

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

ANA LARISSA DUARTE OLIVEIRA

**O INSTITUTO DA AÇÃO CONTROLADA NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: O
CONFLITO APARENTE ENTRE OS DIREITOS DO INVESTIGADO E A
EFICIÊNCIA INVESTIGATIVA**

**JOÃO PESSOA
2019**

ANA LARISSA DUARTE OLIVEIRA

**O INSTITUTO DA AÇÃO CONTROLADA NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: O
CONFLITO APARENTE ENTRE OS DIREITOS DO INVESTIGADO E A
EFICIÊNCIA INVESTIGATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Eduardo de Araújo
Cavalcanti

**JOÃO PESSOA
2019**

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

048i Oliveira, Ana Larissa Duarte.

O INSTITUTO DA AÇÃO CONTROLADA NAS ORGANIZAÇÕES
CRIMINOSAS: O CONFLITO APARENTE ENTRE OS DIREITOS DO
INVESTIGADO E A EFICIÊNCIA INVESTIGATIVA / Ana Larissa
Duarte Oliveira. - João Pessoa, 2019.
73 f.

Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Ação controlada. 2. Organização Criminosa. 3.
Direitos Fundamentais. 4. Investigado. 5. Eficiência
investigativa. I. Título

UFPB/CCJ

ANA LARISSA DUARTE OLIVEIRA

**O INSTITUTO DA AÇÃO CONTROLADA NAS ORGANIZAÇÕES
CRIMINOSAS: O CONFLITO APARENTE ENTRE OS DIREITOS DO
INVESTIGADO E A EFICIÊNCIA INVESTIGATIVA**

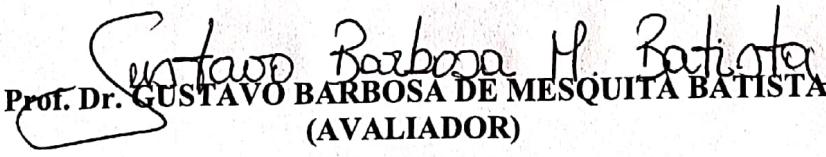
Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof. Me. Eduardo de
Araújo Cavalcanti

DATA DA APROVAÇÃO: 03 DE MAIO DE 2019

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Me. EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI
(ORIENTADOR)


Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
(AVALIADOR)


Prof. Ma. LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(AVALIADORA)

**DEDICO ESTE TRABALHO À MINHA MÃE,
O SEU INCENTIVO E AS SUAS PALAVRAS
DE APOIO FORAM ESSENCIAIS PARA EU
CHEGAR ATÉ AQUI. ELA FOI A
RESPONSÁVEL PELA MAIOR HERANÇA DA
MINHA VIDA: MEUS ESTUDOS.**

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, devo agradecer a Deus, sem Ele nada disso seria possível. Agradeço por me proporcionar todas as graças alcançadas ao longo do curso e por sempre me fortalecer nos momentos de angústia. Dele eu tiro todas as minhas forças e permito-me acreditar na realização dos meus sonhos.

Agradeço à minha família por sempre entender os momentos em que estive ausente devido aos estudos e por me apoiar em todas as fases que enfrentei. Ela tornou-se o meu incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço, ao mesmo tempo, foi a minha grande fortaleza para alçar voos maiores.

Agradeço ao meu namorado, Harrison Alexandre Targino Júnior, meu grande incentivador e companheiro de todas as horas, que se desdobrou em esforços para se fazer presente durante os momentos mais árduos do curso. Obrigada por sempre ter uma palavra de conforto, por ser tão atencioso, por comemorar as minhas vitórias como se suas fossem e por entender minha ausência devido aos estudos.

Agradeço ao meu professor orientador, Eduardo de Araújo Cavalcanti, pelo suporte e incentivo durante a graduação, em especial, durante os projetos de monitorias e a elaboração deste TCC. Obrigada por me apresentar a matéria de Direito Processual Penal com excelência e contribuir para a minha paixão por esta matéria.

Agradeço ainda aos meus chefes, Tércio Chaves de Moura e Rodolfo Alves Silva, que me deram a oportunidade de estagiar na área de Direito Penal no Tribunal de Justiça da Paraíba e no Ministério Público Federal. Obrigada por me propiciar viver a prática jurídica e apresentar-me suas posições institucionais.

Agradeço aos amigos, principalmente aos que fiz no decorrer do curso, por compartilharem seus medos, suas angústias e seus momentos de felicidade. Obrigada por me acompanhar até o fim deste ciclo de muitas frustrações, risadas, lanches e saídas memoráveis.

Por fim, agradeço à Universidade Federal da Paraíba, na figura do Centro de Ciências Jurídicas, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a minha formação de qualidade e a minha participação em projetos de monitorias e de extensão, os quais contribuíram imensuravelmente para a minha formação profissional.

**“UMA CRIANÇA, UM PROFESSOR, UMA
CANETA E UM LIVRO PODEM MUDAR O
MUNDO.” MALALA YOUSAFZAI**

RESUMO

A presente monografia busca analisar o respeito aos direitos fundamentais do investigado no período de duração da ação controlada em organizações criminosas, tendo em vista a sua aparente relação conflituosa com a eficiência investigativa. O objetivo do estudo reside em sua relevância social no sentido de proteção da sociedade de possíveis abusos estatais, haja vista a deturpação do instituto na prática e sua pouca evolução legal. Para tanto, será realizada uma pesquisa descritiva, utilizando-se de uma análise qualitativa, através de discussões doutrinárias, de entendimentos jurisprudenciais e da legislação estrangeira, para conferir a fundamentação teórica deste trabalho. Os resultados mais relevantes do tema consistem na possibilidade de harmonização desta relação conflituosa entre a eficiência investigativa e o garantismo constitucional através de instrumentos modificadores das deficiências constatadas na ação controlada brasileira. Conclui-se que a corriqueira deturpação da ação controlada pode ser aperfeiçoada através de modificações legislativas, em especial, com a inserção de um controle periódico deste método investigativo pela figura do Ministério Público, solução sugerida pela doutrina alemã e pela prática investigativa deste órgão ministerial, prevenindo a ameaça de direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Ação controlada. Organização Criminosa. Direitos Fundamentais. Investigado. Eficiência investigativa.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O INSTITUTO DA AÇÃO CONTROLADA NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	13
2.1 A AÇÃO CONTROLADA NO BRASIL	16
2.2 CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO CONTROLADA	19
2.2.1 O conceito da ação controlada	22
2.2.2 Fase da persecução penal	23
2.3 A AÇÃO CONTROLADA NA LEGISLAÇÃO E A SUA EVOLUÇÃO	25
2.3.1 Legislações anteriores à Lei nº 12.850/13	27
2.3.2 Lei nº 12.850/2013: A nova legislação da ação controlada	29
3 A POSIÇÃO JURÍDICA DO INVESTIGADO NA AÇÃO CONTROLADA	33
3.1 O IMPUTADO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	34
3.1.1 Os reflexos do indiciamento no âmbito investigativo	35
3.1.2 Os princípios da ampla defesa e do contraditório como garantias constitucionais	37
3.1.3 A aplicabilidade do direito de defesa na investigação criminal	39
3.2 A BUSCA PELA VERDADE REAL EM DETRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	41
3.2.1 A ausência de proteção do sigilo investigativo	43
3.2.2 Do Direito Comparado Espanhol	45
3.2.3 A harmonização entre a eficiência investigativa e o garantismo constitucional	47
4 OS INSTRUMENTOS REFORMADORES DA AÇÃO CONTROLADA	50
4.1 A PROBABILIDADE NA VALORAÇÃO PROBATÓRIA	52
4.1.1 O princípio da proporcionalidade na fase pré-processual	54
4.2 A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL EXPRESSA	54
4.2.1 A inserção legal da autorização judicial prévia	56
4.3 A REGULAMENTAÇÃO LEGAL DO PROCEDIMENTO DA AÇÃO CONTROLADA	58
4.3.1 O elemento temporal da ação controlada	58
4.3.2 A inserção de um plano estratégico	59
4.3.3 O controle externo na doutrina alemã	61

4.3.4 O controle periódico da ação controlada	63
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

A ação controlada, também denominada de flagrante prorrogado, consiste em retardar a intervenção estatal mesmo havendo o flagrante de uma situação delituosa, que, no caso do presente trabalho, será cometido por membros de uma organização criminosa. Desta forma, mantém-se a atividade criminosa sob a vigilância policial com o intuito de aumentar a eficiência da investigação criminal, permitindo colher outros elementos relacionados à materialidade e à autoria delitiva.

O instituto da ação controlada foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 9.034/95, e, na atualidade, a Lei nº 12.850/2013 é a responsável por conceituar este método investigativo. Apesar do instituto da ação controlada existir na legislação brasileira há mais de vinte e três anos, observa-se que pouco se evoluiu em sua definição e delimitação, seja doutrinária ou legal. Em verdade, percebe-se que existe uma aplicação prática inadequada deste instituto, uma vez que não há o cumprimento de princípios como o da segurança jurídica e da eficiência processual, até mesmo pelos próprios Tribunais Superiores.

Portanto, buscou-se reunir discussões e informações com o propósito de responder ao seguinte problema: Como é possível respeitar os direitos fundamentais do investigado perante a aplicação da ação controlada em organizações criminosas, tendo em vista a sua relação conflituosa com a eficiência investigativa?

Em verdade, este conflito entre os direitos do investigado e a eficiência investigativa existe apenas aparentemente, mostrando-se compatível na medida em que se aplica o princípio da proporcionalidade. As mudanças para que haja essa compatibilidade devem ser aplicadas na doutrina, na jurisprudência e especialmente, na legislação, pois, percebe-se que há uma carência do estudo deste tema. Para tanto, a autora traz diversos julgados, opiniões doutrinárias e exemplos internacionais a fim de refletir como pode ser desfeita esta aparente relação conflituosa existente na ação controlada.

O objetivo desta pesquisa consiste em observar os principais pontos que justifiquem a existência desta relação conflituosa entre os direitos dos investigados e a eficiência investigativa, propondo-se maneiras de conciliar ambos os elementos. Outrossim, objetiva-se refletir se legislação e a jurisprudência atual demonstram-se suficientes para atender todos os aspectos de uma ação controlada consoante com os ditames constitucionais.

O estudo deste método investigativo possui relevância na medida em que observa-se, cada vez mais, uma invasão por parte das investigações criminais na esfera dos direitos fundamentais dos investigados, sobretudo, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Os

cidadãos possuem os seus direitos, garantidos constitucionalmente, tolhidos desnecessariamente sob a justificativa de que a ação controlada necessita do sigilo investigativo para o seu sucesso.

Assim, a presente pesquisa descritiva, utilizando-se de análise qualitativa, buscou observar algumas variáveis no campo brasileiro e internacional para alcançar os resultados almejados. Desta forma, a presente monografia foi direcionada para uma revisão bibliográfica do assunto, utilizando opiniões doutrinárias, orientações jurisprudenciais e legislações estrangeiras.

A autora opta por iniciar a presente monografia através do estudo do instituto da ação controlada diante das organizações criminosas. Para tanto, no primeiro capítulo, a mesma aborda sobre a ação controlada no Brasil, bem como as suas características, incluindo o seu conceito e a fase mais adequada para a sua aplicação na persecução penal.

Posteriormente, no segundo capítulo, analisa-se a figura do investigado em conjunto com a ação controlada. Desta forma, será revelada a posição do imputado durante uma investigação criminal, tendo em vista os reflexos do seu indiciamento e o fortalecimento de suas garantias constitucionais, como o direito a defesa e ao contraditório, na perspectiva investigatória.

A busca pela verdade real em detrimento dos direitos fundamentais será abordada, especialmente, em relação à ausência de proteção do sigilo investigativo, e à harmonização entre a eficiência investigativa e o garantismo constitucional, utilizando-se, para tanto, do direito comparado espanhol.

No terceiro e último capítulo, a autora estuda possíveis instrumentos capazes de modificar as deficiências da ação controlada. A probabilidade na valoração probatória, assim como o princípio da proporcionalidade nesta fase pré-processual, surgem como maneiras de direcionar as decisões judiciais.

Por sua vez, serão propostas modificações legislativa, em especial, a inserção da autorização judicial prévia na legislação, a inclusão de um plano estratégico e de um controle periódico da ação controlada através da figura do Ministério Público, sugerida pela doutrina alemã e pela prática investigativa deste órgão ministerial. A autora realiza a sua conclusão propondo um aprofundamento no estudo do tema de significativo interesse social, tendo em vista a sua observada escassez doutrinária e jurisprudencial.

2 O INSTITUTO DA AÇÃO CONTROLADA NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Diante das diversas formas de práticas criminosas modernas, por exemplo, os crimes cibernéticos, surgem diferentes meios eficazes de investigação criminal. Contudo, alguns desses métodos utilizam-se de meios de obtenção de prova que invadem a esfera dos direitos fundamentais dos investigados, sobretudo, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Neste contexto, a ação controlada surge no Brasil com o objetivo de aumentar a eficiência da investigação, especialmente de organizações criminosas.

Assim, este instituto foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 9.034/95, a qual estabeleceu meios de prevenção e repressão às ações praticadas pela criminalidade organizada. Neste sentido, a supramencionada legislação autoriza o agente policial a deixar de efetuar a prisão em flagrante nos casos em que tal medida possibilite a obtenção de informações de maior qualidade e quantidade, contanto que a ação criminosa continue sendo vigiada.

Apesar da introdução do instituto da ação controlada por mais de vinte e três anos na legislação brasileira, observa-se que pouco se evoluiu em sua definição e delimitação, seja doutrinária ou legal. Por conseguinte, percebe-se uma aplicação prática inadequada do instituto, tendo em vista que cada operador do direito adota um entendimento que lhe seja favorável e não se garante o respeito ao princípio da segurança jurídica.

Outrossim, é cediço que esta forma de investigação está inserida no contexto investigativo da criminalidade organizada, de forma que seu entendimento encontra-se intimamente relacionado com a compreensão dos limites da atividade investigativa e do fenômeno da criminalidade organizada. Todavia, discutir sobre esses assuntos em demasia seria retirar a importância devida ao objeto do presente estudo.

Atualmente, encontra-se em tramitação um anteprojeto de lei, denominado Projeto de Lei Anticrime¹, de autoria do ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil, Sérgio Fernando Moro, no qual é proposto uma mudança no art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, conforme se segue:

Art. 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, e que:

¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA DO BRASIL. **Projeto de Lei Anticrime.** Anteprojeto de lei nº , DE 2019. Disponível em: <http://justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

I - tenham objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos;

II - sejam de caráter transnacional; ou

III - se valham da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre a atividade criminal ou sobre a atividade econômica, como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos, Milícias, ou outras associações como localmente denominadas. (grifo nosso).

Deste modo, a proposta encontra-se em fazer incluir no conceito de organização criminosa aquela que se aproveite da violência, por exemplo, para obter o controle sobre a atividade criminal, momento em que são citados o Primeiro Comando da Capital, o Comando Vermelho, a Família do Norte, entre outros vínculos associativos.

Contudo, o conceito de organização criminosa em vigor encontra-se disposto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13², o qual preceitua:

Art. 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 infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (grifo nosso).

Deste conceito, extraem-se diversas características intrínsecas às organizações criminosas, como o grande número de membros, a estrutura organizada com divisão de tarefas, a permanência de suas atividades e a finalidade obter alguma vantagem, através da prática de infrações cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

A Lei nº 12.850/13, além de definir o fenômeno da organização criminosa, igualmente trouxe uma inovação legislativa. Para tanto, a mencionada lei criminalizou as condutas de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa em seu art. 2º, criando este tipo penal antes inexistente, um crime permanente, o qual cabe prisão em flagrante em qualquer momento, o que, portanto, autoriza a existência da ação controlada.

Observa-se que o §1º do art. 1º da Lei nº 12.850/13 assemelha-se à conceituação de organização criminosa definida na Lei nº 12.694/12. Entretanto, os conceitos diferem-se tendo em vista que a legislação mais recente exige a associação de no mínimo quatro pessoas, e não

² BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 11 dez. 2018.

mais de três, bem como substitui o termo "prática criminosa" por "infrações penais", aparentando abranger mais ações consideradas peculiares para a caracterização da organização criminosa; outra modificação reside na pena máxima estabelecida para a infração penal, que deve ser superior a 4 (quatro) ano, e não mais igual.

Diante dessas diferenças, nota-se uma prevalência da legislação atual a fim de preservar a segurança jurídica, prevalecendo o entendimento se que a definição da Lei nº 12.694/12 foi revogado pela Lei nº 12.850/13. De acordo com Bitencourt³, admitir-se a existência de "dois tipos de organização criminosa", através das duas leis mencionadas, constituiria grave ameaça à segurança jurídica e uma discriminação injustificada, gerando um tratamento diferenciado incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Ademais, percebe-se que as organizações criminosas são marcadas pela impessoalidade, uma vez que a mesma perdura desconsiderando os indivíduos que a compõem inicialmente, ou seja, caso o seu líder seja preso, outra pessoa assumirá o seu lugar e as atividades continuarão a todo vapor. Outrossim, há uma retroalimentação financeira das estruturas criminosas, posto que o dinheiro proveniente das condutas ilícita, além de remunerar os seus membros, é utilizado para manter a estrutura necessária à continuidade da organização.

