



## INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

### PARECER DA COMISSÃO PERMANENTE DE DIREITO PENAL

#### **Indicação nº 001/2019**

**Referência:** Projeto de Lei nº 888/2019, apresentado pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Fernando Moro, que “estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes com grave violência a pessoa”. Parecer sobre as chamadas “Medidas para aprimorar a investigação de crimes” – item XVIII.

**Relatores deste item:** Antônio Pedro Melchior e Maíra Fernandes

**Ementa:** ANTEPROJETO DE LEI DO GOVERNO FEDERAL. ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO PENAL. MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, O CRIME ORGANIZADO E OS CRIMES PRATICADOS COM GRAVE VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA.

#### **Introdução:**

No dia 19 de fevereiro de 2019, o Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Fernando Moro apresentou ao Congresso Nacional uma série de propostas de alterações legislativas relacionadas ao sistema de justiça criminal brasileiro.

O presente parecer trata das propostas intituladas como “medidas para aprimorar a investigação de crimes” e para realizar “mudança na lei de execução penal”, incluídas em um dos três projetos entregues à Câmara dos Deputados de maneira



fatiada<sup>1</sup> – Projeto de Lei nº 888/2019, item XVIII – e que preveem, em síntese: (i) a extração compulsória de DNA de condenados por crimes dolosos, sem trânsito em julgado e com exclusão do banco nacional de dados somente após vinte anos do cumprimento da pena; (ii) o alargamento da possibilidade de interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática por qualquer meio tecnológico disponível; (iii) o enfrentamento ao enunciado nº 145 do Supremo Tribunal Federal com previsão de aproveitamento dos atos praticados por agente policial disfarçado que atue em situação de flagrante provocado; (iv) a regulamentação da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos e a tipificação da sua realização, sem prévia autorização judicial; (v) a cooperação entre órgãos de persecução nacionais e estrangeiros; (vi) a criação dos bancos nacionais multibiométrico e de impressões digitais.<sup>2</sup>

O presente parecer pretende analisar se as propostas legislativas apresentadas pelo atual Ministro da Justiça são compatíveis com a Constituição da República de 1988 e se estão de acordo com a jurisprudência e doutrina apoiada em valores e fundamentos democráticos do sistema de justiça criminal.

#### **I. ALTERAÇÕES NO ART. 9º-A DA LEI Nº 7.210/84 E NA LEI Nº 12.037/2009 – EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DE DNA DA PESSOA CONDENADA:**

No ano de 2012, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/1984) e a Lei de Identificação Criminal (Lei nº 12.037/2009) foram alteradas pela Lei nº 12.645, para instituir a extração compulsória de DNA como forma de identificação criminal (artigo 9º-A). Desde então, a criação de um “banco de dados de DNA” de pessoas condenadas por determinados crimes recebe críticas da academia jurídica brasileira, por violar a garantia que veda a autoincriminação compulsória (*nemo tenetur se detegere*). A inconstitucionalidade de tal dispositivo legal é, inclusive, objeto de um Recurso Extraordinário pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, desde 2016 (RE

<sup>1</sup> Originalmente, as propostas apresentadas pelo Ministro da Justiça estavam reunidas em um único documento, denominado pelo próprio autor de “Pacote Anticrime”. Poucos dias depois, ao encaminhá-las ao Congresso Nacional, Sérgio Moro desmembrou a proposta inicial em três projetos de lei: um para criminalizar o uso de caixa dois em eleições, outro para estabelecer regras de competência da justiça comum e da justiça eleitoral e, finalmente, um terceiro que estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes com grave violência à pessoa.

<sup>2</sup> Este conjunto de medidas importa em alterações na Lei de Execução Penal e na Lei nº 12.037/2009 (Identificação Criminal), Lei nº 9.296/96 (Interceptação Telefônica), Lei nº 11.343/06 (Drogas), Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Capitais), Lei nº 10.826/03 (Armas) e Lei nº 12.850/13 (Organização Criminosa).

