a violação da vida privada e intimidade dos membros de suposta organização criminosa investigada, atua como restrição aos direitos de defesa que implicam na inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Como ocorre com os outros direitos fundamentais, conexos com o princípio da dignidade da pessoa humana – podemos citar a liberdade, como exemplo –, é possível que acabem indo de encontro a este próprio princípio fundante.

²⁴⁴ ALEXY, op. cit., p. 280.

²⁴⁵ Ibid., p. 281.

²⁴⁶ CANOTILHO, 2008, p. 144. SARLET, 2007, p. 461.

²⁴⁷ Ibid., p. 144.

²⁴⁸ RÜFNER, 1976 apud ALEXY, 2011, p. 318.

²⁴⁹ HÄRBELE, sem ano apud ALEXY, 2011, p. 334.

Dessa forma, a estruturação e manutenção de uma organização para contínua prática de ilícitos, sob a égide da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, não encontra, obviamente, guarida, em nenhuma análise, no princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim tem-se que entre as referidas inviolabilidades estão englobadas num conjunto de liberdades dos cidadãos, impondo um não embaraço por parte do Estado.

Em respeito à ordem constitucional, para validade e licitude da infiltração policial, é imperativo que o juiz proceda, com os elementos que o caso concreto proporcionar, ao sopesamento.

Na desarticulação de uma organização criminosa para posterior exercício do poder-dever de punir estatal, a infiltração policial é adequada, apta, portanto, obedece à primeira máxima do princípio da proporcionalidade (*Geeignetheit*).

O problema encontrar-se-á, sempre quando da análise da necessidade (*Erforderlichkeit*) e da proporcionalidade em sentido estrito.

A necessidade implica na constatação da impossibilidade da obtenção da prova por qualquer outro meio menos gravoso²⁵⁰. Essa máxima limita consideravelmente, no plano teórico, a utilização da infiltração policial, tendo em vista os recursos tecnológicos à disposição do estado-persecutor.

Quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, Eduardo Araujo da Silva cita quatro critérios na sua aplicação; a consequência jurídica, a importância da causa, o grau de imputação e o êxito previsível da medida.²⁵¹ Merece destaque o critério da consequência jurídica, que impõe que “a restrição de qualquer direito ou garantia individual deve ser proporcional à pena prevista para a infração penal apurada”²⁵²

²⁵⁰ SILVA, 2009, p. 47.

²⁵¹ Ibid., p. 48.

²⁵² SILVA, op. cit., p. 48.

Esgotado todo este exercício hermenêutico imprescindível, não há autorização jurídica para exposição total da vida íntima dos sujeitos investigados, ficando o Estado restrito unicamente à utilização de informações pertinentes aos ilícitos penais apurados²⁵³, cabendo ao magistrado manter os autos saneados nesse sentido, apurando, neutralizando e coibindo possíveis desvios de função.²⁵⁴

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da pesquisa realizada, conclui-se que há um caminho, já apontado pela doutrina nacional, a ser percorrido pelo legislador, para que os direitos de defesa, constitucionalmente garantidos, sejam respeitados no diuturno combate às organizações criminosas.

A primeira delas, a garantia da observância do princípio da legalidade, exige que haja uma tipificação fechada, nos termos das diretrizes da Convenção de Palermo; um conceito que obedeça à tipicidade fechada, sem obliterar parte do que foi convencionado no referido diploma de Direito Internacional. É imperativo definir a organização criminosa, considerada na sua forma sofisticada e cominando-lhe sanção autônoma, para que os meios especiais de investigação sejam utilizados de maneira constitucionalmente adequada.

A segunda delas, a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, dependerá não apenas de uma regulação do procedimento de infiltração policial – para o fim de delimitar objetivamente o campo de atuação do agente – como também do controle judicial e da atuação do Ministério Público também na fiscalização da atividade instrutória.

²⁵³ PACHECO, 2007, p. 138.

²⁵⁴ SILVA, op. cit., p. 80.

O controle judicial deverá, quando *a priori*, aplicar o princípio da proporcionalidade, atentando aos subprincípios da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, objetivando o menor risco às garantias constitucionais do investigado. Quando *a posteriori*, o magistrado deverá atuar no sentido de sanear o processo penal de quaisquer informações impertinentes aos ilícitos penais compatíveis com a excepcionalidade da infiltração policial.

O Ministério Público não deverá furtar-se, em momento algum, da fiscalização do respeito à ordem constitucional.

Dentro desses parâmetros – catalogados em nosso ordenamento jurídico –, e somente dentro desses parâmetros, é possível a relativização das inviolabilidades da intimidade e da vida privada de investigados por participação em organizações criminosas sem que o Estado atente contra o seu núcleo essencial e, por conseguinte, sem que atente contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Crime organizado: para combater o inimigo é preciso conhecê-lo. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96530> Acesso em: 02 mai. 2010.

BRASIL. Lei 12.694 de 24 de julho de 2012. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 25 de julho de 2012.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal; Coimbra, 2008.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.
- DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- LEONG, Angela Veng Mei. **The disruption of international organised crime: an analysis of legal and non-legal strategies**. Ashgate: Aldershot, 2007.
- LIPISNKI, Antônio Carlos. **Crime organizado e a prova penal**. Curitiba: Juruá, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- PALMIOTTO, Michael J. *Criminal Investigation*. 3. ed. Lanham: University Press of America, 2004.
- PACHECO, Rafael. **Crime Organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2007.
- PONTES, Evandro Fernandes de; DEZEM, Guilherme Madeira. **Crime organizado e devido processo legal**. In: CHOUKR, Frauzi Hassan (coord.). *Estudos de processo penal: o mundo à revelia*. Campinas: Agá Juris, 2000.
- PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2008.
- QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Crime organizado no Brasil: comentários à Lei 9.034/95**. São Paulo: Iglu, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.