Não bastasse todos esses elementos necessários para a constituição de uma organização criminosa, sabe-se que é essencial para a sua sobrevivência que não sejam descobertos os membros que a compõem e os crimes praticados. Uma das preocupações principais desta criminalidade organizada é justamente ocultar qualquer vestígio de sua atuação, por exemplo, evitando as interceptações ambientais, desaparecendo com os instrumentos usados para cometer os delitos, utilizando diferentes celulares a fim de dificultar a interceptação telefônica, usando dialetos e linguagens próprias, intimidando testemunhas.

Ressalte-se que a criminalidade organizada difere das organizações criminosas, uma vez que estas são pessoas associadas com uma certa estruturação para o cometimento dos delitos e aquela é o fenômeno socioeconômico em si, possuindo ambas características similares. Assim, o crime organizado⁴ é a atividade grupal, mais ou menos estável, ordenada para a prática de delitos considerados graves, confundindo-se com o conceito de organização criminosa.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Primeiras reflexões sobre organização criminosa.** Disponível em: <https://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121936003/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa>. Acesso em: 16 mar. 2019.

⁴ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Crime Organizado, Organização Criminosa e Associação Criminosa.** Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/crime-organizado-organizacao-criminosa-e-associacao-criminosa-por-ricardo-antonio-andreucci>. Acesso em: 13 mar. 2019.

Desta forma, embora o tema dos meios de combate à organização criminosa, como é o caso da ação controlada, seja constantemente debatido entre os doutrinadores e os operadores de Direito, existem falhas a serem corrigidas para tornarem-nos instrumentos legítimos de investigação criminal, o que será amplamente discutido posteriormente.

2.1 A AÇÃO CONTROLADA NO BRASIL

Nos períodos atuais do Brasil, a ação controlada foi utilizada através da Polícia Federal em sete ações durante a conhecida Operação Lava Jato. Para tanto, havia o monitoramento de conversas e de entregas de dinheiro com a colaboração do empresário Joesley Batista, o qual, por sua vez, negociava a sua delação premiada, intimamente ligada a feitura da ação controlada nesse caso.

Neste contexto, conforme informações fornecidas em diversos sites e artigos jornalísticos⁵, foram utilizados *chips* em malas e mochilas para rastrear o caminho de cerca de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) que teriam sido pagos a um primo do presidente do PSDB, Aécio Neves, e ao deputado Rodrigo Rocha Loures (PMDB-PR).

Além disso, um diálogo entre Joesley, delator da operação e dono da empresa JBS, e o ex-presidente Michel Temer indicava que o deputado Loures foi escolhido para resolver assuntos da Presidência com a empresa que controla a JBS, sendo esta uma das principais empresas do agronegócio do Brasil.

Assim, com a ajuda de equipamentos eletrônicos a Polícia Federal retardou a prisão em flagrante de diversos políticos e empresários participantes de um dos maiores esquemas de corrupção no Brasil. Nos dias atuais, a Operação Lava Jato, deflagrada no dia 17 de março de 2014, não foi concluída, uma vez que as 48^a a 52^a fases foram deflagradas no ano de 2018 e não há perspectiva de ser finalizada em curto prazo.

Pioneiramente, a ação controlada teve destaque no contexto brasileiro a partir do ano de 2009, nas investigações do chamado Mensalão do DEM. O Escândalo do Mensalão no Distrito Federal, também conhecido como Mensalão do DEM, surgiu no final de novembro de 2009 e foi descoberto pela Polícia Federal, através da Operação Caixa de Pandora, a qual foi iniciada após graves acusações de que havia uma suposta distribuição de recursos ilegais à base aliada do Governo do Distrito Federal.

⁵ LUCHETE, Felipe. Novidade na "lava jato", ação controlada já foi reconhecida pelo Supremo. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-17/novidade-lava-jato-acao-controlada-foi-reconhecida-stf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

Após as investigações policiais, descobriu-se que vários envolvidos de renome participaram deste escândalo de corrupção. Destacavam-se, especialmente, diversos membros do DEM, partido político Democratas, dentre eles estavam o governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda, o vice-governador e empresário Paulo Octávio, o presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal, alguns secretários do Governo do Distrito Federal e deputados federais.

No caso do Mensalão do DEM, o Supremo Tribunal Federal analisou o uso do método investigativo da ação controlada, uma vez que, conforme foi noticiado em sites⁶ e na imprensa, o suplente de deputado distrital, Pedro Marcos Dias, alegou haver uma preparação de um agente do crime com o auxílio aparelho do Estado, da polícia e do Ministério Público Federal ao auxiliar um delator sem que houvesse um fato criminoso determinado.

O agente do crime que estava sendo supostamente preparado e auxiliado por órgãos estaduais e federais era Durval Barbosa, ex-secretário de Relações Institucionais do Distrito Federal e delator do mensalão do DEM. A acusação foi realizada pelo suplente Marcos Dias com a justificativa de que o ex-secretário Durval Barbosa gravou uma série de negociações ao lado do governador Arruda e de outras autoridades, bem como entregou malas de dinheiro em pelo menos um dos encontros, mesmo não existindo a comprovação de que havia algum crime sendo cometido.

Neste sentido, o suplente de deputado distrital, Pedro Marcos Dias, impetrou o Habeas Corpus nº 102.819 a fim de afastar o sigilo das investigações, bem como demonstrar a ilegalidade da ação controlada. Na ação, o mesmo salientava ter havido uma preparação para de um agente do crime e asseverava, por isso, a ilegalidade dos atos praticados em virtude da ação controlada, pois a medida foi tomada sem que houvesse fato criminoso determinado.

Acrescente-se a isso que, na perspectiva de Marcos Dias, a Polícia Federal e a própria justiça, ao autorizar a ação controlada, agiu em comum acordo com um dos agentes do crime, Durval Barbosa, para que o mesmo pudesse promover gravações de vídeo e a captação ambiental de vídeo e/ou áudio, usando o seu próprio corpo, com o intuito de produzir provas das suas alegações lançadas nos termos de declarações.

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se em relação ao tema da ação controlada por meio do Habeas Corpus nº 102.829 - DF. Neste caso, o STF denegou o pedido da defesa, que requeria a nulidade de provas obtidas através de escuta ambiental⁷ colhidas durante uma

⁶ Idem. Ibidem.

⁷ A escuta é a captação de conversa telefônica feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores, ao passo que a gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o

operação de ação controlada. O acórdão foi proferido no ano de 2011, na vigência da Lei nº 9.034/95, cujo Ministro Marco Aurélio Mello era o relator.

No acórdão do Habeas Corpus nº102.819-DF, a 1ª Turma do STF indeferiu o pedido da defesa, a qual argumenta que a escuta ambiental, acompanhada da situação de flagrante prorrogado, deveria ser considerada ilegal, uma vez que foram realizadas por um agente criminoso, o senhor Durval Barbosa Rodrigues, o que tornaria ilegítima a ação controlada.

Depreende-se que o STF considerou a legalidade das escutas ambientais, tendo em vista que houve monitoramento da implementação deste meio de obtenção de provas através de uma autoridade policial. O Ministro Luiz Fux assegurou que a ação estava de acordo com o disposto na Lei nº 9.034/95, consoante o informativo 622⁸ do STF:

A 1ª Turma indeferiu habeas corpus no qual pretendida a decretação de nulidade de provas colhidas por meio de escuta ambiental em ação controlada. Alegava a defesa que tais provas teriam sido obtidas ilicitamente. Reputou-se não haver ilegalidade na denominada “ação controlada” e depreendeu-se, do contexto fático, que esta ocorreria visando à elucidação de fatos aptos a consubstanciar tipo penal, procedendo-se em prol da coisa pública. O Min. Luiz Fux salientou que as provas teriam sido colhidas de acordo com o previsto no art. 2º, II e IV, da Lei 9.034/95 e que a sua nulificação atingiria completamente o inquérito, instaurado em prol da moralidade administrativa e do bem público.

O relator do Habeas Corpus nº 102.819⁹, o ministro Marco Aurélio, reconheceu a ambivalência da ação controlada, assim como a sua licitude, conforme demonstra a ementa do julgado:

AÇÃO CONTROLADA - AMBIVALENCIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.
A denominada ação controlada surge ambivalente, não devendo ser glosada em se tratando do dia a dia da Administração Pública, em que os desvios de conduta são escamoteados. INQUÉRITO - PUBLICIDADE. Norteia a Administração Pública - gênero - o princípio da publicidade no que deságua na busca da eficiência, ante o acompanhamento pela sociedade. **Estando em jogo valores, há de ser observado o coletivo em detrimento, até mesmo, do individual.** (grifo nosso).

No caso analisado, o ministro Marco Aurélio admite que a ação controlada não é de fácil compreensão e não pode ser simplesmente explicada de forma a restringi-la. Pelo contrário, diante dos diversos casos abafados de desvios de conduta, ela deve ser utilizada de

consentimento ou a ciência do outro. **STJ. HC nº 161053 SP.** Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 27/11/2012, T5 - Quinta Turma. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22841694/habeas-corpus-hc-161053-sp-2010-0017511-6-stj/inteiro-teor-22841695?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 mar. 2019.

⁸ STF. **Escuta ambiental e ação controlada.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo622.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

⁹ STF. **HC nº 102.819 DF.** 1ª Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 26/02/2010. DJe-040. Data de Publicação: 05/03/2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806756/habeas-corpus-hc-108749-df-stf/inteiro-teor-112280392>. Acesso em: 12 jan. 2019.

diversas formas a elucidar possíveis crimes. Logo, como é difícil investigar tais condutas ilícitas, ele considerou possível usar essa nova estratégia.

Em relação ao sigilo do inquérito, o relator ressalta que a publicidade compõe um princípio básico da administração pública no que deságua na busca da eficiência, conforme o artigo 37 da Constituição. Desta forma, devem ser sopesados valores, podendo o coletivo se sobrepor ao individual, caso seja necessário para o favorecimento da sociedade.

Após o indeferimento da liminar, a defesa recorreu à 1ª Turma e o ministro Marco Aurélio repetiu o seu entendimento, acrescentando que, no caso analisado, a operação controlada mostrou-se legítima a célebre questão. O ministro Luiz Fux defendeu que, ao anular as provas produzidas através da ação controlada, nulificaria completamente um inquérito que veio exatamente em proveito da moralidade administrativa e do bem público.

Ademais, a ministra Cármem Lúcia, igualmente presente no julgamento, afirmou que não observou qualquer ilegalidade ou constrangimento no uso dos instrumentos que a lei permite, incluindo a ação controlada. Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski definiu como legítimo o uso de novos meios de investigação compatíveis com a evolução da criminalidade moderna, em uma clara referência ao método investigativo da ação controlada.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade da ação controlada como meio legítimo de combate à organização criminosa, adequando-se aos valores coletivos que se sobrepõem a valores individuais. Saliente-se que, posteriormente, com o advento da Lei nº 12.850/13, outros meios de obtenção de provas foram trazidos para auxiliar este flagrante prorrogado, por exemplo, a colaboração premiada e a figura do agente infiltrado.

Na edição nº 120 da Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça¹⁰, este órgão fixou onze sobre a prisão em flagrante. A terceira tese legitima a legalidade da situação em flagrante, dispondo: “No flagrante esperado, a polícia tem notícias de que uma infração penal será cometida e passa a monitorar a atividade do agente de forma a aguardar o melhor momento para executar a prisão, não havendo que se falar em ilegalidade do flagrante.”

2.2 CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO CONTROLADA

Ao adentrar as características da ação controlada, faz-se necessário discutir inicialmente acerca da prisão em flagrante, estabelecida pelo artigo 5º, inciso LXI, da

¹⁰ CONSULTOR JURÍDICO. **Superior Tribunal de Justiça divulga 11 teses sobre prisão em flagrante.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-11/stj-divulga-11-teses-corte-prisao-flagrante>. Acesso em: 20 mar. 2019

Constituição da República de 1988, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Além do dispositivo constitucional, o instituto da prisão em flagrante pode ser encontrado no Código de Processo Penal¹¹, especialmente em seus arts. 301 e 302, os quais dispõem:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A regra da prisão em flagrante, prevista no artigo 301 do Código de Processo Penal começou a ser relativizada a partir da Lei nº 9.034/95, a qual previu inicialmente o instituto da ação controlada, tendo em vista que a referida lei permite postergar a realização do flagrante em delito ao afastar eventual prevaricação ou infração administrativa por parte do agente que não realiza o flagrante ao tomar conhecimento da mesma.

A ação controlada é um instrumento importante na atividade investigativa, sobretudo em crimes praticados no âmbito de organizações criminosas. Em suma, o mecanismo permite adiar o momento da prisão em flagrante a fim de colher maiores elementos à investigação preliminar, assim como possibilita a identificação do maior número de envolvidos possíveis.

Portanto, a polícia ou outra autoridade administrativa, desde que haja uma permanente vigilância das ações dos investigados, podem retardar a sua atuação, deixando espaço para que os investigados ajam por mais tempo, tendo em vista a pretensão de alcançar a maior quantidade de elementos e informações relativas ao grupo criminoso.

Desta forma, a ação controlada pode ser denominada de “flagrante prorrogado, retardado ou diferido”. Conforme o doutrinador Guilherme de Souza Nucci¹², o flagrante diferido “é a possibilidade que a polícia possui de retardar a realização da prisão em flagrante,

¹¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 dez. de 2018.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. **Ed. Revista dos Tribunais.** 2. ed. Comentário ao artigo 302, n.18.

para obter maiores dados e informações a respeito do funcionamento, componentes e atuação de uma organização criminosa”.

Alguns doutrinadores, como Aury Lopes Jr.¹³ e Gustavo Badaró¹⁴, discordam da natureza de prisão em flagrante, e, consequentemente, de flagrante delito dada para a ação controlada. Os mesmos defendem que este método investigativo consiste em um instrumento com o objetivo de proporcionar maior eficácia à investigação, pois, às vezes, o monitoramento da prática criminosa acaba por perder a situação em flagrante.

O flagrante retardado, protelado ou diferido, popularmente conhecido como ação controlada, nada mais é do que um poder conferido à autoridade policial ou aos seus agentes que os permite procrastinar a prisão imediata do agente que se encontra em estado de flagrância. Assim, mantém-se o investigado sob observação, à espera de uma oportunidade mais eficaz para ocorrer a prisão do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informação com o intuito de desfazer a organização criminosa.

Portanto, permite-se que, mesmo diante da ocorrência de uma infração penal, o agente público não atue, sem cometer o crime de prevaricação previsto no artigo 319 do Código Penal, com o objetivo de capturar o maior número de infratores ou o maior acervo probatório possível. Assim, o flagrante diferido é uma possibilidade legal que a polícia possui para retardar a realização da prisão em flagrante a fim de obter maiores dados e informações a respeito do formato, componentes e atuação de uma organização criminosa.

De acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar¹⁵, mesmo diante da ocorrência da infração, pode-se deixar de atuar, no intuito da captura do maior número de infratores, ou da captação de um maior manancial probatório. Nesta senda, esta hipótese não se confunde com o flagrante esperado, tendo em vista que neste a polícia aguarda o início dos atos executórios, e, uma vez iniciados, surge a obrigação de realizar a prisão. Diferencia-se do flagrante diferido, em que a polícia deixa de efetivar a prisão, apesar da sua ciência do crime, pois aguarda-se, estrategicamente, o momento mais adequado para a realização da prisão.

Como se observa, existe uma autorização à autoridade policial para que possa realizar o seu dever de prender quem se encontra em estado de flagrância em um momento posterior, evitando eventual delito de prevaricação, como também possibilita uma investigação melhor instruída. Em verdade, trata-se de hipótese de prisão em flagrante de feição estratégica, uma vez que a autoridade policial pode escolher por aguardar, durante a investigação criminal,

¹³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 810.

¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012, p. 724.

¹⁵ ALENCAR, Rosmar Rodrigues e TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 565.

o momento mais adequado para a realização da prisão, mesmo que sua atitude implique na postergação da intervenção.

2.2.1 O conceito da ação controlada

A ação controlada compreende o retardamento da intervenção estatal quando constatada uma prática delituosa, que, no caso deste trabalho, é cometida por membros de organização criminosa. Desta forma, mantém-se esta atividade criminosa sob a vigilância policial a fim de obter mais informações para subsidiar a investigação criminal. Assim, há uma relativização da flagrância delitiva na tentativa de aumentar a eficiência da investigação criminal, permitindo colher outros elementos relacionados à materialidade e à autoria delitiva.

Sabe-se que, estrategicamente, é mais vantajoso evitar a prisão de integrantes menos influentes de uma organização criminosa de início, a fim de monitorar suas ações e possibilitar a prisão de um número maior de integrantes ou a obtenção de provas em relação aos superiores hierárquicos daquele grupo criminoso. Portanto, na prática, o poder punitivo estatal será aplicado de modo eficiente e eficaz, pois a pirâmide hierárquica organizada será desfeita no momento em que os maiores responsáveis pela formação daquela organização criminosa forem punidos.

Ressalte-se que a ação controlada refere-se ao método de investigação utilizado pelas autoridades para controlar e vigiar práticas criminosas com a finalidade de colher o maior número de elementos informativos possível, sem que a situação de flagrante desapareça. Neste sentido, existe uma situação específica em que pode se verificar a existência de uma ação controlada, contudo, na prática, observa-se que esta ação é utilizada para procedimentos investigativos gerais que necessitam de sigilo. Assim, o que foi criado para acompanhar *o iter criminis* e postergar o flagrante foi transformado em uma espécie de inquérito policial sigiloso, mais conhecido por se assemelhar a operações policiais.