973.837/MG). Agora, a proposta do Ministro da Justiça pretende, segundo sua própria justificativa, “ampliar o rol dos sujeitos a tal procedimento”. Confira-se:

Redação original da Lei nº 7.210/84	Projeto de Lei 888/2019
<p>“Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.</p>	<p>“Art. 9º-A. Os condenados por crimes dolosos, <b>mesmo sem trânsito em julgado</b>, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor, quando do ingresso no estabelecimento prisional.</p> <p>§ 3º Os condenados por crimes dolosos que não tiverem sido submetidos à identificação do perfil genético, quando do ingresso no estabelecimento prisional, poderão ser submetidos ao procedimento durante o cumprimento da pena.</p> <p>§ 4º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.” (NR)</p>

Redação original da Lei nº 12.037/09	Projeto de Lei 888/2019
<p>Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.</p>	<p>“Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no caso de absolvição do acusado ou, mediante requerimento, decorridos vinte anos após o cumprimento da pena no caso do condenado.” (NR)</p> <p>“Art. 7º-C. Fica autorizada a criação, no Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.</p> <p>§ 1º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais tem como objetivo armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distrital.</p> <p>§ 2º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será integrado pelos registros biométricos, de impressões digitais, íris, face e voz colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal.</p>

	<p>§ 3º Poderão ser colhidos os registros biométricos, de impressões digitais, íris, face e voz dos presos provisórios ou definitivos quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal.</p> <p>§ 4º Poderão integrar o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais ou com ele interoperar os dados de registros constantes em quaisquer bancos de dados geridos por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação civil.</p> <p>§ 5º No caso de bancos de dados de identificação de natureza civil, administrativa ou eleitoral, a integração ou o compartilhamento dos registros será limitado às impressões digitais e das informações necessárias para identificação do seu titular.</p> <p>§ 6º A integração ou a interoperação dos dados de registros multibiométricos constantes em outros bancos de dados ocorrerá por meio de acordo ou convênio com a unidade gestora.</p> <p>§ 7º Os dados constantes do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.</p> <p>§ 8º As informações obtidas a partir da coincidência de registros biométricos relacionados a crimes deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.</p> <p>§ 9º É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.</p> <p>§ 10. A autoridade policial e o Ministério Público poderão requerer ao juiz competente, no caso de inquérito ou ação penal instauradas, o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.</p>
--	--

	§ 11. A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais serão objeto de regulamento do Poder Executivo Federal."
--	---

Como se vê, desde 2012 a Lei de Execução Penal prevê, em seu artigo 9-A, que os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos na lei dos crimes hediondos possam ser submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA. O texto ressalva que a técnica empregada deve ser "adequada e indolor", permitindo ainda, no §2º, que a autoridade policial, federal ou estadual, requirite ao juiz competente o acesso ao banco de dados de perfil genético, "em caso de inquérito instaurado".

A alteração ora sugerida pelo Projeto de Lei nº 888/19 mantém tais previsões, mas amplia o espectro de pessoas sujeitas à extração compulsória de material genético. Na proposta do Ministro da Justiça, todos os condenados por crimes dolosos, independente da gravidade do delito, deverão ser submetidos à extração compulsória de material genético. Para que não haja dúvida a respeito do momento em que isto deve ser feito, o projeto, onde havia *os condenados por crimes dolosos*, acresce a expressão "*mesmo sem trânsito em julgado*".

Já a Lei nº 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, estabelecia, antes da reforma de 2012, em seu artigo 3º, inciso IV, que a pessoa, embora apresentasse um documento de identificação, poderia ser objeto de identificação criminal sempre que isso fosse "essencial às investigações", segundo decisão judicial fundamentada. A Lei nº 12.645/12, contudo, incluiu em seu artigo 5º um parágrafo único, prevendo que a identificação criminal abarque a coleta de material biológico para a obtenção de perfil genético o que, na prática, autorizou a extração compulsória de DNA de qualquer suspeito, desde que seja "essencial às investigações policiais" e esteja amparada por "decisão judicial".

O PL 888/2019 pretende, agora, alterar o artigo 7º-A, cuja redação atual prevê a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ao término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. Pelo projeto de lei, este prazo seria estendido para vinte anos, independentemente do crime pelo qual o sujeito, ora identificado pela coleta de

DNA, foi condenado, e dependerá de solicitação do interessado (ou seja, não será mais automática a exclusão).

Parece-nos que a extração compulsória de DNA é inteiramente inconstitucional, de modo que a Lei de Execução Penal e a Lei de Identificação Criminal deveriam ser modificadas para suprimir do ordenamento jurídico as previsões a ela referentes, jamais para ampliá-las. Vejamos.

#### I.1. O “banco de dados de DNA” e sua manifesta inconstitucionalidade.

A obrigação de o preso fornecer – mesmo contra sua vontade – material para identificação de seu perfil genético é, a toda evidência, **inconstitucional**, pois afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88<sup>3</sup>) e do direito à intimidade e à vida privada (art. 5º, X da CRFB/88<sup>4</sup>), além de violar, flagrantemente, o princípio da não autoincriminação, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, previsto não só na Constituição Federal brasileira (art. 5º, LXIII, CRFB<sup>5</sup>). Tal inconstitucionalidade é apontada em um Recurso Extraordinário pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, desde 2016 (RE 973.837/MG), cuja repercussão geral já foi reconhecida, por decisão assim ementada:

Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão

<sup>3</sup> Art. 1º da CRFB/1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

<sup>4</sup> Art. 5º da CRFB/1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

<sup>5</sup> Art. 5º, LXIII da CRFB/1988: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.





geral em recurso extraordinário reconhecida. RE 973837 RG / MG - MINAS GERAIS. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 23/06/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico

No mesmo sentido, em 2012, a Comissão de Reforma da Lei de Execução Penal no Senado – que foi presidida pelo ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça Sidnei Beneti e reuniu diversos juristas, dentre promotores de justiça, professores, advogados, defensores públicos – sugeriu a supressão do artigo 9º A da LEP, sob o seguinte fundamento:

“A revogação do art. 9º-A é fundada em entendimento pela sua desnecessidade e inconstitucionalidade frente o princípio da igualdade (art. 5º, caput, CRFB) e dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), bem como quanto à vedação da obrigatoriedade da produção de provas contra si mesmo (art. 5º, LXIII, CRFB), inadmitindo-se a pressuposição, sem qualquer fundamento científico, de que apenas os condenados por determinados tipos penais pré-estabelecidos seriam responsáveis por outros delitos ainda não elucidados. Considerou-se que a identificação civil, na forma regulada pela Lei nº 12.037, de 30 de outubro de 2009, atende às necessidades da execução penal e segurança pública nesta seara”<sup>6</sup>.

Os fundamentos que sustentam a inconstitucionalidade da previsão legal de coleta compulsória de material genético, prevista tanto na Lei de Execução Penal, quanto na Lei de Identificação Criminal do Civilmente Identificado são, portanto, os mesmos que, antecipando-se a conclusão deste ponto do parecer, recomendam a rejeição das propostas ora apresentadas no item XVIII do PL 888/2019. Trata-se da violação à garantia do *nemo tenetur se detegere*, que integra o princípio da ampla defesa, concebido como parte do sistema de proteção destinado a estabelecer o controle do poder punitivo e assegurar o exercício das liberdades públicas fundamentais.

---

<sup>6</sup> O Anteprojeto de Reforma da LEP foi publicado em: <https://www.conjur.com.br/dl/anteprojeto-reforma-lep.pdf>. Tal anteprojeto deu origem, inicialmente, ao Projeto de Lei do Senado nº 513, de 2013, de autoria do Senador Renan Calheiros, no qual consta a previsão expressa de revogação do artigo 9º-A da LEP, como se pode verificar em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3751577&ts=1548953791822&disposition=inline>. Após ser aprovado no Senado, tal Projeto de Lei seguiu para a Câmara dos Deputados, onde ganhou o número 9054/2017 e se encontra aguardando a criação de comissão temporária pela Mesa daquela Casa legislativa. A redação atual não mais prevê a revogação do artigo 9º A da LEP, como se verifica em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836>. Acessos em 13/03/2019.

Inserindo-se dentro do que a doutrina convencionou chamar de autodefesa negativa, a garantia do *nemo tenetur se detegere* enuncia que ninguém poderá ser obrigado a contribuir com sua própria condenação ou, em outras palavras, impede que a pessoa seja coagida a ceder, do seu próprio corpo, o elemento probatório que será pretensamente utilizado para lhe condenar ou, de toda forma, utilizado em seu desfavor.

O artigo 14, item 3, alínea “g” do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos reconhece a toda pessoa acusada de um delito o direito “de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”<sup>7</sup>. A Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 8, item 2, alínea “g”, tem redação quase idêntica, dispondo, dentre as garantias mínimas da pessoa acusada de um delito, “o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”<sup>8</sup>.