Neste Sentido, Eduardo Araújo da Silva¹⁶ discorre sobre a natureza da ação controlada. Para o mencionado autor, a ação controlada é uma estratégia de investigação, a qual permite que os policiais escolham entre efetuar a prisão em flagrante de integrantes menos influentes de uma organização criminosa e aguardar, monitorando suas ações, para obter mais elementos informativos que auxiliem na persecução de todos os seus membros, especialmente os superiores hierárquicos ou daqueles que possuem mais influência na organização.

¹⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado:** procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003. pp. 91-92.

A sua natureza estratégica revela que a ação controlada envolve planejamento, ou seja, um conjunto de atos e recursos destinados ao alcance de determinado objetivo. Em verdade, esse instituto consiste em um método e não em uma técnica, uma vez que pressupõe um planejamento idealizado com astúcia por parte do investigador para alcançar a sua meta, sendo imprescindível o desenvolvimento de uma inteligência criminal para subsidiar a investigação criminal. Todavia, a ação controlada envolve diversas técnicas especiais de investigação, o que revela a sua natureza não omissiva.

Desta forma, percebe-se que finalidade da ação controlada é a obtenção da maior quantidade de elementos possíveis que podem ser utilizados como prova para a instauração da ação penal, através da denúncia realizada pelo Ministério Público. Assim, mesmo que seja necessário realizar um juízo de valor sobre o melhor momento para a efetiva atuação do poder estatal, deve-se afastar a sua realização quando há uma situação de flagrante delito em que se pode colher maiores informações sobre a autoria e a materialidade do fato criminoso.

Nota-se, então, que a finalidade principal da ação controlada encontra-se em fornecer elementos suficientes para a formação da *opinio delicti* do membro do *Parquet* no sentido de denunciar a atuação da organização criminosa, haja vista que o mesmo atua na elaboração da denúncia ou no pedido de arquivamento da investigação policial. Ademais, o convencimento do representante do Ministério Público faz-se necessário para que seja instaurado o processo penal capaz de responsabilizar os participantes da organização criminosa.

2.2.2 Fase da persecução penal

O art. 3º da Lei nº 12.850/13¹⁷ dispõe, em seu inciso III, que a ação controlada é um meio de obtenção de prova permitida em qualquer fase da persecução penal, conforme verifica-se a seguir:

Art. 3º **Em qualquer fase da persecução penal**, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes **meios de obtenção da prova**:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 11 dez. 2018.

- V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;
- VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;
- VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;
- VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. (grifo nosso).

Contudo, como já mencionado anteriormente, apesar de sua natureza jurídica não ser propriamente a de um meio de obtenção de prova, ao inserir nesse rol, o legislador implicitamente entende que a ação controlada deve ser utilizada na fase inicial da persecução penal, assim como um meio de obtenção de prova.

A persecução criminal, segundo o doutrinador Tourinho Filho¹⁸, consiste na atividade de investigar o fato contrário à norma penal e pedir, em juízo, o julgamento da pretensão punitiva. Segundo esse mesmo autor, a persecução criminal divide-se em dois momentos distintos, o da investigação e o da ação penal. Enquanto a ação penal formula o pedido de julgamento da pretensão punitiva, a investigação exprime-se na atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo.

Ademais, o artigo 3º dispõe expressamente que o rol de instrumentos previstos podem ser usados em qualquer fase da persecução penal, sem exceções. Todavia, algumas características desse instituto apontam que o mesmo deve ser utilizado apenas na fase inicial. Observa-se, de início, que a ação controlada é um método de investigação que ocorre simultaneamente a situação de flagrante, logo, anterior à instauração da ação penal.

Além disso, a ação controlada possui o sigilo como uma de suas características principais, uma vez que a sua eficácia depende do desconhecimento dos investigados sobre o controle a que estão sendo submetidos. Desta forma, sabe-se que o sigilo somente é admitido na fase inicial da persecução criminal, sendo esta uma excepcionalidade.

Para tanto, o artigo 20 do Código de Processo Penal¹⁹ traz a seguinte disposição: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Por conseguinte, o sigilo durante a investigação não é absoluto, haja vista que se restringe às hipóteses em que seja estritamente necessário à investigação, sob pena de não colher os elementos elucidativos, ou quando o interesse social estiver nitidamente presente.

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, Volume 1.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.15.

¹⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 dez. 2018.

Portanto, verifica-se que a ação controlada mostra-se incompatível com a fase processual ou de instauração da ação penal, tendo em vista que os acusados devem possuir conhecimento sobre o processo em que são réus, bem como devem ter seus direitos à ampla defesa e ao contraditório garantidos amplamente.

2.3 A AÇÃO CONTROLADA NA LEGISLAÇÃO E A SUA EVOLUÇÃO

Antes de abordar a temática acerca da evolução legislativa da ação controlada, faz-se importante remeter à Convenção de Viena e à Convenção de Palermo. Sabe-se que a preocupação com o crescimento do crime organizado originou alguns tratados internacionais para prevenir e reprimir tais delitos, o que ganhou certo apoio de vários países que ratificaram seus documentos, incluindo o Brasil.

Neste sentido, a Convenção de Viena, conhecida como Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, foi concluída em 1988 e entrou em vigor internacional em 1990. A mesma foi aprovada pelo Congresso Nacional através Decreto Legislativo n° 162 em junho de 1991; sendo incorporado ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n° 154 ainda no ano de 1991.

A Convenção de Viena dispõe sobre a entrega vigiada, a qual permite que remessas ilícitas ou suspeitas de entorpecentes e outras substâncias saiam do território de um ou mais países, que o atravessem ou nele ingressem, com o conhecimento e sob a supervisão de suas autoridades competente, para identificar os autores de delitos especificados na convenção.

Segundo o doutrinador Damásio de Jesus, apud Revista de Doutrina da 4^a Região²⁰, o instituto da entrega vigiada destaca-se pela sua eficiência:

O objetivo dessa forma de investigação é permitir que todos os integrantes da rede de narcotraficantes sejam **identificados e presos**. Além disso, **garantir maior eficiência na investigação**, pois, quando a remessa da droga é interceptada antes de chegar ao seu destino, ignora-se quem é o destinatário ou, mesmo que ele seja conhecido, não pode ser incriminado. **A entrega vigiada torna-se uma verdadeira exceção ao princípio de que toda autoridade que tem conhecimento de um delito no exercício de suas funções deve denunciá-lo e perseguí-lo**. Por uma questão de política criminal, considera-se mais conveniente não interceptar imediatamente esse carregamento de droga para conseguir um resultado mais positivo, ou seja, o desbaratamento de toda a organização criminosa. (grifo nosso).

²⁰ GOMES, Rodrigo Carneiro. A novíssima lei de entorpecentes (Lei 11.343/2006) e as modificações da “ação controlada” ou “não-atuação policial”. **Revista de Doutrina da 4^a Região**, Porto Alegre, n.16, fevereiro 2007. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao016/Rodrigo_Gomes.htm. Acesso em: 03 jan. 2019.

Por sua vez, a Convenção de Palermo, também denominada de Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, foi aprovada em novembro de 2000 e entrou em vigor internacionalmente em setembro de 2003. Esta convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 231 de 2003, e entrou em vigor para o Brasil apenas em fevereiro de 2004, através do Decreto nº 5.015.

A Convenção de Palermo, na verdade, representa um significativo avanço na luta contra o crime organizado transnacional. Através deste instrumento, percebeu-se o reconhecimento por parte dos Estados-Membros da gravidade do problema, bem como a necessidade de promover e de reforçar a estreita cooperação internacional com o objetivo de enfrentar o crime organizado transnacional.

Além disso, os Estados-membros que ratificaram este instrumento comprometeram-se a adotar diversas medidas contra o crime organizado transnacional, incluindo a própria entrega vigiada e a tipificação criminal na legislação nacional de condutas, como a participação em grupos criminosos organizados, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça.

Desta forma, a Convenção de Palermo é outro importante instrumento de cooperação internacional de prevenção e repressão ao crime organizado. Diante dessa perspectiva, o primeiro artigo da Convenção de Palermo define o seu objetivo que consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.

Devido à inexistência de definição no direito positivado, a Convenção de Palermo era utilizada para basear a aplicação da Lei de Crime Organizado, a qual condicionava consequências jurídicas em caso de existência de uma organização criminosa, porém não a definia. Contudo, a Lei nº 12.694/12 revoluciona a realidade normativa ao introduzir um conceito legal de organização criminosa.

Neste sentido, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional²¹ conceituou a entrega vigiada em seu artigo segundo, alínea i, conforme verifica-se a seguir:

Artigo 2. Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

(...)

i)"Entrega vigiada" - a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem,

²¹ BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 03 jan. 2018.

com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática.

Desta feita, historicamente, o instituto da prisão em flagrante começou a ser relativizado em razão da criação da entrega vigiada, a qual, posteriormente, originou outras técnicas de investigação, como foi o caso da ação controlada. Entretanto, apesar da ação controlada e da entrega vigiada possuírem objetivos semelhantes, por proporcionar a identificação de um maior número de integrantes de uma quadrilha ou organização criminosa, são institutos inconfundíveis.

A ação controlada possui um conceito mais abrangente, uma vez que permite o controle e a vigilância de qualquer ação criminosa, não se limitando apenas a entrega vigiada de entorpecentes e de armas. Alguns estudiosos entendem que, por isso, a entrega vigiada é uma das modalidades de ação controlada. Assim, antes de chegar a qualquer conclusão, faz-se necessário perceber a evolução legislativa brasileiro em relação ao instituto da ação controlada.

2.3.1 Legislações anteriores à Lei nº 12.850/13

Após a ratificação da Convenção de Palermo, foi publicada a Lei nº 9.034/95. Segundo esta lei em qualquer fase de persecução criminal são permitidos alguns procedimentos de investigação e formação de provas, incluindo a ação controlada, sem prejuízo dos já previstos em outras leis.

Esse método de investigação deve estar sob a observação e acompanhamento para que haja eficácia da medida tanto na formação de provas, como no fornecimento de informações. Para tanto, a mencionada a Lei nº 9.034/95²² definia a ação controlada em seu artigo 2º, inciso II, o qual dispõe:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:
(...)

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações. (grifo nosso).

²² BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em: 03 jan. 2019.

Após quase dez anos, surge a Lei nº 11.343/2006²³, denominada Lei sobre Drogas, a qual em seu artigo 53, inciso II, previu a ação controlada exclusivamente sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro. Conforme verifica-se a seguir:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores. (grifo nosso).

Neste sentido, o parágrafo único do art. 53 estabelece que a autorização para haver a ação controlada em crimes relacionados a drogas será concedida desde que haja a presença de dois requisitos: o conhecimento do caminho provável das substâncias ilícitas e dos envolvidos, bem como a identificação dos autores ou colaboradores do delito investigado.

Posteriormente, conforme as alterações realizadas pela Lei nº 12.683 de 2012, a Lei nº 9.613/98²⁴, conhecida como a Lei de Lavagem de Dinheiro, em seu artigo 4º - B também trouxe uma espécie de ação controlada, a saber:

Art. 4º-B. A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações. (grifo nosso).

No caso da Lei de Lavagem de Dinheiro, a ação controlada deve passar por um rito processual antes de ser iniciada. De início a ordem de prisão ou as medidas assecuratória podem ser suspensas pelo magistrado, para tanto, deve ser ouvido o representante do Ministério

²³ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 03 jan. 2019.

²⁴ BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm. Acesso em: 03 jan. 2019.

Público, apesar da urgência dessa medida, requisitos que não foram estabelecidos pelas legislações anteriormente citadas.

Verifica-se que o instituto da ação controlada não é recente no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, a Lei nº 12.850 foi a responsável por detalhar alguns elementos necessários para a instauração da ação controlada. Entretanto, a legislação recente ainda não conseguiu lograr êxito totalmente para a eficiência deste método investigativo, conforme será analisado no decorrer deste trabalho.

2.3.2 Lei nº 12.850/2013: A nova legislação da ação controlada

Através da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, o instituto da ação controlada passou a receber tratamento mais detalhado, especialmente em seus artigos 8º e 9º. A mencionada lei define o conceito de organização criminosa e dispõe sobre investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento investigatório criminal. Além disso, houve a revogação da Lei nº 9.034/95 por meio da legislação supracitada.

Anteriormente, observou-se que a ação controlada consiste em um método de investigação utilizado na fase inicial da persecução penal e possui a finalidade de colher o maior número de elementos capazes de dar suporte probatório a denúncia. Contudo, há uma definição legal bastante utilizado pelos estudiosos para compreender melhor em que consiste este método.

Na atualidade, o art. 8º da Lei nº 12.850/2013²⁵, em substituição ao art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.034/95, é o responsável por conceituar o instituto da ação controlada, o qual, por sua vez, dispõe:

Art. 8º 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**. (grifo nosso).

²⁵ BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 11 dez. 2018.

A autora Fernanda Regina Vilares²⁶, observando os elementos presentes no mencionado artigo, verificou a existência de um pressuposto, um meio de execução, uma condição de legalidade, uma finalidade e um requisito cogente para a utilização da ação controlada. Além da existência da investigação transnacional, que revela uma exigência específica.

O pressuposto necessário para a existência de uma ação controlada consiste na prática reiterada de um crime ao longo do tempo de forma a possibilitar seu monitoramento. O art. 303 do Código de Processo Penal indica que "nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência", portanto, o dever de agir do agente público perdura ao longo deste período de duração do crime permanente.

Todavia, a ação controlada não ocorre apenas em situações que envolvam crimes permanentes, uma vez que a legislação não especifica tais situações. Logo, entende-se que o pressuposto inclui diversas formas de reiteração de conduta, ainda que haja interrupção na prática criminosa, como ocorre nos crimes habituais, continuados e nas condutas criminosas em concurso material.

Diferente do que possa ser pensado, em geral, as investigações não partem da constatação da existência de uma organização criminosa, pelo contrário, inicia-se da constatação de uma conduta criminosa reiterada. Assim, conclui-se pela existência de uma organização criminosa ou não, para, então, deflagrar a ação controlada, sob pena de ser considerada nula e os seus elementos tornarem-se provas ilícitas.

Diante disso, o meio de execução da ação controlada compreende o retardamento da intervenção policial ou administrativa através do monitoramento da ação criminosa. Desta forma, o retardamento da prisão em flagrante ou de qualquer outra medida que cesse a ação criminosa, por exemplo, a prisão preventiva ou as medidas cautelares, deve durar por apenas um período.

A condição de legalidade existente na ação controlada consiste em monitorar constantemente a prática delituosa. Sendo assim, atende-se a necessidade de acompanhar a reiteração das condutas, de identificar o tipo de crime que está sendo cometido, e de colher provas que transcendam o momento inicial da situação em flagrante.

²⁶ VILARES, Fernanda Regina. **Ação controlada e criminalidade organizada: os controles necessários à atividade investigativa.** Tese de Doutorado em Direito (Área de concentração de Direito Processual Penal). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), Faculdade de Direito, 2014, p. 158.

Para tanto, a própria Lei nº 12.850/13 estabelece em seu art. 3º²⁷ instrumentos probatórios que possibilitam, a ação controlada ser admitida e atingir sua finalidade. São exemplos desses instrumentos: a infiltração de agente, a captação ambiental de sinais acústicos, o acesso a registros telefônicos, o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal. Desta maneira, há uma troca da intervenção pela investigação, portanto, não existe propriamente uma omissão das autoridades policiais ou administrativas.

Em relação à finalidade da ação controlada, observa-se que existe uma busca no sentido de aumentar a eficácia investigativa por meio de um suporte probatório mínimo capaz de fornecer elementos relacionados à autoria e à materialidade delitiva investigada para que a peça acusatória seja aceita.

Por fim, quanto ao requisito cogente, sabe-se que existem dois requisitos legais exigidos para a utilização da ação controlada, quais sejam: uma ação praticada por uma organização criminosa ou a ela vinculada e a cooperação judicial internacional, sendo esta exigida somente em casos que transcendam fronteiras. Ressalte-se que os crimes aqui retratados são praticados pelos membros da organização criminosa ou por quem tem um vínculo com a mesma e não pela organização propriamente dita.

Percebe-se que o mencionado artigo não se restringiu a descrever o que deve ser entendido por ação controlada, como foi realizado nas legislações anteriores, uma vez que em seus parágrafos há um tratamento mais aprofundado acerca da matéria, conforme verifica-se a seguir:

Art. 8º(...)

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente **comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público**.

§ 2º A comunicação será **sigilosamente distribuída** de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será **restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia**, como forma de garantir o êxito das investigações.

²⁷ Art. 3º, Lei nº 12.850/13 - Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstaciado acerca da ação controlada. (grifo nosso).

Ressalte-se que para existir uma organização criminosa são necessários alguns elementos básicos, como a necessidade de ser uma associação estruturada e a divisão de tarefas entre os sujeitos. Estes elementos diferenciam a organização criminosa da Lei nº 12.850/13 do concurso de agentes ou do crime de associação criminosa, tipificado no art. 288 do Código Penal.

Após o advento da Lei nº 12.850/13, a ação controlada, quando da apuração dos crimes envolvendo organizações criminosas, sofreu diversas acréscimos, dentre eles a dispensa de autorização judicial, requerendo, apenas, sua mera comunicação ao juiz competente e ao Ministério Público. Os limites deste método investigativo podem ser estabelecidos caso o magistrado entenda necessário, bem como haverá um simples auto circunstaciado após o término da ação.