A garantia do *nemo tenetur*, como afirma Nereu Giacomolli,<sup>9</sup> outorga ao indivíduo a proteção a uma série de comportamentos considerados indispensáveis ao pleno exercício da cidadania e ao controle do abuso estatal. Dentre eles, encontra-se o direito de não fazer declarações perante qualquer órgão público ou privado, ou seja, a permissão de permanecer em silêncio ou de responder somente aos questionamentos que não resultem em autoincriminação. Para evitar consequências negativas, a garantia veda a possibilidade de se interpretar o silêncio desfavoravelmente àquele que o exerce.

Por força do *nemo tenetur se detegere* as pessoas também não estão obrigadas à sujeitar-se à realização de comportamentos ativos (comparecimento à reconstrução de fatos, comparecimento para depor, fornecimento de documentos para exames grafotécnicos, assoprar o etilômetro, etc) ou comportamentos passivos que possam induzir à formação de substrato probatório incriminatório (extração coativa de material para ser analisado - coleta de sangue, esperma, saliva, urina, DNA, etc). Estão naturalmente protegidas de todos os procedimentos que importem em qualquer grau de invasividade interna (como a instrução de agulhas para extração de sangue ou de outros líquidos do corpo, a introdução de substâncias químicas via sondas (eméticos), a

<sup>7</sup> Art. 14, 3 do Pacto de São José da Costa Rica: Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

<sup>8</sup> Art. 2º da CIDH: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

<sup>9</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal. Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, pp.193/196.



intervenção cirúrgica, etc.) ou mesmo, invasividade externa, como a extração de cabelos, pelos, unhas ou salivas.<sup>10</sup>

A garantia que veda a autoincriminação compulsória proíbe a sujeição do indivíduo à vontade arbitrária do Estado que dele pretende extrair informações – não importa quais sejam – que deveriam ser obtidas por outros meios, que não o próprio corpo da pessoa imputada. Esta garantia possui uma centralidade tão vertiginosa no âmbito dos Estados democráticos que mesmo as tentativas dissimuladas das agências estatais de obter informações autoincriminatórias são consideradas ilegais.<sup>11</sup> Além do efetivo esclarecimento acerca do direito de não produzir provas contra si mesmo, é preciso que o consentimento da pessoa seja plenamente válido, o que significa dizer que a informação deve ser comunicada de maneira clara, objetiva e passível de entendimento.<sup>12</sup>

A circunstância de ter sido a coleta de material genético prevista na Lei de Identificação Criminal do Civilmente Identificado e, no mesmo contexto, na Lei de Execução Penal não importa em restringir o seu uso apenas às hipóteses relacionadas à identificação da pessoa. Na prática, a autorização conferida ao Estado de obrigar a pessoa, mesmo quando já condenada, a se submeter a procedimentos de coleta de DNA tem o objetivo de alimentar um amplo banco de armazenamento de fonte probatória que possa servir, ainda que no futuro, como prova em processos judiciais criminais. Relembre-se que o artigo 5º, IV c/c parágrafo único, da Lei nº 12.037/09, com a alteração conferida pela Lei nº 12.654/12, permite a extração compulsória de DNA também do mero investigado, bastando para isso que se alegue ser essencial às investigações e que tal argumento seja aceito pelo juiz.

Em suma, o que Sergio Moro propõe é tornar regra uma coleta de material genético que, atualmente, é exceção. O PL 888/2019 prevê que a extração compulsória dos dados genéticos seja realizada em todos os condenados por crimes dolosos o que, a toda evidência, afronta o princípio da presunção de inocência e banaliza um

<sup>10</sup> Não há, contudo, consenso na doutrina quanto à abrangência dessa garantia. Cf. QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 245

<sup>11</sup> A efetividade da comunicação acerca do direito ao silêncio e de não produzir provas contra si mesmo já foi objeto de análise pelos Tribunais Superiores, conforme se verifica dos autos do Habeas Corpus nº 244.977-SC de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior. O artigo 185, §5º do Código de Processo Penal, em atenção à mesma providência, impõe que o juiz garanta prévia entrevista do acusado com o seu defensor.

<sup>12</sup> Cf., Tribunal Europeu de Direitos Humanos, caso Bogumil vs Portugal, 2008. Sobre o tema da garantia que veda a autoincriminação compulsória, conferir o acórdão proferido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso Jalloh vs Alemanha.

procedimento complexo e que envolve, também, uma delicada discussão em torno da proteção dos dados recolhidos, eis que os dados genéticos são, conforme reconhece o artigo 5º, II, da Lei 13709/2018, dados pessoais sensíveis, o que requer um tratamento específico, na forma dos artigos 11 a 13 da mesma Lei e complexas medidas de segurança e sigilo. A extração de dados genéticos não é algo banal, nem pode ser tratada como tal. Nesse sentido, merece destaque a observação de Ana Frazão e Maria Cristine Lindoso.

Para analisar a adequação do projeto, é importante lembrar que, no Brasil, a identificação de pessoas através do perfil genético, viabilizada pela Lei 12.654/2012, buscou facilitar a investigação criminal e instituir a criação de banco de dados de perfis genéticos, de caráter sigiloso, regulamentado posteriormente pelo Decreto 7.950/2013. Além de o procedimento estar restrito a hipóteses excepcionais – crimes hediondos e crimes dolosos que envolvam violência grave contra pessoa –, a Lei do Perfil Genético ainda estabelece que a identificação não poderá revelar qualquer tipo de traços comportamentais das pessoas, limitando-se a identificação à “determinação genética de gênero, consoante normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos”<sup>13</sup>.

A ampliação do artigo 9-A da Lei de Execução Penal, em suma, deve ser considerada inconveniente e desnecessária, eis que o próprio artigo deveria ter sua inconstitucionalidade reconhecida. Vista de perto, contudo, a própria proposta apresentada pelo Ministro da Justiça apresenta outros vícios de inconstitucionalidade.

## **1.2. As demais violações constitucionais do Projeto de Lei 888/2019.**

Da mesma forma, a previsão de que os condenados que se recusarem a se submeter ao procedimento de identificação genética incidirão em falta grave, constante do §3º do artigo 9-A, incluído no projeto, ofende igualmente a garantia do *nemo tenetur*, cuja abrangência não permite que sejam criadas punições ou consequências prejudiciais ao titular do direito que a exerça.

Já a extensão abusiva do rol de pessoas sujeitas ao procedimento de coleta compulsória de DNA ofende o princípio da proporcionalidade, em qualquer de suas

---

<sup>13</sup> FRAZÃO, Ana; LINDOSO, Maria Cristine. O projeto anticrime de Moro e o problema do tratamento de dados genéticos. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-projeto-anticrime-de-moro-e-o-problema-do-tratamento-de-dados-geneticos-13022019>; Acesso em: 15/03.2019.

dimensões. Também a ampliação do prazo para exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados, hoje limitado à prescrição do crime e, na proposta, estendido para vinte anos, viola o subprincípio da proibição do excesso. Finalmente, o emprego do termo *mesmo sem trânsito em julgado*, em nítido viés impositivo, antecipa a providência a todo e qualquer condenado e, muito claramente, desafia o princípio da presunção de inocência, disposto no artigo 5º, LV da CRFB/88.

Ao que nos parece, portanto, as alterações pretendidas pelo Projeto de Lei nº 888/19, tanto na Lei nº 7.210/84, quanto na Lei nº 12.037/2009, são incompatíveis com a Constituição da República, o que reforça o contexto de inconstitucionalidade que já afetava o disposto no artigo 5º, parágrafo único, 5º-A e 7º-A, da Lei de Identificação Criminal do Civilmente Identificado e o artigo 9º-A da Lei de Execução Penal.

**Salvo melhor juízo, o parecer é pela rejeição integral das propostas que ampliam as previsões relacionadas ao banco de dados genéticos.**

## **II. ALTERAÇÕES NA LEI Nº 9.296/96 - ALARGAMENTO DA POSSIBILIDADE DE INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES EM SISTEMAS DE INFORMÁTICA E TELEMÁTICA POR QUALQUER MEIO TECNOLÓGICO DISPONÍVEL:**

Propõe o PL 888/19 a seguinte alteração no artigo 9º da Lei nº 9296/96, passando a vigorar nos seguintes termos:

"Art. 9º-A. A interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática poderá ocorrer por qualquer meio tecnológico disponível desde que assegurada a integridade da diligência e poderá incluir a apreensão do conteúdo de mensagens e arquivos eletrônicos já armazenado em caixas postais eletrônicas."

Não há dúvidas de que as novas tecnologias têm avançado com enorme rapidez e que é preciso adaptar as legislações a esse tipo de avanço. Deste modo, não nos parece de todo problemática a proposta acima, desde que: i) tal interceptação seja devidamente autorizada judicialmente; ii) seja assegurada a integridade da diligência e da cadeia de custódia e da prova; iii) o "meio tecnológico disponível" seja confiável e idôneo; iv) o meio de prova seja típico e nominal.