Por fim, o artigo 9º da supramencionada lei trata sobre a ocorrência da ação controlada quando houver a transposição de fronteiras, tendo em vista que, neste caso, deve haver a cooperação das autoridades dos países envolvidos. Para tanto, o artigo preceitua:

Art. 9º Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

Em relação ao art. 9º da Lei nº 12.850/13, nota-se que o retardamento da atuação das autoridades depende do auxílio das autoridades dos países em que o investigado está instalado ou já frequentou a fim de reduzir riscos de fuga e extravio do produto, objeto ou instrumento do crime em análise. A ação controlada e a transposição de fronteiras possuem relação direta nos casos, não raros, em que os recursos financeiros relacionados com a atividade criminosa passam pelo sistema financeiro de outros países, apesar de os membros das organizações criminosas não ultrapassarem as fronteiras do Brasil.

Em análise ao que foi abordado, percebe-se que a ação controlada, apesar de seus avanços legislativos, pouco avançou na prática, uma vez que não há nenhuma fiscalização acerca da atuação policial durante a investigação e não garante a necessária segurança jurídica ao investigado, pois facilita ao magistrado impor limites a ação controlada e estabelece apenas a sua simples comunicação direcionada ao juiz e ao membro do Ministério Público.

3 A POSIÇÃO JURÍDICA DO INVESTIGADO NA AÇÃO CONTROLADA

O capítulo anterior realizou um estudo acerca do instituto da ação controlada diante de investigações criminais, sobretudo no contexto das organizações criminosas. Em seguida, abordou-se sobre a ação controlada em diferentes operações investigativas no Brasil, bem como, relatou-se características peculiares desse método investigativo.

Outrossim, foram identificadas legislações anteriores à Lei nº 12.850/13, as quais contribuíram pouco para a regulamentação do método investigativo em discussão. Contudo, mesmo diante da evolução na legislação que regula a ação controlada, percebe-se que não houve grandes avanços fáticos, especialmente com o intuito de garantir segurança jurídica ao investigado.

Conforme foi analisado no capítulo anterior, a ação controlada também pode ser denominada de flagrante postergado, pois, a autoridade policial apenas vigia os investigados, não havendo indução à prática delitiva, assim como não se cria uma situação de flagrância, o que permite a sua legalidade.

Em suma, existe uma espera do momento mais adequado para efetuar a prisão em flagrante de modo que toda a ação criminosa é realizada pelos próprios investigados, sem influência ou instigação dos investigadores, faz-se uma verdadeira campanha. Contudo, corriqueiramente, observa-se que há um flagrante preparado disfarçado de ação controlada.

O flagrante preparado pode ser definido como uma verdadeira indução do crime por parte da autoridade policial ou administrativa responsável pela investigação em andamento. Na verdade, cria-se um estímulo para o investigado praticar o delito, havendo uma preparação para a situação de flagrância, sendo esta modalidade de flagrante considerada ilegal.

Veja-se o seguinte entendimento do estudioso Aury Lopes Júnior²⁸ em relação ao investigado quando ocorre o flagrante preparado:

É impelido à prática de um delito por um agente provocador, normalmente um policial ou alguém a seu serviço. [...] É uma provocaçãometiculosamente engendrada para fazer nascer em alguém a intenção, viciada, de praticar um delito, com o fim de prendê-lo.

Por conseguinte, observa-se que, na prática, ocorre uma distorção do instituto da ação controlada, tendo em vista que o mesmo é utilizado em outras espécies ilegais de flagrante. Neste sentido, pretende-se definir ao longo deste capítulo um arcabouço teórico com o intuito de basear algumas propostas de regulamentação necessárias para a completa consonância da

²⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 815-816.

ação controlada com os direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 e com os princípios intrínsecos ao processo penal.

Desta forma, deve-se fazer uma análise teórica acerca dos limites da busca pela verdade real, para identificar autores e participantes de organizações criminosas, em detrimento dos direitos fundamentais dos investigados. O estudo realizado no presente capítulo direciona a análise para o uso da ação controlada de modo moderado, com atenção especial para o conflito existente entre o sigilo investigativo e o direito de defesa do investigado.

Faz-se necessário salientar que a ação controlada é um instrumento de investigação não violador de direitos e garantias fundamentais, por isso, possui aceitabilidade e aplicabilidade constantes. Tanto que a mesma foi utilizada em diversas operações de investigação realizadas pela polícia brasileira, sendo sua legitimidade sancionada pelo STF, como ocorreu no mencionado Habeas Corpus nº 102.819.

Assim, além da necessidade de ser observada uma nova perspectiva da verdade no processo penal, determinados direitos e garantias fundamentais devem ser respeitados em qualquer fase da persecução penal. Por exemplo, existe um contraponto no que diz respeito à questão da publicidade da investigação frente à clandestinidade necessária às técnicas especiais de investigações utilizadas na ação controlada, a qual possui como característica essencial o sigilo.

Inclusive, a própria duração da ação controlada torna-se ponto discutível frente aos direitos dos investigados, podendo restringir direitos fundamentais deste, mesmo sem sua ciência, durante os anos em que ocorre a investigação criminal e a colheita de possíveis provas de autoria e de materialidade capazes de embasar a denúncia ministerial.

Neste sentido, devem ser realizadas discussões acerca dos contrapontos existentes entre os direitos e garantias do investigado, o qual pode vir a ser imputado criminalmente, e a eficiência investigativa, a qual revela o interesse investigativo em encontrar elementos suficientes de autoria e de materialidade do delito. Assim, deve-se refletir, especialmente, sobre a suposta contradição existente entre a eficiência investigativa e o garantismo constitucional.

3.1 O IMPUTADO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

No decorrer das décadas no cenário jurídico-brasileiro, a perspectiva do suspeito durante a investigação criminal foi sendo modificada. Antes havia uma visão inquisitória em que o investigado recebia o tratamento de mero objeto da investigação. Contudo, atualmente, o entendimento consolidado é o de que o investigado deve ser considerado sujeito de direitos,

inclusive na fase inicial da persecução penal, o que garante direitos como o de ampla defesa e ao contraditório.

Conforme os ensinamentos de Marta Saad²⁹:

É usual encontrar na doutrina a afirmação de que o indivíduo envolvido nos trabalhos investigatórios e instrutórios realizados no curso do inquérito policial, é, tão-só, objeto de investigação, tornando-se sujeito de direitos apenas na segunda fase da persecução penal. (...)

Em verdade, o envolvido em inquérito policial deve ser reconhecido como sujeito ou titular de direitos, sujeito do procedimento e não apenas sujeito ao procedimento, verdadeiro 'titular de direito que dentro dele exerce'. O indivíduo é, aliás, sujeito e titular de direitos sempre, não importa em que estágio o procedimento se encontre. **Os direitos e garantias constitucionais não têm limites especiais e nem obedecem a procedimentos, simplesmente devem ser obedecidos sempre.** (grifo nosso).

Desta forma, o sujeito, ora investigado, não deixa de possuir direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, mesmo durante a fase pré-processual. Todavia, deve ser reconhecido que o suspeito pode ser fonte de prova e objeto de atos instrutórios, mesmo não lhe retirando a titularidade de direitos indisponíveis e inerentes à personalidade, oponíveis em qualquer circunstâncias.

Durante essa investigação pré-processual, existe um momento, denominado imputação ou indiciamento, em que o indivíduo investigado torna-se alvo, podendo ser denunciado. Especialmente nesta fase os seus direitos e garantias fundamentais produzem reflexos, o que limita o sigilo da investigação.

Com isso, no momento em que ocorre a imputação do investigado, o mesmo tem o direito de se defender e, consequentemente, de ser informado sobre os fatos que lhe são atribuídos, o que, igualmente, limita o alcance da ação controlada, caso exista.

3.1.1 Os reflexos do indiciamento no âmbito investigativo

O indiciamento pode ser definido como a imputação formal da autoria ou participação de infração penal a um sujeito, durante o decorrer do inquérito policial, possuindo natureza jurídica de ato administrativo formal. Desta forma, a imputação, mais conhecida por indiciamento, constitui ato próprio do inquérito policial, não podendo ocorrer, por exemplo, em Termos de Circunstaciado de Ocorrência.

²⁹ SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. **Editora Revista dos Tribunais**, São Paulo, pp. 205-206, 2004.

Em consonância com o art. 2º, §6º, da Lei n.º 12.830/2013³⁰, ”o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”. Sendo assim, não é possível que outros sujeitos, como o magistrado ou membro do Ministério Público, requisitem o indiciamento de alguém pela autoridade policial.

Neste sentido, Antonio Scarance Fernandes³¹ defende que a imputação não consiste em mero ato, mas sim em um juízo que pode tanto ser revelado por um ato singular, quanto pelo tratamento atribuído ao suspeito no bojo da investigação, ainda que não seja levada a cabo a acusação ou o indiciamento formal.

Por sua vez, o imputado pode ser definido como o possível responsável pelo cometimento de um ato ilícito, atribui-se a ele a prática de determinada infração penal. Desta forma, o objeto da imputação será justamente a prática ou o fato concreto que se enquadra em um tipo penal.

Inicialmente, a pessoa investigada é considerada suspeita, nesta fase há frágeis indícios ou mero juízo de possibilidade de autoria por parte do suspeito, na verdade há uma desconfiança de que ele esteja relacionado com o evento criminoso. O sujeito somente pode ser considerado indiciado, quando, durante o inquérito policial, houver provas suficientes da existência do delito, configurando a materialidade do delito, e indícios que apontem ser ele o provável autor do delito sob investigação, formando o elemento da autoria do crime.

O investigado somente torna-se acusado após o recebimento da peça acusatória, que pode ser uma denúncia ou uma queixa-crime, pelo magistrado. Assim, a acusação é posterior ao indiciamento, sendo indispensável para este a presença de elementos informativos, acerca da materialidade e da autoria do delito, e a sua fundamentação.

A consequência da imputação será justamente a possibilidade de haver uma reação defensiva ainda nesta fase pré-processual, pois, confere-se ao imputado o direito de resistir à acusação delituosa que lhe é feita. Sendo assim, adotando um conceito amplo de imputado, seus direitos e deveres, principalmente de defesa, devem ser-lhe garantidos.

Desta forma, na temática da ação controlada, o maior efeito do reconhecimento da posição jurídica do imputado reside na exigência de uma menor duração do sigilo investigativo,

³⁰ BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 24 jan. 2019.

³¹ SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Reação defensiva à imputação.** Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, pp.101-104, 2002.

uma vez que só assim pode ser reduzida e controlada o uso de técnicas invasivas de investigação e reduzida a restrição ao direito de defesa do suspeito, agora imputado.

3.1.2 Os princípios da ampla defesa e do contraditório como garantias constitucionais

A partir do momento em que o mero suspeito torna-se imputado, fortalecem-se direitos e deveres a serem exercidos especialmente nesta fase investigativa. Como mencionado, tecnicamente, a consequência da imputação reside em possibilitar o exercício pleno do direito de defesa do investigado, haja vista que o mesmo tem direito de resistir à atribuição da prática do delito pelo qual foi indiciado.

Afirma José Afonso da Silva³² que "direito são bens e vantagens conferidas pela norma". Em verdade, o direito é um atributo da pessoa humana que vive em sociedade, a qual passa a exercer seus direitos de homem e cidadão. Dentre os direitos do homem alguns são básicos para à dignidade da pessoa humana básicos, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade.

O direitos fundamentais do homem e do cidadão, inseridos pela Constituição Federal de 1988, foram essenciais para impulsionar princípios considerados básicos, especialmente no cenário do processo penal. Os princípios do contraditório e da ampla defesa podem ser considerados basilares em qualquer procedimento investigatório criminal e devem estar presentes inclusive durante a primeira fase da persecução penal, qual seja, durante a investigação criminal.

O princípio do contraditório relaciona-se com o direito assegurado às partes de serem cientificadas sobre todos os atos e fatos ocorridos durante o curso do processo. Assim, esses sujeitos podem manifestar-se e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional.

Conforme a doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro³³, o princípio do contraditório compõe o direito de defesa e apresenta elementos essenciais:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 9 ed., re. e ampl. São Paulo, Malheiros, 1993, p.359.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 367.

de exame das provas constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita.

Desta forma, o contraditório consiste no acesso do interessado à informação do que foi praticado no decorrer do procedimento, podendo então exercer o seu direito de reação ou a sua defesa. Sendo mais do que uma oportunidade de ação e reação, o contraditório garante que todo o procedimento penal desenvolva-se com observância da paridade de armas.

De acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodriguez Alencar³⁴, o princípio do contraditório é traduzido pelo binômio ciência e participação, impondo que “às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre atos que constituem a evolução do processo”.

Por sua vez, o princípio da ampla defesa abrange a possibilidade de manifestação, através da autodefesa ou por meio de defensor, configurando a denominada defesa técnica. Este princípio é uma consequência do contraditório para a defesa, haja vista que, além da ciência e informação da imputação criminal, surge o direito a uma defesa técnica, direito à produção de prova e de impugnar os atos decisórios; em geral, surge o direito de interferir no processo.

A ampla defesa, sustentada pelo devido processo legal, adveio com o propósito de garantir a liberdade pertinente à pessoa humana, utilizando-se das garantias previstas na Constituição Federal. Assim, a ampla defesa é um direito garantido pelo devido processo legal que se realiza através do contraditório.

Em síntese, consagrada no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, a ampla defesa diz respeito ao dever que assiste ao Estado de facultar ao acusado toda a defesa possível quanto à imputação que lhe foi realizada. Desta maneira, acompanhada do contraditório, possibilita que o direito de defesa seja exercido efetivamente.

O direito ao contraditório, sob a ótica do réu, guarda estreita relação com a garantia da ampla defesa, estando ambos assegurados no dispositivo constitucional. O contraditório e a ampla defesa estão positivadas na Constituição Federal de 1988, consoante o artigo 5º, inciso LV, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Devido a essa evolução constitucional, o princípio da ampla defesa está conectado ao princípio do contraditório, visto que um depende do outro para ser aplicado, de forma que, se houver uma pretensão resistida de uma parte, a outra terá o direito de se defender. Portanto,

³⁴ TÁVORA, Nestor; RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. Bahia: JusPodivm, 2011, p.58.

tais princípios passaram a ser considerados como direitos fundamentais e garantias processuais do cidadão.

Sendo assim, a ampla defesa está associada ao princípio do contraditório e ao exercício da ação, visto que para se ter uma ampla defesa é necessária a participação do contraditório a fim de que as partes possam contestar sobre o assunto tratado e averiguar a verdade real dos fatos com o intuito de alcançar uma sentença benéfica.

Ademais, o princípio da ampla defesa encontra-se aliada ao princípio da presunção de inocência, disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, o qual preceitua: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Assim, permite-se que o acusado tenha direito de permanecer em silêncio diante de acusações e de produzir provas em prol da sua defesa.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório possuem estreita relação com o Estado Democrático de Direito e com o princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque garante-se ao acusado o legítimo exercício de exercer o seu direito de defesa, ao permitir que se defenda das acusações que lhe foram imputadas. Resta saber se tais princípios são exercidos na primeira fase da persecução penal em que ocorre a ação controlada, tendo em vista que o texto legal acaba por restringi-los.

3.1.3 A aplicabilidade do direito de defesa na investigação criminal

Os princípios do contraditório e da ampla defesa compõem o direito de defesa, conforme fora analisado. Ademais, ambos estão presentes na Carta Magna, consoante o mencionado artigo 5º, inciso LV, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Desta forma, a posição doutrinária majoritária entende que, como o supracitado dispositivo menciona a existência de ambos os princípios apenas em processo judicial ou administrativo, o contraditório não se aplicaria ao inquérito policial, tendo em vista o mesmo ser um procedimento administrativo. Neste sentido, os defensores dessa tese, igualmente, argumentam que o artigo refere-se exclusivamente aos litigantes e aos acusados, afastando, portanto, a sua aplicação ao investigado.

Em consonância com o procedimento sigiloso exigido pela ação controlada, e pelo próprio inquérito policial, deve-se reconhecer que não há como existir um contraditório pleno nesta fase, posto que comprometeria a eficácia da investigação. Contudo, deve-se defender a

existência do chamado contraditório possível, ou seja, deve-se limitar o contraditório, mas não totalmente, diante de certas operações para não prejudicar a eficácia do inquérito policial ou de outro procedimento investigativo.

Faz-se necessário existir a paridade de armas para haver um equilíbrio processual, conforme entende Luigi Ferrajoli³⁵:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, **que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau de procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.** (grifo nosso).

Portanto, percebe-se facilmente que o contraditório e a ampla defesa devem ser intrínsecos a qualquer procedimento relacionado com os direitos fundamentais, principalmente, o da dignidade da pessoa humana e o devido processo legal. Neste contexto, surge a Lei nº 13.245/16, a qual contribui para a defesa da aplicabilidade dos aludidos princípios na investigação criminal.

A Lei nº 13.245/16 ampliou o rol de direitos do advogado, dispostos no Estatuto da Advocacia. Esta legislação inseriu, especialmente, direitos advocatícios exercidos em favor dos clientes investigados durante a apuração de infrações, consoante o artigo 7º, inciso XXI, alínea “a”, da Lei nº 8.906/94 – Estatuto da OAB³⁶, acrescido pela Lei nº 13.245/16, *in verbis*:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, **podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos.** (grifo nosso).

Desta forma, a permissão dada ao advogado para apresentar razões e quesitos, durante a apuração de infrações, demonstra claramente a existência da ampla defesa e do contraditório nesta fase. Além disso, verifica-se que a nulidade absoluta existente nas oitivas realizadas com o cerceamento da participação do advogado revela, mais uma vez, a presença da ampla defesa na investigação.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2010, p. 564.