Deste modo, ainda que a redação proposta pelo Projeto de Lei esteja um pouco vaga, opinamos pela **aprovação da proposta referente às alterações na Lei nº 9296/96**, com as ressalvas acima.

### III. A INTRODUÇÃO DO “AGENTE ENCOBERTO”: ALTERAÇÕES NA LEI Nº 11.343/06 (DROGAS), LEI Nº 9613/98 (LAVAGEM) E NA LEI Nº 10.826/03 (ARMAS).

<p><b><u>(NR) Mudança na Lei n.º 11.343/2006 (drogas) para introdução de agente encoberto:</u></b></p>	<p>Art. 33, §1º, IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente.</p>
<p><b><u>Mudança na Lei n.º 9.613/1998 (lavagem) para introdução de agente encoberto:</u></b></p>	<p>§ 6º Não exclui o crime a participação, em qualquer fase da atividade criminal de lavagem, de agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente.” (NR)</p>
<p><b><u>Mudança na Lei n.º 10.826/2003 (armas) para introdução de agente encoberto:</u></b></p>	<p>Art. 17. § 1º Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.</p> <p>§ 2º Incorre na mesma pena a venda ou a entrega de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a <b>agente policial disfarçado</b>, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente.” (NR)</p> <p>Art. 18. Parágrafo único. Incorre na mesma pena a venda ou a entrega de arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a <b>agente policial disfarçado</b>, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente.” (NR)</p>

O projeto de lei apresentado pelo Ministro de Justiça Sérgio Moro pretende introduzir<sup>14</sup> no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do *agente encoberto*, denominando-o, também, de *agente policial disfarçado*.

O Projeto de lei não faz qualquer distinção entre o instituto do *agente encoberto* e o do *agente infiltrado*, este já previsto na Lei 12850/2013 e que depende de representação do delegado de polícia ou de requerimento do Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia. A infiltração de policiais pode ser solicitada no curso de inquérito policial, sempre precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial e em obediência estrita ao disposto na referida Lei de organização criminosa.

De modo geral, o policial infiltrado ingressa em uma organização criminosa com o objetivo de coletar informações e provas, as quais não possam ser obtidas por outros meios e que sejam capazes de auxiliar as investigações. Há uma série de exigências legais a serem observadas, como a obrigação de realizar relatório da infiltração. Não se trata de algo simples. Os pedidos de infiltração devem ser capazes de demonstrar, obrigatoriamente, a real necessidade da infiltração do agente na organização criminosa, para que o juiz possa autorizá-la, tendo em vista que tal procedimento coloca em alto risco o agente policial durante toda a diligência.

Por tal motivo, a infiltração policial jamais pode ser deferida sem que antes tenham sido esgotadas absolutamente todas as possibilidades de investigação. Tal exigência é elementar, tendo-se em vista que, se as provas puderem ser obtidas de outras formas, o juiz não deve autorizar a realização do procedimento.

Tais observações sobre o agente infiltrado também deverão valer para o agente encoberto, eis que se trata de um meio de obtenção de prova nominado, conquanto atípico, incorporado ao ordenamento através de norma de direito material. Todavia, o Projeto 888/19 se limita a prever no texto dos tipos penais acima transcritos, tão só, a possibilidade de utilização de *agente encoberto*, descrito como *agente policial disfarçado*. Nada mais.

A inexistência de lei processual a regulamentar específico procedimento probatório dificulta uma crítica detalhada acerca desta incorporação. Possivelmente, será utilizado analogamente o procedimento do *agente infiltrado*, ou do *agente provocador*, o que dificultará ainda mais a diferenciação entre os institutos.

---

<sup>14</sup> Por exemplo: “Mudança na lei 9.613/1998 (lavagem) para introdução de agente encoberto”.

A possível proximidade entre as figuras do *agente encoberto* e do *agente provocador* merece atenção na medida em que há previsões em tipos penais nos quais aparecem verbos que exigem uma conduta ativa do agente.

Cabe esclarecer que o *agente disfarçado*, quando atua como *agente infiltrado* – Portanto, como dito, nos limites da lei 12850/2013 – não está autorizado a provocar a prática do delito, mas, tão somente, obter informações que interessem às investigações sobre a organização criminosa.

Da mesma forma, o *agente de inteligência* que empregue a técnica de *história cobertura*, ou seja, que atue disfarçadamente para levantar informações e cruzar dados abnegados, não poderá de modo algum interagir com alvos da investigação, uma vez que não lhe é dado extrair informações auto incriminatórias de maneira dissimulada. Tampouco poderá tal *agente de inteligência*, ao agir disfarçadamente, provocar a prática do delito.

Nada disso está previsto no Projeto de Lei 888/2019 em relação ao *agente encoberto*, de modo que, ao nosso sentir, tal instituto, para ser instituído, merece ser melhor regulamentado, se possível, em um capítulo autônomo em uma lei especial, ou no Código de Processo Penal.

A proposta do Ministro da Justiça trata de forma confusa o regime jurídico do agente encoberto, não distinguindo-o ou apontando as semelhanças com a atuação de agentes policiais disfarçados de modo em geral. Mas, além disso, e de modo mais grave, parece pretender legalizar, por via transversa, a situação vedada pela súmula 145, Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Não se trata de entendimento novo. Nelson Hungria já destacava que, nos casos em que há provocação do crime, o desprevenido sujeito ativo opera dentro de pura ilusão, pois, ab initio, a vigilância da autoridade policial torna impraticável a real consumação do crime. Pode-se dizer que, nesses casos, o elemento subjetivo do crime existe, mas, sob o aspecto objetivo, não há violação da lei penal, configurando-se, apenas, uma cooperação de certo modo ardilosa, para averiguação de autoria de crimes anteriores, ou uma simulação, embora ignorada pelo agente, da exterioridade de um crime. Parece ser isso que o Projeto de Lei pretende mudar, instituindo a possibilidade de atuação do agente provocador.

O agente provocador é aquele que articula toda a operação que vai resultar na prisão de uma pessoa determinada – ou de várias delas. É ele quem irá induzir essa



pessoa a praticar determinado crime e, já sabendo que a infração será praticada, prepara medidas para que seja realizada a prisão do culpado. Parece ser exatamente isso que o Ministro da Justiça pretende instituir no país, mas que atualmente é vedado pelo STF, que possui entendimento consolidado no sentido de que o flagrante preparado é um crime impossível (art. 17 do CP), pois não há qualquer possibilidade de êxito na realização do ato ilícito.

Por todo o exposto, somos do entendimento de que também esta proposta merece ser rejeitada.

#### IV. Alterações na Lei nº 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas)

<p>Art. 1º</p> <p>§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.</p> <p>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:</p>	<p>Art. 3º Em qualquer fase da investigação ou da persecução penal de infrações penais praticadas por organizações criminosas, de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou de infrações penais conexas, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova</p>
<p>Inclusão de dispositivo.</p>	<p>"Art. 3º-A. O Ministério Público Federal e a Polícia Federal poderão firmar acordos ou convênios com congêneres estrangeiros para constituir equipes conjuntas de investigação para a apuração de crimes de terrorismo, crimes transnacionais ou crimes cometidos por organizações criminosas internacionais</p> <p>§ 1º Respeitadas as suas atribuições e competências, outros órgãos federais e entes públicos estaduais poderão compor as equipes conjuntas de investigação.</p> <p>§ 2º O compartilhamento ou a transferência de provas no âmbito das equipes conjuntas de investigação devidamente constituídas dispensam formalização ou autenticação especiais,</p>

	<p>sendo exigida apenas a demonstração da cadeia de custódia.</p> <p>§ 3º Para a constituição de equipes conjuntas de investigação, não se exige a previsão em tratados.</p> <p>§ 4º A constituição e o funcionamento das equipes conjuntas de investigação serão regulamentadas por meio de decreto."</p>
--	--

<p>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:</p> <p>[...]</p> <p>II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;</p> <p>[...]</p> <p>§ 1º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para contratação de serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para o rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V.<u>(Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)</u></p> <p>§ 2º No caso do § 1º, fica dispensada a publicação de que trata o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ser comunicado o órgão de controle interno da realização da contratação. <u>(Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)</u></p>	<p>Art. 21-A. A captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos poderá ser autorizada pelo juiz a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público para investigação ou instrução criminal quando:</p> <p>I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e</p> <p>II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou em infrações penais conexas.</p> <p>§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.</p> <p>§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, no período noturno ou por meio de operação policial disfarçada.</p> <p>§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.</p> <p>§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada como prova de infração criminal quando demonstrada a integridade da gravação.</p> <p>§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática." (NR)</p>
---	---