³⁶ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

Apesar de uma significativa parcela da doutrina defender a inexistência do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação preliminar, em que ocorre a ação controlada, percebe-se que eles existem na medida do possível, não podendo ser descartados sob pena de cerceamento dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Indubitavelmente, para que haja uma prestação mais efetiva de justiça devem os princípios do contraditório e da ampla defesa serem assegurados por todos os participantes da persecução penal seja autoridades policiais, promotores de justiça ou juízes de direito. Deste modo, deve-se reconhecer, com as devidas considerações, que o contraditório e a ampla defesa estão presentes no inquérito policial, estando ultrapassada a tese de que a defesa existe somente após o fim investigação preliminar.

Por conseguinte, frisa-se a necessidade do limite temporal das investigações sigilosas a fim de restringir a sua duração ao estritamente relevante para a obtenção dos elementos indispensáveis na formação de um juízo de imputação capaz de subsidiar adequadamente a denúncia. Assim, o direito de defesa será exercido com limitações por um curto período de tempo, mantendo o direito de igualdade ao indivíduo, tendo em vista que a sua aplicação restrita por um longo tempo causará danos aos direitos e garantias reconhecidas constitucionalmente.

3.2 A BUSCA PELA VERDADE REAL EM DETERIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No âmbito processual, busca-se a verdade através de aspectos diversos, pois, enquanto no processo civil vigora a busca pela verdade formal ou convencional através das manifestações formuladas pelas partes, no processo penal o magistrado deve procurar pela verdade real, procurando saber como os fatos ocorreram na realidade para além do que os sujeitos processuais alegam. Conforme leciona Diomar Ackel Filho³⁷:

No processo civil, com a admissão das presunções que determinam a chamada verdade ficta. No processo penal, com a rejeição das ficções e das verdades retratadas de modo artificial, por obra das indigitadas presunções. **No processo civil prepondera, portanto, a verdade formal e no processo penal, a verdade real.** (grifo nosso).

A verdade no processo penal não se trata da verdade formal, mas da verdade real ou material, denominada por alguns estudiosos de verdade absoluta. O princípio da verdade

³⁷ ACKEL FILHO, Diomar. Verdade formal e verdade real. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, 1988, p. 8.

real, um dos mais relevantes princípios do Processo Penal, determina que o fato investigado no processo deve corresponder à realidade, em toda sua plenitude, sem quaisquer artifícios ou presunções.

De acordo com o doutrinador Guilherme Nucci³⁸, “o princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando como que lhe é apresentado, simplesmente”. A doutrina majoritária entende que, na medida em que há indisponibilidade de interesse na esfera do processo penal, não basta a simples aparência de veracidade dos fatos, devendo os mesmos se aproximarem da realidade ao máximo possível.

Desta forma, a reprodução da verdade no processo penal deve ser realizada por meio das melhores provas em matéria criminal, assim, o magistrado não pode se restringir as provas fornecidas somente pelas partes, exceto se elas forem as melhores possíveis. Logo, a ação controlada possui íntima relação com a busca pela verdade real, uma vez que se propõe a proporcionar maior eficácia probatória.

Todavia, a noção de verdade absoluta não pode ser aplicada no processo penal. Há uma proibição constitucional em relação à utilização de provas ilegais, não existindo preceito legal que autorize a obtenção da verdade a qualquer preço. A vigência do princípio da verdade real no processo penal não corresponde propriamente ao da verdade absoluta, uma vez que aquele procura formular um juízo de extrema probabilidade de existência ou inexistência dos fatos através de provas legais.

Contudo, segundo Ferrajoli³⁹, não existe uma verdade absoluta ou objetiva; a verdade não passa de uma ideal inalcançável. Portanto, não há como reconstruir o fato histórico criminoso perfeitamente, livre de vícios, consequentemente, a verdade exata é algo intangível no processo penal.

Paulatinamente, a doutrina passou a relativizar o princípio da verdade material, haja vista que o elemento probatório, por mais contundente que seja, é incapaz de dar ao magistrado um juízo de certeza absoluta. Consoante ensina Renato Brasileiro⁴⁰:

O que vai haver é uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos. Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstrução do fato controverso, mas jamais com pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação com a realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rev. Atual. Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 156.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. **Revista dos Tribunais**. 3. ed. São Paulo, 2002, p.38.

⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 67.

Desse modo, prevalece doutrinariamente que o princípio da busca da verdade real vigora no processo penal, pois, na maioria dos casos, alcança-se a verdade. Todavia, caso esgotem todas as vias para se chegar à verdade e o magistrado tenha dúvidas acerca desta verdade, não restará outra alternativa ao juiz senão absolver o réu, com base no princípio *do in dúvida pro reo*.

Ressalte-se que o juiz possui uma atuação subsidiária nesta fase pré-processual, o que limita sua atividade. Logo, no processo penal, não deve haver uma busca pela verdade plena, mas sim pelo convencimento do juiz exclusivamente em razão dos fatos efetivamente trazidos à sua apreciação.

3.2.1 A ausência de proteção do sigilo investigativo

A Polícia Judiciária, como órgão da Administração Pública, é responsável pela atividade de investigação criminal, não restando dúvidas sobre a aplicação do art. 37⁴¹, *caput*, da Constituição Federal na seara do inquérito. Desta forma, a publicidade dos atos investigativos devem ser regra no âmbito da primeira fase da persecução penal.

Contudo, esta publicidade deve ser interpretada em detrimento da necessidade de sigilo investigativo em determinados casos. Para tanto, o art. 20 do Código de Processo Penal preceitua: “Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

O sigilo pode ser classificado em externo e interno na fase investigativa. O sigilo externo relaciona-se com a ausência de acesso perante toda a sociedade ao inquérito policial, enquanto o sigilo interno diz respeito à impossibilidade do investigado ter conhecimento do que está ocorrendo na investigação. Neste compasso, ensina Bonfim⁴²:

Há, entretanto, que se fazer distinção entre: a) sigilo externo e b) sigilo interno. O sigilo externo diz respeito à restrição a publicidade dos atos de investigação com relação às pessoas do povo. Já o sigilo interno constitui impossibilidade de o investigado tomar ciência das diligências realizadas e acompanhar os atos investigatórios a serem realizados.

Apesar de não ser aplicada cotidianamente, deveria ser garantida ao menos a publicidade interna em todas as investigações criminais, uma vez que possibilita o exercício do direito de defesa. A publicidade externa relaciona-se com o acesso de toda a sociedade ao

⁴¹ Art. 37, CF/88. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...).

⁴² BONFIM, Edilson Mougenot. **Código Processo Penal Anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 260.

inquérito policial, enquanto a publicidade interna diz respeito ao acesso dos integrantes da investigação (investigados e membros do *Parquet*) e aos defensores, possibilitando a preservação da intimidade, honra e imagem dos envolvidos.

Observa-se que, mesmo na publicidade interna, há uma restrição que atinge apenas suspeitos e os indiciados, ao passo que os demais sujeitos continuam tendo acesso aos atos praticados no inquérito. Tal premissa justifica-se pela necessidade de lograr êxito nas investigações, impedindo que sejam prejudicadas por intervenções advindas do próprio investigado.

Por sua vez, a autora Marta Saad⁴³ propõe um interpretação do dispositivo legal em consonância com a publicidade constitucional. Segundo a estudiosa, o sigilo não pode envolver o inquérito totalmente, pois dessa forma impediria o acesso aos autos pelo advogado, direito assegurado pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, e violaria o direito de defesa.

Partindo dessa premissa, conclui-se que o sigilo deve existir apenas quando for estritamente necessário, devendo assim ser interpretado o artigo 20 do Código de Processo Penal. O sigilo interno pode ser utilizado para localizar um suspeito, garantir a efetividade de uma medida sigilosa, como quebra de sigilo bancário e telefônico, contudo deve haver uma fundamentação essencial, com respeito à proporcionalidade, sendo delimitada a sua extensão e a sua duração, aplicando-se tais premissas à ação controlada.

Alguns estudiosos afirmam que o sigilo deveria existir somente durante a investigação, não sendo correto deixá-lo perdurar quando houver provas recolhidas e documentadas. Todavia, no contexto da ação controlada são praticados atos de instrução que não permitem haver essa divisão entre as fases de investigação e de instrução, uma vez que é realizada toda a documentação e introdução de elementos no processo investigatório, enquanto os atos investigativos continuam a ser postos em prática.

A ação controlada possui como umas de suas características peculiares a clandestinidade e a vigilância das condutas dos suspeitos, afinal, é um método de investigação que possui a finalidade de obter elementos probatórios basilares para uma denúncia. Portanto, embora realize diversos atos investigativos isolados, a publicação do resultado de cada um deles poderia frustrar toda a ação investigativa, se ocorresse de acordo com sua efetivação.

Sem dúvidas, qualquer investigação tornar-se-ia ineficaz ao revelar a existência de um monitoramento da conduta de membros de uma organização criminosa. Surge, então, um

⁴³ SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. **Editora Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2004, pp. 334-335.

dilema, haja vista que o sigilo interno da investigação deve possuir uma duração maior do que a autorizada pelo ordenamento jurídico, o que limitaria o conhecimento do investigado e de seu advogado ao conteúdo das diligências, e a sua compatibilização com os direitos garantidos ao investigado.

Apesar do art. 23 da Lei nº 12.850/13⁴⁴ dispor sobre o sigilo investigativo, resta-se insuficiente, pois apenas protege as diligências em andamento, não sendo compatível como o método da ação controlada. O dispositivo legal supracitado preceitua:

Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, **assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.**

Parágrafo único. Determinado o depoimento do investigado, **seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos**, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação. (grifo nosso).

Embora o mencionado dispositivo preveja a necessidade de decisão judicial para a decretação do sigilo, a ação controlada não se limita às diligências em andamento, pelo contrário, faz-se necessário que haja um segredo total para sua eficácia. Ao que parece ter sido a ação controlada ignorada pelo legislador, não se pode impedir o acesso aos autos pelo investigado e seu defensor durante toda a duração da ação controlada, a qual, muitas vezes, ultrapassa anos.

3.2.2 Do Direito Comparado Espanhol

Na Espanha, antigamente, a fase instrutória caracterizava-se pelo segredo absoluto dos seus atos, inclusive em relação ao imputado. Nos períodos atuais, o país adota um modelo estabelecido pelo art. 302 do Código de Processo Penal Espanhol (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*), no qual existe uma publicidade relativa exclusivamente em relação ao imputado. Contudo, poderá ser decretado o sigilo absoluto excepcionalmente para assegurar o êxito da instrução.

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 05 fev. 2019.

Assim, o sigilo na fase instrutória permaneceria com o objetivo de garantir o êxito da investigação, evitando a fuga dos investigados e a manipulação de provas. Por sua vez, o art. 302 do Código de Processo Penal Espanhol⁴⁵, após alterações legislativas, permite a decretação do sigilo instrutório caso o delito investigado seja público.

Note-se foi aplicado o princípio da proporcionalidade no contexto legislativo espanhol, uma vez que, através da adequação e da necessidade, foi promulgada uma lei que restringia os direitos fundamentais, como o direito de defesa e à publicidade da investigação, em casos específicos, como quando envolve risco de vida.

Desta forma, a consequência do princípio da proporcionalidade reside na exigência de uma decisão judicial motivada para a decretação do sigilo investigatório. A legislação espanhola estabelece que o requerimento para esse decreto pode ser de ofício ou por requerimento das partes, assim como, define um prazo máximo de duração do sigilo, qual seja, de um mês improrrogável.

O doutrinador espanhol Vicente Gimeno Sendra⁴⁶ critica este prazo de um mês, bem como o fato de ser improrrogável, especialmente no que diz respeito às investigações envolvendo organizações criminosas, uma vez que, devido ao fato de ser um período bem curto, os tribunais validam as investigações que ultrapassam o prazo legal sem haver qualquer controle, não sendo consideradas provas ilícitas, o que gera um descompasso com a proteção dos direitos fundamentais envolvidos.

Corroborando com o Direito Processual Penal brasileiro, a legislação espanhola ensina que deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade a fim de que seja limitado adequadamente os direitos fundamentais envolvidos na ação controlada. Outrossim, observou-se que há prejuízos acerca da limitação da duração de uma investigação sigilosa, através de dias determinados e improrrogáveis, haja vista a complexidade das investigações de criminalidade organizada.

A decretação do segredo interno, com os devidos cuidados, embora não seja o ideal, é a melhor solução para guardar em sigilo as condutas adotadas diante da ação controlada. Justifica-se não apenas pela prevalência do interesse público na investigação, como também

⁴⁵ Art. 302, LECCrim: As partes poderão tomar conhecimento das atuações e intervir em todas as diligências do procedimento. No entanto, se o delito for público, o Juiz da Instrução poderá, por proposta do Ministério Público, de qualquer das partes ou de ofício, declará-lo, por ordem judicial, total ou parcialmente secreta para todas as partes, por prazo não superior a um mês, quando for necessário para: a) evitar um sério risco à vida, à liberdade ou à integridade física de outra pessoa; ou b) prevenir uma situação que possa comprometer de forma grave o resultado da investigação ou do processo. ESPANHA. **Lei do Processo Penal**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&p=20151006&tn=1#a302>. Acesso em 29 jan. 2019.

⁴⁶ SENDRA, Vicente Gimeno. **Manual de Derecho Procesal Penal**. 3. ed. Madrid: Colex Editorial, 2013, pp. 211-212 e 284.

por envolver a complexidade do crime organizado, o qual representa um risco social e requer um maior esforço investigativo. Contudo, a duração máxima deste decreto interno, determinando a duração da investigação sigilosa, deve ser discutido a fim de proteger os direitos fundamentais envolvidos na ação controlada.

3.2.3 A harmonização entre a eficiência investigativa e o garantismo constitucional

O doutrinador Antonio Scarance Fernandes⁴⁷ defende que a eficiência e o garantismo não devem ser vistos como opostos, pelo contrário, ser eficiente implica em realizar a persecução penal de tal forma que garanta a adequada aplicação das normas constitucionais. Desta forma, existe um equilíbrio entre o interesse estatal de punir e o interesse do investigado em se defender, sendo esta a finalidade do próprio direito processual penal.

Na seara do combate à criminalidade organizada, os instrumento investigados utilizados representam um aumento do risco para a segurança da sociedade. Contudo, devido à sua excepcionalidade, as normas regulamentadoras de tais instrumentos podem ser eficientes caso promovam o máximo respeito às garantias, na medida do possível.

Busca-se, assim, evitar a denominada "concepção bética da investigação criminal", criada por José Cafferata Nores⁴⁸. Segundo o autor, esta concepção legitima a busca de provas referentes à culpabilidade de inimigos da sociedade a qualquer custo, ignorando a legalidade dos meios utilizados.

Não há dúvidas de que os meios investigativos existentes devem ser admitidos durante a investigação da criminalidade organizada, todavia, deve-se atentar para os limites estabelecidos pelos princípios do nosso Estado Democrático de Direito. Afinal, a criminalidade organizada deve admitir meios de investigação invasivos, mas não a sua aplicação ilimitada.

Por sua vez, a eficiência diferencia-se da eficácia e da efetividade. Enquanto a eficiência relaciona-se com a aptidão ou a capacidade de algo produzir um efeito, a eficácia tem a ver com a qualidade do resultado produzido e a efetividade, com o sucesso do resultado alcançado em relação aos objetivos traçados.

⁴⁷ SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gvião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Crime Organizado - Aspectos Processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 9-28.

⁴⁸ CAFFERATA NORES, José I. **La eficácia del sistema penal y garantías procesales - (contradicción o equilibrio?)**. Buenos Aires: Mediterránea, 2002, pp. 41-54.

A eficiência possui relação direta com o processo penal, uma vez que é responsável pela medida da qualidade do meio que ocasiona a produção de um resultado. Desta forma, a eficiência da persecução penal será observada através do seu deslinde em tempo razoável, e não pelo número de condenações ao final cominadas. Neste sentido, a eficiência investigativa relaciona-se diretamente com a descoberta de provas sem violar direitos e garantias fundamentais do investigado.

Deste modo, o princípio da proporcionalidade deve pautar esta atuação eficiente da ação controlada, uma vez que proporciona a harmonização entre os direitos fundamentais dos investigados e os bens protegidos na Constituição Federal, em especial a segurança pública e a eficiência da persecução penal. Assim, a proporcionalidade não deve ser entendida como autorizadora de restrições aos direitos fundamentais, mas apenas como uma limitadora destes direitos. Evita-se, assim, que esta restrição ultrapasse o limite do necessário.

No aspecto das investigações relativas a crimes praticados por organizações criminosas, há uma crença enraizada de que as restrições dos direitos fundamentais são necessárias para amenizar o risco e o dano causado aos bens jurídicos da sociedade diante de uma ameaça delitiva, o que pode ser observado na duração do sigilo investigativo da ação controlada.

Contudo, a eficiência do processo penal depende bem mais da situação fática acertada para uma eficaz aplicação da lei penal, contribuindo para tanto, por exemplo, o exercício do direito de defesa e a proteção da intimidade do investigado. Logo, não faz sentido os direitos e garantias fundamentais do imputado serem restringidos.

Figueiredos Dias⁴⁹ entende que o ponto de equilíbrio entre interesses opostos diante da criminalidade em geral deve ser diferente daquele concernente à criminalidade organizada ou ao terrorismo, uma vez que as vítimas possuem um direito à proteção reforçada nestes casos. Contudo, o mesmo acredita que não se deve deixar de lado o necessário respeito à dignidade humana dos imputados, respeitando-se os princípios processuais penais clássicos de um Estado de Direito.

A segurança jurídica dos investigados deve ser levada em consideração pelo legislador ao instituir meios excepcionais de investigação da criminalidade organizada. Para tanto, ao afastar a aplicação de qualquer dispositivo de lei, o mesmo deve utilizar a proporcionalidade para estabelecer essa exceção e seus requisitos. Contudo, se a legislação não

⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Criminalidade organizada: de fenômeno ao conceito jurídico penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n° 71, v. 1, 2008, p. 26.

comportar exceções, a legalidade deve prevalecer, conforme os preceitos da Constituição Federal.

Neste sentido, apesar de a criminalidade organizada justificar a utilização de meios invasivos de investigação, esta não permite o afastamento de princípios que regem a República Federativa do Brasil e o seu Estado de Direito. Não se pode admitir que haja restrições a direitos fundamentais em qualquer base constitucional que a justifique. No caso da ação controlada, ao admitir a utilização de técnicas invasivas de investigação, não significa que há um consentimento para sua utilização de maneira ilimitada e arbitrariamente, em desrespeito às regras constitucionais.

Portanto, faz-se necessário que a harmonização entre a eficiência investigativa e o garantismo constitucional acerca do combate à criminalidade organizada ocorra na seara legislativa. A atuação dos órgãos que provem a investigação criminal deve estar baseada nas normas infralegais e nos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal a fim de que não ocorra a nulidade investigativa.

Ademais, saliente-se que o reconhecimento da nulidade do elemento informativo ou probatório produzido no inquérito policial pode ser feito, de ofício ou a requerimento, tanto judicialmente pelo magistrado, quanto administrativamente, pelo próprio delegado. Judicialmente em razão da inafastabilidade da jurisdição, em caso de lesão ou ameaça a direito, conforme o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal; e administrativamente em virtude do princípio da autotutela, de acordo com a súmula 473⁵⁰ do STF.

Deve-se evitar que a investigação seja anulada devido à sua desconformidade legal e que, assim, os membros da organização criminosa não sejam punidos ao inutilizar os dados obtidos no decorrer da investigação anulada. Para tanto, a polícia e o Ministério Públco devem zelar pela legalidade da atividade investigativa para assegurar o *ius punendi* do Estado.

Em suma, deve ser dado um tratamento legal específico para a ação controlada com o objetivo de delimitar as condições de utilização deste método investigativo, bem como de garantir que haja eficiência investigativa e respeito aos direitos e deveres dos investigados no decorrer dos procedimentos investigatórios através da observação das exigências legais e supralegais.

⁵⁰ Súm. 473, STF - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. STF. **Súmula 473.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em: 01 abr. 2019.

4 OS INSTRUMENTOS REFORMADORES DA AÇÃO CONTROLADA

Nos capítulos anteriores foram discutidos pontos positivos e negativos acerca da ação controlada, especificamente em organizações criminosas, a fim de estabelecer uma melhor compreensão sobre o tema, bem como determinar quais elementos necessitam de reforma ou de acréscimos através de uma nova regulamentação. Para tanto, de início, faz-se uma análise legal acerca desse instituto com o objetivo de determinar as falhas que necessitam desta modificação.

Depreende-se que houve uma tentativa frustrada em aprofundar o tratamento legal deste tema. Além de pouco progresso na evolução legislativa, nota-se uma clara ausência de jurisprudência a tratar do assunto e, por sua vez, os doutrinadores pouco discutem acerca desta matéria. Não há um estudo direcionado ao assunto, os artigos são produzidos de maneiras genéricas relatando os elementos essenciais dos meios de investigação da criminalidade organizada.

Como visto anteriormente, nos períodos contemporâneos, o art. 8º da Lei nº 12.850/2013⁵¹ regulamenta o instituto da ação controlada e preceitua:

Art. 8º 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**. (grifo nosso).

Dentre os elementos presentes no mencionado artigo, verificou-se, no segundo capítulo deste trabalho, a existência de um pressuposto, um meio de execução, uma condição de legalidade, uma finalidade e um requisito cogente para a utilização da ação controlada. Contudo, dois elementos possuem pontos essenciais a serem discutidos, por isso devem ser revistos.

A condição de legalidade, definida como o monitoramento constante da prática delituosa, justifica-se pela necessidade de acompanhar a reiteração das condutas, de identificar o crime que está sendo cometido, e de colher provas que transcendam o momento inicial da situação em flagrante.

⁵¹BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 11 dez. 2018.

Todavia, deve-se preservar este monitoramento perante apenas aqueles que estão sendo investigados, pois, as técnicas de monitoramento podem acabar por abranger pessoas que não possuem relação com as condutas delitivas investigadas e que terão, assim como os investigados, seu direitos fundamentais restringidos. Sendo este, o limite das violações dos direitos e garantias fundamentais de pessoas não investigadas, outro problema que surge diante do monitoramento utilizado na ação controlada.

Por sua vez, consoante visto anteriormente, a finalidade da ação controlada consiste em aumentar a eficácia da busca pelo suporte mínimo probatório capaz de fornecer elementos suficientes de autoria e de materialidade para a peça acusatória. Assim, o sigilo da investigação apenas é superado pelo direito de defesa na ação controlada quando há elementos necessários à propositura da denúncia, sendo esta uma imputação estrita.

A imputação estrita possui relação direta com a denúncia para ser materializada, mas os requisitos da denúncia encontrados no art. 41⁵² do Código de Processo Penal são insuficientes para determinar a finalidade e o limite da investigação sigilosa e, consequentemente, da ação controlada.

Estes requisitos necessitam de relevância em sua intensidade para que a denúncia não seja rejeitada pela ausência de justa causa, a qual relaciona-se com o mínimo suporte probatório exigido para a comprovação da materialidade e dos indícios de autoria. Neste sentido, a duração deste método investigativo superior ao necessário para o alcance do mínimo probatório, conforme visto, atenta contra os direitos e garantias fundamentais.

Nota-se que há uma valoração das provas por parte do magistrado, uma vez que o juiz exerce uma atividade valorativa ao realizar a análise da denúncia para optar pelo seu recebimento ou pela sua rejeição. Portanto, a probabilidade deve estar presente neste momento de valoração dos elementos informativos pelo magistrado na fase pré-processual.

Para definir esta finalidade da ação controlada, os agentes públicos encontram uma série de dificuldades. Por exemplo, o Ministério Público e a autoridade policial devem saber quais elementos precisam ser buscados para tornar possível a formulação de uma denúncia, enquanto o magistrado necessita decidir acerca do recebimento ou não desta peça acusatória baseado na valoração probatória.

Em suma, faz-se necessário que haja um maior detalhamento na regulamentação legal do instituto da ação controlada. Para esclarecer, por exemplo, o que deve ser entendido

⁵² Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

como momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações, assim como a necessidade do trabalho em conjunto do Ministério Público e da autoridade policial para definirem a finalidade da ação controlada e, desta forma, estabelecer os elementos necessários para o oferecimento da denúncia.

4.1 A PROBABILIDADE NA VALORAÇÃO PROBATÓRIA

A probabilidade surge como uma maneira de direcionar as decisões judiciais quando não existe a possibilidade de alcançar a verdade absoluta. Percebe-se, então, que a probabilidade é exigida no momento da demonstração da autoria, pois a materialidade do fato ilícito exige certeza. A mera probabilidade da existência deste fato, justifica o início da investigação, mas não o oferecimento da denúncia.

Para tanto, entende-se que esta probabilidade é denominada de probabilidade lógica, uma vez que se baseia no grau da confirmação proporcionado pelos elementos probatórios colhidos a fim de afirmar qual hipótese é a mais provável, restringindo, assim, os limites da dúvida e ressaltando a necessidade de obtenção probatória para realizar esta indução na busca da verdade processual.

Neste sentido, o autor Taruffo⁵³ defende que a probabilidade lógica enquadra-se como o objetivo do processo, sendo esta probabilidade o sinônimo da verdade estabelecida no contexto processual. O citado doutrinador retrata, basicamente, que há uma verdade provável para indicar a verdade que pode ser atingida processualmente.

Assim, o elemento probatório fornece ao magistrado dados necessários para estabelecer o que pode ser considerado verdadeiro, tendo em vista que esta verdade será relativa considerando a probabilidade lógica. O mencionado autor propõe a criação de um critério de probabilidade prevalente, em que sugere a escolha da hipótese que, após a fase instrutória, possui uma confirmação lógica elevada.

Confirmo visto anteriormente, a verdade absoluta ou a certeza são conceitos inalcançáveis, restando somente um grau elevado de probabilidade a fim de que os processos sejam julgados adequadamente. Portanto, a verdade pode ser alcançada ao ser verificada a probabilidade das hipóteses em conjunto com o elemento subjetivo da decisão, em que o magistrado convence-se da supremacia destes motivos prováveis de forma racional.

⁵³ TARUFFO, Michele. Verità e Probabilità nella prova dei fatti. **Revista de Processo**, v. 154, 2007, pp. 207-222.

Por sua vez, o autor Danilo Knijnik⁵⁴ propõe uma teoria dos modelos de constatação, conhecidos como *standards*, para que seja aplicado no instituto da ação controlada, de acordo com o seu entendimento:

(...) existem 'modelos de constatação', comumente denominados *standards*, que funcionam como critérios, pelos quais o juízo de fato é formalizado. Esses critérios devem ser postos em discussão para que as opções valorativas do juiz e das partes sejam conhecidas, debatidas em contraditório e, em sendo o caso, corrigidas.

Desta forma, os modelos de constatação podem ser definidos como o grau de probabilidade exigido para corroborar com uma hipótese, variando conforme o tipo processual tratado. Neste contexto, a ação controlada exige um *standard* necessário para o recebimento da denúncia sem exigir certeza, tendo em vista que futuramente haverá produção de mais provas.

A fim de melhor estudar e aplicar os modelos de constatação, o autor Danilo Knijnik divide tal modelo em quatro espécies, quais sejam: a preponderância da prova, a prova clara e convincente, a prova acima da dúvida razoável e a prova incompatível com qualquer hipótese que não a acusação. Observa-se que há um grau crescente de confirmação probatória exigida, assim, para o processo penal, não se pode condenar uma pessoa, por exemplo, apenas com base em uma prova acima da dúvida razoável.

O doutrinador Maurício de Moraes⁵⁵, por sua vez, entende que, para receber a denúncia, o magistrado somente deve basear a sua decisão na legitimidade da continuidade da persecução; assim, apenas pode iniciar o processo caso não tenha dúvida quanto:

(...) i) à demonstração da existência do crime, ii) à suficiência dos indícios de autoria, iii) à narrativa escorreita e apta para a compreensão da imputação com todos os seus elementos e circunstâncias e, com isso, servir de base para o exercício de ampla defesa, iv) à existência de condições para o exercício da ação penal ou, ainda, v) à existência de pressupostos processuais.

Neste caso, o seguimento processual permite que haja mais produção de provas e o aprimoramento da sua valoração, os quais não poderiam ser alcançados anteriormente. Conclui-se que a eficácia dos elementos informativos reside justamente no preenchimento dos vazios existentes nas hipóteses sobre o objeto da investigação. Através desta probabilidade, haverá a preponderância de elementos que elaboram, de maneira suficiente, a tese formulada com o fim da ação controlada.

⁵⁴ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Foresen, 2007, pp. 17-18.

⁵⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro:** análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 418.

4.1.1 O princípio da proporcionalidade na fase pré-processual

O princípio da proporcionalidade é utilizado acompanhado da probabilidade na fase pré-processual. Aplica-se a proporcionalidade para casos, por exemplo, de agente encoberto, técnica que pode ser utilizada também na ação controlada. Neste caso, quando um agente policial participa das atividades da organização criminosa, o mesmo passa a praticar atos ilícitos para disfarçar sua infiltração. Contudo, a doutrina⁵⁶ entende que esses delitos não podem ser graves e devem ser entendidos de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Conforme o art. 13 da Lei nº 12.850/13⁵⁷, o agente deve agir de forma proporcional com a finalidade da investigação, pois, caso contrário, responderá pelos excessos praticados. Verifica-se que não há uma regulamentação suficiente do tema, entretanto, adverte-se que a atuação desproporcional do agente que lesionar bens jurídicos implicará em sua responsabilização.

Na hipótese dos agentes policiais possuírem ciência de que um dos membros da organização criminosa será assassinado por outro membro através, por exemplo, de uma interceptação telefônica, a solução mais coerente com a Constituição Federal consiste no imediato fim do sigilo investigativo com a deflagração da operação que estava em preparo. Desta maneira, de acordo com a aplicação devida da proporcionalidade, o risco iminente da vida sobrepõe-se ao patrimônio e à ordem econômica.

Todavia, a lei não dispõe sobre este assunto, sendo esta solução derivada do princípio da proporcionalidade, haja vista que o Estado não pode tolerar crimes contra a vida em detrimento da obtenção de elementos probatórios suficientes para a formação da denúncia de crimes contra bens jurídicos cujo valor sejam inferiores ao da vida. Neste caso, há um risco desproporcional percebido por meio do monitoramento que avalia a razoabilidade da ação controlada, além de manter a situação de flagrância.

4.2 A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL EXPRESSA

Sob a égide da Lei nº 9.034/95, acreditava-se que um dos efeitos da ação controlada era a postergação da prisão do investigado como uma forma de colocá-lo em posição de

⁵⁶ PEREIRA, Flávio Cardoso. *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 414.

⁵⁷ Art. 13, Lei nº 12.850/13 - O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados. Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

vantagem. Com isso, a desnecessidade de autorização judicial prévia para sua efetivação tornou-se entendimento consolidado, conforme demonstra o julgado da Quinta Turma do STJ⁵⁸ abaixo:

Embora sustente o impetrante a necessidade de autorização judicial para a adoção de tal meio de investigação, tendo em vista o advento da Lei n. 10.217/2007 que introduziu os incisos IV, V e o parágrafo único ao artigo 2º da Lei n. 9.034/95, é certo que o dispositivo que disciplina a ação policial controlada, previsto no inciso II do aludido diploma legal, não condiciona tal medida à prévia permissão da autoridade judiciária, legitimando o policial a retardar a sua atuação para praticá-la no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

Segundo o entendimento do STJ, a previsão da ação controlada objetiva proteger o próprio trabalho da polícia, pois afasta eventual crime de prevaricação ou infração administrativa por parte do agente policial que aguarda, observa e monitora a atuação dos criminosos, assim como não realiza a prisão em flagrante assim que toma conhecimento acerca da ocorrência do delito.

Apesar deste posicionamento, era comum verificar que alguns delegados adotavam a prática da solicitação de prévia autorização judicial antes da existência da Lei n° 12.850/13 devido à preocupação com a licitude das provas obtidas no decorrer da investigação. Contudo, em 2018, o Superior Tribunal de Justiça⁵⁹ reiterou o seu entendimento, no sentido da desnecessidade de anterior autorização judicial para a iniciar uma ação controlada, conforme se segue:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO JULES RIMET. COPA DO MUNDO DE FUTEBOL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. VENDA ILEGAL DE INGRESSOS PARA A COPA DE 2014. SONEGAÇÃO FISCAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. CORRUPÇÃO ATIVA. INVESTIGAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE AGENTES INFILTRADOS. INEVIDÊNCIA. NOMECLATURA EMPREGADA IMPROPRIAMENTE. **AÇÃO CONTROLADA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NÃO EXIGÊNCIA. NECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO JUIZE AO MINISTÉRIO PÚBLICO.** OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO INCIDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Embora conste do inaugural relatório de investigação que a equipe de policiais infiltrou-se em uma "quadrilha de cambistas", no arcabouço acostado anteriormente ao relato não se extrai qualquer menção sobre a utilização dessa técnica de investigação, ou mesmo restou pontuada nos demais relatórios juntados ao inquérito policial, nem consta da denúncia. 2. (...) 6. A **ação controlada realizada na investigação**, tendo como alvo o ora recorrente, foi previamente comunicada ao juízo e ao Ministério Público, nos termos do artigo 8.º, § 1.º, da Lei n.º 12.850/2013, **não necessitando de anterior**

⁵⁸ STJ. HC n° 119.205 - MS. 4ª Turma. Relator: Min. Jorge Mussi. Data de Julgamento: 26/09/2009. DJe-040. Data de Publicação: 16/11/2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-trf-voto>. Acesso em: 20 mar. 2019.

⁵⁹ STJ. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 84366 RJ 2017/0109805-6. 6ª Turma. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 23/08/2018. Data de Publicação: DJe 03/09/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631929750/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-84366-rj-2017-0109805-6?ref=serp>. Acesso em: 20 mar. 2019.

autorização judicial para o seu aperfeiçoamento, pois a norma assim não dispôs, o que não obsta a possibilidade da fixação de limites pelo magistrado para a execução da medida, por ocasião da prévia comunicação. 7. Recurso desprovido. (grifo nosso).

Ademais, ressalte-se que há uma significativa e lastimável ausência de precedentes jurisprudenciais sobre o tema, especialmente no âmbito dos Tribunais Superiores, apesar do elevado número de operações policiais existentes. Ao realizar uma simples pesquisa, verifica-se que no STF e no STJ existem poucos acórdãos que versam sobre ação controlada, o que reforça a preocupação com este tema.

Na edição nº 120 da Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça⁶⁰ foram fixadas onze teses sobre a prisão em flagrante. Dentre estas, a quarta tese afirma que a ausência de autorização judicial não torna a prisão ilegal quando do flagrante postergado, dispondo:

No tocante ao flagrante retardado ou à ação controlada, a ausência de autorização judicial não tem o condão de tornar ilegal a prisão em flagrante postergado, vez que o instituto visa a proteger o trabalho investigativo, afastando a eventual responsabilidade criminal ou administrativa por parte do agente policial.

Contudo, a ausência de vasta jurisprudência, norteadora de entendimentos, facilita que haja uma compreensão equivocada e ilegal deste instituto. Com as mudanças originadas da Lei nº 12.850/13, a doutrina majoritária vem posicionando-se a favor da autorização judicial prévia como condição indispensável.

Entretanto, a mudança ideal deve ocorrer por meio de alterações legislativas que coadunem o uso da ação controlada com os direitos e garantias fundamentais destinadas aos investigados. Enquanto essas mudanças não forem realizadas, faz-se necessário que os operados de direito, em especial os magistrados e os desembargadores, criem uma jurisprudência consolidada para balizar o uso legal deste método investigativo.

4.2.1 A inserção legal da autorização judicial prévia

Como visto anteriormente, a finalidade da ação controlada necessita estar definida com clareza para que haja eficácia investigativa. Assim, este objetivo tornar-se-á o parâmetro para o controle do magistrado na ação controlada, o qual avaliará se este objetivo já foi atingido,

⁶⁰ CONSULTOR JURÍDICO. Superior Tribunal de Justiça divulga 11 teses sobre prisão em flagrante. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-11/stj-divulga-11-teses-corte-prisao-flagrante>. Acesso em: 20 mar. 2019.

encerrando o sigilo investigativo; se, mesmo não sendo atingido, não existem novos elementos a serem alcançados, encerrando, igualmente, o sigilo da investigação; ou se o objetivo não foi atingido, mas há novas diligências capazes de descobrir dados necessários à comprovação das hipóteses formuladas.

Portanto, uma ação controlada sem uma finalidade definida é passível de nulidade, uma vez que não haverá um parâmetro para a avaliação e para o controle do limite de sua duração por parte do magistrado, o que, por sua vez, violará direitos e garantias fundamentais do investigado, em especial o direito de defesa reduzido pelo sigilo da investigação.

Conforme abordado, o art. 8º da Lei nº 12.850/13 determina em seu §1º que o retardamento da intervenção policial ou administrativa será comunicado previamente ao magistrado competente que, se for o caso, estabelecerá os limites da ação controlada e comunicará ao Ministério Público. Isso consiste na condição de legalidade da ação controlada, o que significa que o juiz deve observar se os outros elementos, como o pressuposto, o meio de execução e a finalidade, estão sendo atendidos por essa espécie investigativa.

Todavia, o texto legal não expressa objetivamente se o magistrado mencionado deve autorizar previamente a ação controlada para que esta seja considerada lícita. Observa-se que, caso o legislador considerasse satisfatória a mera comunicação à autoridade judiciária antes de iniciar a ação, não haveria justificativa para exigir que esta comunicação fosse prévia.

Ademais, o próprio ordenamento constitucional impede que haja restrições aos direitos fundamentais, posto que, ao proceder uma investigação sigilosa, faz-se necessário que a reserva da jurisdição⁶¹ esteja presente, pois, torna-se uma condição para legitimar este instrumento investigativo.

Assim, o juiz não pode interferir nos rumos da investigação, apenas lhe é possibilitado estabelecer determinados limites para verificar se estão sendo cumpridos os requisitos legais sem interferir demasiadamente. Além disso, a comunicação posterior ao representante do *Parquet* reforça a ideia de atuação conjunta entre os órgãos responsáveis pela investigação em andamento a fim de aumentar a eficiência pré-processual.

Portanto, a autorização judicial prévia, com a análise dos elementos essenciais para a existência legal de uma ação controlada, deve estar expressa legalmente, sendo esta uma condição de validade da ação controlada. Deste modo, na hipótese da ação controlada ocorrer sem uma autorização judicial prévia, a mesma deverá ser considerada nula, bem como as provas colhidas, as quais deverão ser considerados ilícitas caso sejam utilizadas futuramente.

⁶¹ VILARES, Fernanda Regina. **Processo Penal: reserva de jurisdição e CPIs.** São Paulo: Onix Jue, 2012, pp. 213-315.

4.3 A REGULAMENTAÇÃO LEGAL DO PROCEDIMENTO DA AÇÃO CONTROLADA

Percebe-se que, apesar do art. 8º da Lei nº 12.850/13 estabelecer diversos elementos para a existência de uma ação controlada, não foi determinado qual deveria ser o procedimento para viabilizar uma ação controlada em consonância com os direitos e garantias fundamentais dos investigados. Assim, este procedimento deve estar previsto na legislação a fim de cumprir o princípio da proporcionalidade quando da restrição dos direitos individuais dos investigados.

Este procedimento deve incidir, especialmente, sobre a atuação dos representantes do Ministério Público e dos investigadores. Assim, este controle será analisado de acordo com o estudo da determinação da duração da ação controlada; da importância de elaborar um plano estratégico; do controle externo na doutrina alemã e do controle da atuação policial no decurso da investigação em sigilo.

Contudo, enquanto não houver a reforma legislativa proposta, cabe ao Poder Judiciário, através dos seus entendimentos jurisprudenciais, determinar o tratamento necessário para a ação controlada conforme as previsões constitucionais e os limites deste método investigativo.

4.3.1 O elemento temporal da ação controlada

Anteriormente, no item 3.2.3, a experiência espanhola demonstrou que a imposição de critérios temporais para a duração do sigilo investigativo, e, consequentemente, da ação controlada, possibilita a criação de situações sem qualquer limite ou controle, uma vez que a duração curta e fixa é desconsiderada pelos tribunais devido a sua discrepância com o caso concreto.

A concepção de duração temporal da investigação sigilosa deve privilegiar o conteúdo em detrimento de elementos cronológicos. Desta forma, a ação controlada deve durar enquanto houver novos elementos probatórios essenciais a serem descobertos. Assim, alcançada a finalidade do mínimo probatório suficiente para o recebimento da denúncia, deverá a ação controlada ser encerrada, independentemente do tempo transcorrido. Com base nesta finalidade, que deve estar inserida no plano estratégico realizado pelo Ministério Público em conjunto com a autoridade policial, o magistrado poderá efetivamente controlar a legalidade dessa ação.

Conforme a doutrinadora italiana Francesca Molinari⁶², o limite estabelecido para o sigilo interno de uma investigação deve estar em conformidade com o tempo e o grau de conhecimento obtido, isto é, somente pode perdurar enquanto não for atingido o acertamento fático necessário.

Logo, este limite relaciona-se diretamente com o resultado das investigações, que será o critério para o encerramento do sigilo. A fase sigilosa da investigação deverá ser encerrada caso haja elementos probatórios suficientes da materialidade e indícios de autoria para indicarem a probabilidade de ocorrência das hipóteses acusatórias.

Entretanto, existem casos em que alcança-se o limite negativo de duração desta investigação sigilosa, isto é, deve ser reconhecida a extinção do potencial de novidade a ser extraído pela investigação. Isto ocorre, por exemplo, quando demonstra-se a impossibilidade de prosseguimento da persecução penal ao ser comprovada a inexistência de uma organização criminosa.

Ressalte-se, novamente, que a duração de uma ação controlada ultrapassando o limite estabelecido em sua finalidade provoca a nulidade de toda a investigação devido à violação desproporcional do direito de defesa dos imputados. No caso de serem descobertos novos fatos no curso investigativo, deverá ser iniciada uma nova ação controlada acompanhada de uma nova finalidade e de um novo plano estratégico. Conforme se segue, o controle da atividade investigativa poderá ser realizado por critérios quantitativos a serem analisados pelo Poder Judiciário.

A solução mais coerente, considerando os direitos previstos na Constituição Federal, encontra-se em limitar a duração da investigação ao que foi descrito inicialmente no plano estratégico como finalidade. Portanto, ao serem descobertos novos fatos, deverá ser instaurada uma nova ação controlada através de um novo plano de investigação e de uma nova autorização judicial, devendo a primeira ação controlada ser finalizada assim que for atingida sua finalidade inicial.

4.3.2 A inserção de um plano estratégico

Conforme explica Eliomar da Silva Pereira⁶³, o projeto de investigação, denominado também de plano estratégico, reúne diversas informações sobre a metodologia

⁶² MOLINARI, Francesca Maria. **Il segreto investigativo**. Milano: Giuffrè Editore, 2003, pp.251 e 266.

⁶³ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 211.

investigativa e a análise da existências dos elementos essenciais da ação controlada, como o pressuposto, o meio de execução, a finalidade e demais requisitos.

Desta forma, faz-se necessário registrar o procedimento deste método para assegurar sua continuidade, organizando os pontos de partida e de chegada, assim como os meios pelos quais esses objetivos podem ser alcançados. Em suma, o plano estratégico permite que seja realizado um controle pela autoridade judicial, especialmente no que diz respeito ao exame de legalidade, pois registra os passos e os objetivos da investigação, permitindo o controle desta.

A participação do Ministério Pùblico na elaboração desse plano estratégico torna-se indispensável, assim como o plano estratégico em si, uma vez que, sendo o titular da ação penal em caso de oferecimento de denúncia, possui interesse em opinar sobre a definição das técnicas utilizadas e na definição finalística.

Na visão de Eliomar da Silva⁶⁴, um projeto de investigação deve conter: i) a pré-compreensão do problema; ii) a hipótese legal do crime; iii) a indicação dos dados existentes e faltantes; iv) as técnicas a serem utilizadas; v) o arbitramento de custos. Entretanto, outros elementos são indispensáveis para a elaboração deste plano estratégico, o qual deve demonstrar o atendimento às exigências do art. 8º da Lei n° 12.850/13, exceto a exigência de autorização judicial prévia que será realizada após a apreciação deste plano.

Além disso, o plano estratégico pode ser apreciado em conjunto com outros pedidos que demandam autorização judicial prévia, por exemplo, no caso da quebra de sigilo bancário e da interceptação telefônica. Ressalte-se que as técnicas utilizadas deverão ser analisadas individualmente pelo magistrado para que a análise da legalidade seja realizada corretamente.

O início da ação controlada possui íntima relação com a existência de um suporte probatório mínimo, devendo haver a comprovação de elementos informativos de materialidade e de autoria relacionados com a organização criminosa. A reiteração de condutas ao longo do tempo acompanhada de fortes suspeitas da existência de uma organização criminosa são elementos suficientes para iniciar uma intervenção e investigação policial.

Logo, antes de traçar o plano estratégico faz-se necessário que a autoridade policial tenha obtidos dados aptos a produzir um juízo de probabilidade, de maneira que permita formular hipóteses, definição da finalidade e dos meios de investigação. Ademais, a duração da ação controlada não será estabelecida por elementos cronológicos, logo, o plano estratégico não

⁶⁴ Idem. Ibidem, pp. 215-216.

terá elemento temporal, exceto, quando se tratar de técnicas previstas em lei, como a interceptação telefônica.

Em suma, a autoridade policial acompanhada do membro do Ministério Público devem elaborar um projeto de investigação em que descrevem o fato criminoso, comprovado através de documentação, e propõem meios de obtenção de prova a fim de concretizar uma das hipóteses formuladas sobre o esquema criminoso. Assim, será discutida a probabilidade de existência da organização criminosa, pressuposto da ação controlada, e haverá um comprometimento da autoridade judicial e do representante do Ministério Público em monitorar esta atividade criminosa através de técnicas propostas.

Por fim, esse plano estratégico será analisado pelo magistrado, o qual avaliará a existência dos elementos necessário para a instauração da ação controlada. Portanto, o plano estratégico consistirá em uma forma eficiente e adequada de organização e de controle da atividade investigativa concretizado por meio da ação controlada.

4.3.3 O controle externo na doutrina alemã

No âmbito do Direito alemão, o controle externo da atividade policial é atribuído ao Ministério Público, denominado pela doutrina de “Senhor da investigação”. Este modelo deriva do sistema europeu continental ou romano-germânico, assemelhando-se ao Direito brasileiro. O Ministério Público foi criado na Alemanha justamente para exercer, ao lado da persecução penal estatal, o controle da atividade policial, o que demonstra a sua importância nesta fase investigativa.

Desta forma, de acordo com o Código de Processo Penal alemão, o Ministério Público pode efetuar diretamente as investigações ou deixá-las a cargo da polícia, que nesse caso é obrigada a cumprir todas as requisições daquele. Contudo, as autoridades policiais independe de requisição prévia do Ministério Público para investigar um fato criminoso; entretanto, deve encaminhar-lhe, sem demora, os autos do procedimento investigatório.

Neste sentido, as determinações do Ministério Público prevalecem ainda que a investigação seja deixada a cargo da polícia. Segundo os ensinamentos de Luciano Sampaio Rolim⁶⁵:

⁶⁵ ROLIM, Luciano Sampaio. **O Controle externo da atividade policial no direito alemão.** Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/5387/Rolim%2c%20LucianoSampaio%20%20O%20controle%20externo%20da%20atividade%20policial%20no%20direito%20alem%3fo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 mar. 2019.

O modelo acusatório alemão, em si mesmo, configura importante mecanismo de controle externo da atividade policial, uma vez que, ao atribuir o monopólio da acusação (“Anklagemonopol”) ao Ministério Público, assegura-lhe posição superior na investigação e, ao mesmo tempo, veda o exercício pela polícia da persecução penal em juízo. É por isso que o Código de Processo Penal alemão, de forma bastante coerente, confere ao titular da ação penal a direção das apurações, reservando-lhe ainda, com exclusividade, a legitimação para postular medidas cautelares e investigatórias sujeitas a reserva de jurisdição.

Com a crescente modernização tecnológica dos organismos policiais, os instrumentos utilizados pelos policiais tornaram-se cada vez mais invasivos, o que, no caso da Alemanha, enfraqueceu o controle externo do Ministério Público em detrimento do domínio policial da investigação. Desta forma, não um controle da seleção pela polícia das informações preventivas úteis à investigação penal, tendo em vista que este controle do *Parquet* não alcança a polícia preventiva e que a polícia preventiva e a polícia judiciária relacionam-se diretamente, especialmente no combate à criminalidade organizada.

Conforme a conclusão do doutrinador Kai Ambos⁶⁶, o perigo deste domínio policial do processo deve ser combatido através do fortalecimento do controle externo da polícia exercido pelo Ministério Público. Para tanto, o autor explica que abordagem deve comportar duas perspectivas, a primeiro compreende a regularidade da investigação e a consequente funcionalidade do processo penal como instrumento garantidor da justa aplicação da lei penal, e a segunda diz respeito à proteção dos direitos e garantias individuais face à atuação preventiva da polícia.

O Direito alemão pode ser utilizado como um modelo de controle investigativo ao admitir um controle externo da atividade investigativa por parte do Ministério Público. Observa-se que no Direito brasileiro essa técnica poderia ser admitida, uma vez que a restrição da atuação na ação controlada direcionada apenas às autoridades policiais vai de encontro com os princípios da segurança jurídica e da eficiência ao concentrá-la apenas em um órgão investigativo.

Em resumo, este controle da atividade policial pelo Ministério Público revela-se essencial em um Estado Democrático de Direito, bem como possibilita um melhor resguardo dos direitos do investigado. No Brasil, o *Parquet* possui uma relevante atuação investigativa quando possui competência para tanto. Portanto, observa-se que o ideal sistema processual brasileiro consiste na atuação conjunta do Ministério Público e da polícia na efetivação da investigação, como já ocorre em alguns casos.

⁶⁶ AMBOS, Kai. **Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción**. São Paulo: Revista Jurídica da ESMP, n.º 2, vol. 1, 2001, p. 98.

4.3.4 O controle periódico da ação controlada

Conforme exaustivamente discutido, ao final do §4º do art. 8º da Lei nº 12.850/2013 exige-se a elaboração de um termo circunstaciado ou de um relatório final ao término das diligências da ação controlada. Entretanto, ambos são instrumento insuficientes para uma investigação em consonância com a ordem constitucional. A necessidade de um controle periódico da ação controlada revela-se a fim de substituir a ausência de limite temporal investigativo.

Diante de todo o exposto, percebe-se que o principal risco da ação controlada encontra-se no descumprimento dos direitos e garantias fundamentais dos investigados. A ausência de limites temporais não é o principal dilema, mas sim a inexistência de um procedimento regulamentado, o que impossibilita o controle desse método investigativo. Como já mencionado, a autorização judicial prévia necessita de uma previsão legal, apesar de estar implícita a necessidade de verificação da existência do pressuposto, do meio de execução, da finalidade e dos requisitos legais, que podem ser propostos no plano estratégico.

Outrossim, para que haja uma eficácia investigativa completa em conjunto com o respeito aos direitos dos investigados, faz-se necessária a regulamentação de controles periódicos, os quais possibilitarão o exame da persistência dos elementos essenciais da ação controlada. Por sua vez, o autor Maurício Zanoide de Moraes⁶⁷ propõe a revisão periódica da decisão judicial determinadora de medidas de coação a fim de avaliar se ainda há necessidade da medida, bem como se persiste a manutenção de sua proporcionalidade.

Esta periodicidade é de suma importância na medida em que a cessação da atividade criminosa, a interrupção do monitoramento e as questões relacionadas ao alcance ou não da finalidade da medida podem modificar o substrato fático, que explica o deferimento da ação controlada neste primeiro momento. Além disso, a verificação da proporcionalidade dessas medidas através desse controle judicial justifica-se por envolver técnicas de investigação que, como já visto, interferem nos direitos e garantias dos investigados.

Ao serem obtidos os elementos indicados no plano estratégico, alcançando a consecução da finalidade da ação controlada, a mesma deverá ser finalizada. Assim como o magistrado deverá indeferir qualquer pedido de continuidade deste método investigativo, caso os elementos colhidos demonstrem a impossibilidade de continuação da persecução penal,

⁶⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro:** análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.398.

Para tanto, a autora Fernanda Regina Vilares⁶⁸ explica que:

Nesse contexto, é salutar a imposição legal da obrigação de apresentação de relatório periódicos elaborados pelo Ministério Público em conjunto com a autoridade policial para o magistrado competente, até que se verifique a existência dos elementos informativos suficientes à propositura de uma denúncia. O papel do juiz será meramente fiscalizador da legalidade da investigação, não podendo determinar qualquer diligência de ofício. Ressalte-se que essa percepção pode ser espontânea por parte dos órgãos de acusação, de modo que ofereça, a denúncia ou efetuem o arquivamento da investigação, ou pode ser imposta pela magistrado que verificar não haver justificativa para a prorrogação da duração das medidas restritivas de direitos fundamentais. (grifo nosso).

Entretanto, questiona-se qual seria a periodicidade destes relatórios e destes controles judiciais. A frequência ideal em que a autoridade policial, acompanhada do Ministério Público, deve apresentar relatórios narrando os resultados obtidos pela ação controlada para a autoridade policial e descrevendo se pretende continuar a investigação deve ser discutida.

Conforme a autora Fernanda Vilares⁶⁹, considerando que a interceptação telefônica é o mecanismo de vigilância mais utilizado e regulamento no ordenamento jurídico pátrio, e sabendo que o monitoramento é utilizada na ação controlada, esta interceptação pode ser utilizada como parâmetro. Contudo, o prazo atual estabelecido pelo art. 5º da Lei nº 9.296/96⁷⁰ consiste em apenas quinze dias, cuja prorrogação pode ocorrer por igual período.

Neste sentido, o prazo de quinze dias não é razoável para acompanhar a evolução investigativa pretendida, pois, acabaria por sobrecarregar ainda mais o judiciário desnecessariamente. Considerando que o Ministério Público é o titular da ação penal, possuindo legítimo e total interesse no êxito investigativo, deve-se observar as normas aplicadas internamente a fim de serem utilizadas como parâmetro deste controle externo da atividade policial, conforme visto na doutrina alemã.

Para tanto, o Corregedor Nacional Do Ministério Público, no uso das atribuições previstas na Constituição da República e no Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público, estabeleceu a Portaria nº 291, de 27 de novembro de 2017⁷¹, a qual prevê:

⁶⁸ VILARES, Fernanda Regina. **Ação controlada e criminalidade organizada: os controles necessários à atividade investigativa.** Tese de Doutorado em Direito (Área de concentração de Direito Processual Penal). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), Faculdade de Direito, 2014, p. 216.

⁶⁹ Idem. Ibidem, p.217.

⁷⁰ Art. 5º, Lei nº 9.296/96 - A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispesabilidade do meio de prova. BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 03 abr. 2019.

⁷¹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Portaria CNMP-CN nº 291, de 27 de novembro de 2017.** Estabelece parâmetros e orientações sobre a atividade executiva de correição e inspeção da corregedoria nacional. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5957>. Acesso em: 04 abr. 2019.

CONSIDERANDO a redação do art. 3º, § 6º, da Resolução CNMP nº 181, de 07 de agosto de 2017, que estabelece que o membro do **Ministério Públco, no exercício de suas atribuições criminais, deverá dar andamento, no prazo de 30 (trinta) dias a contar de seu recebimento, às representações, requerimentos, petições e peças de informação que lhe sejam encaminhadas, podendo este prazo ser prorrogado, fundamentadamente, por até 90 (noventa) dias, nos casos em que sejam necessárias diligências preliminares;**

CONSIDERANDO que o procedimento investigatório criminal deve ser concluído **no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável, por igual período**, tantas vezes quantas forem necessárias, por decisão fundamentada, nos termos do art. 13 da resolução CNMP nº 181, de 07 de agosto de 2017;

CONSIDERANDO a razoável duração dos processos judiciais e procedimentos administrativos; resolve:

Adotar, para fins de orientação da atividade executiva de Correição e Inspeção da Corregedoria Nacional do Ministério Públco, os seguintes parâmetros:

- a) **O prazo de 3 (três) anos de duração dos procedimentos administrativos de natureza investigatória;**
- b) O prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável, uma vez, fundamentadamente, por mais 90 dias, para apreciação de notícia de fato; (...). (grifo nosso).

Verifica-se que esta orientação da Corregedoria Nacional do Ministério Públco em relação aos atos investigativos estabelece o prazo de 90 (noventa) dias como suficientes para que as diligências determinadas pelo *Parquet* sejam atendidas pelas autoridades policiais, devendo este prazo ser prorrogado fundamentalmente.

Sabe-se que esta corregedoria realiza a correição de inquérito policiais com mais de 3 (três) anos de duração, pois considera-se que os mesmos ultrapassam a duração razoável do inquérito. Com isso, faz-se um controle difuso, ao determinar que o promotor natural elabore um despacho saneador, determinando quais diligências devem ser realizadas pela polícia. A feitura de despachos saneadores visa obter o conhecimento sobre a demora na investigação e apontar as diligências a serem realizadas, proporcionando mais efetividade processual.

Aplicando-se ao tema abordado, este prazo de noventa dias possui maior razoabilidade e proporcionalidade no que diz respeito ao controle e exame da manutenção da ação controlada. Em noventa dias a autoridade policial e o Ministério Públco podem realizar um relatório completo sobre as informações colhidas e verificar a necessidade ou não de novas diligências, oferecendo ao magistrado um controle da legalidade da ação controlada.

Portanto, o magistrado realizará um controle inicial ao analisar o plano estratégico realizado pela autoridade policial e pelo *Parquet*. Posteriormente, não sendo estabelecido um limite temporal, a ação controlada deverá perdurar de acordo com sua finalidade, sendo indispensável a existência de um controle periódico das atividades desenvolvidas, sugerindo-se o prazo de 90 (noventa) dias para tanto. Assim, em 03 (três) anos, a Corregedoria Nacional do Ministério Públco realizará o controle difuso e o promotor natural elaborará o despacho saneador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar o respeito aos direitos fundamentais do investigado durante a ocorrência de uma ação controlada em organizações criminosas, tendo em vista a sua relação aparentemente conflituosa com a eficiência investigativa. A escolha do tema reside em sua relevância social, haja vista sua pouca evolução legal e a deturpação do instituto na prática, especialmente pelo descumprimento de princípios garantidos aos investigados, como o da segurança jurídica e o da eficiência processual.

Ressalte-se que o uso adequado da ação controlada protege, inclusive, a sociedade em geral, pois, defende os cidadãos contra abusos do Estado, especialmente das autoridades policiais, e evita a impunidade ocorrida pela anulação de uma operação policial realizada em desconformidade constitucional.

Observa-se que os objetivos do presente trabalho foram alcançados e estabelecidos no sentido de observar os pontos mais relevantes desta aparente relação conflituosa entre os direitos dos investigados e a eficiência investigativa, bem como de refletir se legislação e a jurisprudência atual demonstram-se suficientes para atender todos os aspectos de uma ação controlada consoante os ditames constitucionais.

No primeiro capítulo, dedicado ao estudo do instituto da ação controlada diante das organizações criminosas, abordou-se sobre a ocorrência da ação controlada no Brasil, no que foi discutido o caso do Mensalão do DEM. Após isto, discorreu-se acerca das suas características, incluindo o seu conceito e a fase mais adequada para a sua aplicação na persecução penal.

Ademais, observou-se que a Convenção de Viena e a Convenção de Palermo foram dois importantes instrumentos de cooperação internacional de prevenção e repressão ao crime organizado. Contudo, concluiu-se que, apesar da ação controlada surgir na legislação brasileira através da Lei nº 9.034/95, houve pouca evolução legislativa, com o advento da Lei nº 12.850/13, uma vez que a mesma não conseguiu lograr êxito para a eficiência deste método investigativo.

No segundo capítulo, analisou-se a figura do investigado em conjunto com a ação controlada. Neste sentido, foi dada atenção ao conflito existente entre o sigilo investigativo e o direito de defesa do investigado. Posteriormente, discutiu-se sobre os efeitos da imputação do investigado, em que os seus direitos e garantias fundamentais produzem mais reflexos, limitando o sigilo da investigação.

A consequência da imputação consiste justamente na ênfase da possibilidade de haver uma reação defensiva ainda nesta fase pré-processual. A posição do investigado durante uma investigação criminal possibilita o exercícios de garantias constitucionais, como o direito a defesa e ao contraditório. A busca pela verdade real em detrimento dos direitos fundamentais foi abordada, especialmente, em relação à ausência de proteção do sigilo investigativo, e à harmonização entre a eficiência investigativa e o garantismo constitucional, utilizando-se, para tanto, do direito comparado espanhol.

No decorrer dos capítulos 2 e 3, pode-se observar que há uma deturpação do instituto da ação controlada na prática, tendo em vista a sua complexidade e a ausência de compreensão de sua relação com os direitos fundamentais do suspeito, especialmente em relação à duração indefinida da investigação sigilosa, sem existir um prévio e periódico controle judicial. Portanto, conclui-se que melhorias legislativas podem ser propostas, prevenindo a ameaça de direitos e garantias fundamentais.

No terceiro e último capítulo, a presente monografia abordou possíveis instrumentos modificadores das deficiências da ação controlada. A probabilidade na valoração probatória, assim como o princípio da proporcionalidade nesta fase pré-processual, surgem como maneiras de direcionar as decisões judiciais. Por sua vez, foi proposta a inserção da autorização judicial prévia na legislação.

Sendo assim, foram sugeridas modificações legais no procedimento da ação controlada, tendo em vista que a concepção de duração temporal da investigação sigilosa deve privilegiar o conteúdo em detrimento de elementos cronológicos. Neste sentido, propôs-se a inserção de uma prévia autorização judicial expressa, de um plano estratégico e de um controle periódico da ação controlada através da figura do Ministério Público, solução sugerida pela doutrina alemã e pela prática investigativa deste órgão ministerial.

Contudo, enquanto não houver a reforma legislativa proposta, cabe ao Poder Judiciário, por meio de seus posicionamentos jurisprudenciais, determinar o tratamento necessário para que a ação controlada ocorra dentro das previsões constitucionais e dos limites deste método investigativo.

As discussões doutrinárias, os entendimentos jurisprudenciais e a legislação estrangeira foram os principais instrumentos utilizados para a construção do presente trabalho. Contudo, percebeu-se uma extrema dificuldade para encontrar tais fontes, devido, especialmente, à ausência de debate do instituto da ação controlada no âmbito brasileiro.

Não raro observa-se a banalização do uso de instrumentos, como a ação controlada, pela inexistência de elementos necessários à definição teórica das organizações criminosas por

parte dos investigadores e das autoridades judiciais. Caso a definição legal fosse mais precisa e trouxesse consigo a ponderação de valores, evitar-se-ia injustiças e interferências desnecessárias nos direitos fundamentais dos investigados.

Portanto, não basta o simples intuito de buscar anteparos probatórios para que uma ação controlada seja autorizada, faz-se necessário que haja uma afetação ao bens jurídicos relevantes para justificar as limitações dos direitos e garantias do investigado decorrentes da efetivação desta espécie de investigação sigilosa de duração indeterminada.

Desta forma, não se pode admitir uma duração eterna da ação controlada quando não forem alcançados os elementos probatórios mínimos para ensejar a peça acusatória. Caso não haja prova suficiente da inexistência da conduta criminosa e, assim, permanecer a dúvida de sua existência, a duração deste método investigativo será determinada de acordo com o controle periódico a ser realizado pelo Ministério Público. Assim, através deste relatório, o magistrado limitará essa duração ao observar que houve estagnação da investigação e, consequente, ausência de justificativa para manter a restrição ao direito de defesa do imputado.

Diante de todo o exposto, percebe-se que o principal risco da ação controlada encontra-se no descumprimento dos direitos e garantias fundamentais dos investigados. A ausência de limites temporais não é o principal dilema, mas sim a inexistência de um procedimento regulamentado, o que impossibilita o controle desse método investigativo. Como já mencionado, a relação conflituosa entre os direitos do investigado e a eficiência investigativa é apenas aparente, na medida em que estes elementos poderão tornar-se compatíveis proporcionalmente.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. Verdade formal e verdade real. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, 1988.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues e TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

AMBOS, Kai. **Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción**. São Paulo: Revista Jurídica da ESMP, n.º 2, vol. 1, 2001.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Crime Organizado, Organização Crimiosa e Associação Crimiosa**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/crime-organizado-organizacao-criminosa-e-associacao-criminosa-por-ricardo-antonio-andreucci>. Acesso em: 13 mar. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Primeiras reflexões sobre organização criminosa**. Disponível em: <https://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121936003/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa>. Acesso em: 16 mar. 2019.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código Processo Penal Anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 03 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 24 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 11 dez. de 2018.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm. Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

CAFFERATA NORES, José I. La eficacia del sistema penal y garantias procesales - (contradicción o equilibrio?). Buenos Aires: Mediterránea, 2002.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Portaria CNMP-CN nº 291, de 27 de novembro de 2017. Estabelece parâmetros e orientações sobre a atividade executiva de correição e inspeção da corregedoria nacional. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5957>. Acesso em: 04 abr. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. Superior Tribunal de Justiça divulga 11 teses sobre prisão em flagrante. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-11/stj-divulga-11-teses-corte-prisao-flagrante>. Acesso em: 20 mar. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ESPAÑHA. Lei do Processo Penal. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&p=20151006&tn=1#a302>. Acesso em 29 jan. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. **Revista dos Tribunais.** 3. ed. São Paulo, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Criminalidade organizada: de fenômeno ao conceito jurídico penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 71, v. 1, 2008.

GOMES, Rodrigo Carneiro. A novíssima lei de entorpecentes (Lei 11.343/2006) e as modificações da "ação controlada" ou "não-atuação policial". **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.16, fevereiro 2007. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao016/Rodrigo_Gomes.htm. Acesso em: 03 jan. 2019.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Foresen, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUCHETE, Felipe. Novidade na "lava jato", ação controlada já foi reconhecida pelo Supremo. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-17/novidade-lava-jato-acao-controlada-foi-reconhecida-stf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA DO BRASIL. **Projeto de Lei Anticrime**. Anteprojeto de lei nº , DE 2019. Disponível em: <http://justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

MOLINARI, Francesca Maria. **Il segreto investigativo**. Milano: Giuffrè Editore, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. **Ed. Revista dos Tribunais**. 2. ed. Comentário ao artigo 302, n.18.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rev. Atual. Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. Coimbra: Almedina, 2010.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal**. Curitiba: Juruá, 2013.

ROLIM, Luciano Sampaio. **O Controle externo da atividade policial no direito alemão**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/5387/Rolim%20LucianoSampaio%20O%20controle%20externo%20da%20atividade%20policial%20no%20direito%20alem%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 mar. 2019.

SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. **Editora Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2004.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gvião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Crime Organizado - Aspectos Processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Reação defensiva à imputação**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

SENDRA, Vicente Gimeno. **Manual de Derecho Procesal Penal**. 3. ed. Madrid: Colex Editorial, 2013.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado: procedimento probatório.** São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 9 ed., re. e ampl. São Paulo, Malheiros, 1993.

STF. Escuta ambiental e ação controlada. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo622.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

STF. Súmula 473. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em: 01 abr. 2019.

STJ. HC n° 161053 SP. Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 27/11/2012, T5 - Quinta Turma. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22841694/habeas-corpus-hc-161053-sp-2010-0017511-6-stj/inteiro-teor-22841695?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 mar. 2019.

STJ. HC n° 119.205 - MS. 4ª Turma. Relator: Min. Jorge Mussi. Data de Julgamento: 26/09/2009. DJe-040. Data de Publicação: 16/11/2009. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-trf-voto>. Acesso em: 20 mar. 2019.

STJ. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 84366 RJ 2017/0109805-6. 6ª Turma. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 23/08/2018. Data de Publicação: DJe 03/09/2018. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631929750/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-84366-rj-2017-0109805-6?ref=serp>. Acesso em: 20 mar. 2019.

STF. HC n° 102.819 DF. 1ª Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 26/02/2010. DJe-040. Data de Publicação: 05/03/2010. Disponível em:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806756/habeas-corpus-hc-108749-df-stf/inteiro-teor-112280392>. Acesso em: 12 jan. 2019.

TARUFFO, Michele. Verità e Probabilità nella prova dei fatti. **Revista de Processo**, v. 154, 2007.

TÁVORA, Nestor; RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. **Curso de Processo Penal.** 6. Ed. Bahia: JusPodivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, Volume 1.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

VILARES, Fernanda Regina. **Ação controlada e criminalidade organizada: os controles necessários à atividade investigativa.** Tese de Doutorado em Direito (Área de concentração de Direito Processual Penal). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), Faculdade de Direito, 2014.

VILARES, Fernanda Regina. **Processo Penal: reserva de jurisdição e CPIs.** São Paulo: Onix Jue, 2012.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro:** análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.