	<p>“Art. 21-B. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos sem autorização judicial. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</p> <p>§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.</p> <p>§ 2º Incorre na mesma pena quem descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou quem revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial.” (NR)</p>
--	--

#### IV.1. Aparente ampliação dos meios de obtenção de prova em processos criminais envolvendo imputação por organização criminosa:

Propõe o PL 888/2019 que o artigo 3º da Lei n.º 12.850/2013 (Organização Criminosa) passe a ter a seguinte redação:

“Art. 3º Em qualquer fase da investigação ou da persecução penal de infrações penais praticadas por organizações criminosas, de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou de infrações penais conexas, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova”

Trata-se de mudança no *caput* do art. 3º, da Lei n.º. 12.850/2013, atualmente, o artigo está redigido da seguinte forma: “*Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:*”.

O que há de novo é o acréscimo de “*em qualquer fase da investigação*”, “*(...) infrações penais praticadas por organização criminosas, de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou de infrações penais conexas*”. Ao nosso sentir, não há uma mudança significativa que comporte em uma reformulação substancial dos meios de obtenção de prova previstos pela Lei da ORCRIM.

Ao inserir **infrações penais** na nova redação, há de entender que as contravenções penais e os crimes (art. 1º, do Decreto Lei n.º. 3.914/41), praticados por Organizações Criminosas estão contempladas. Entretanto, já há na lei a referência de infrações penais praticadas pela ORCRIM (art. 1, §1º)

Em relação, a inserção de **infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou de infrações penais**, é uma outra formalidade legal, que não comporta uma mudança significativa. Mas, por outro lado, ao analisar o Decreto nº. 5.015/2004<sup>15</sup> que promulgou a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Transnacional, no art 2º, alínea “b”, entende-se por “infração grave” – ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a **quatro anos** ou com pena superior. Há um indicativo de inserção de nomenclaturas previstas por tratados internacionais e ratificados via Decreto, no ordenamento legal.

#### **IV.2. Cooperação entre o Ministério Público e Polícia Judiciária nacional e outros órgãos estrangeiros:**

Na mesma linha de combate à corrupção e, ainda, com um discurso de combate ao terrorismo e aos crimes transnacionais, o pacote de propostas legislativas apresentado por Sergio Moro pretende alterar o artigo 3º da Lei 12850/13, que passaria a vigorar na forma acima transcrita, que atribuiu uma perigosa possibilidade de o Ministério Público Federal e a Polícia Federal firmarem acordos ou convênios com congêneres estrangeiros para constituir equipes conjuntas de investigação para a apuração de crimes de terrorismo, crimes transnacionais ou crimes cometidos por organizações criminosas internacionais. De acordo com o Projeto, o compartilhamento de provas estaria dispensado de formalizações ou autenticações especiais, o que significa dar ainda mais poder ao Ministério Público.

É mais um caso de proposta perigosa, inserida de modo discreto e que pode gerar impacto gigantesco no sistema de justiça criminal. Vejamos.

O Projeto de Lei apresentado pelo Ministro da Justiça, no que se refere à inclusão do artigo 3-A na Lei nº 12.850/13 reproduziu, à mingua de uma regulamentação adequada, as ideias expostas no texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, da qual o Brasil é signatário. O Tratado foi aprovado em Nova York no dia 15 de novembro de 2000 e promulgado internamente pelo Decreto nº 5.015 em 12 de março de 2004.

Os artigos 19 e 27 da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Transnacional, por ex., já trazia a possibilidade de “investigações conjuntas” e

---

<sup>15</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)



“cooperação entre as autoridades competentes para a aplicação da lei”, reproduzidas no projeto. Os referidos artigos simplesmente recomendam aos Estados Partes que, em conformidade com os seus respectivos ordenamentos jurídicos e administrativos, adotem medidas de controle para o cumprimento da lei destinadas a combater as infrações previstas na Convenção.

Diferentemente da proposta do Ministro da Justiça, não há no Decreto nº 5.015, que internaliza a Convenção, qualquer indicação de que os órgãos responsáveis pela cooperação sejam de polícia judiciária ou do órgão titular da ação penal pública.

O artigo 3-A, que se pretende incluir na Lei nº 12.850/13, refere-se à realização de acordos ou convênios com *congénères étrangers*, mas não se define o que isto significa. Contempla apenas a Polícia Judiciária e Ministério Público correspondente de cada país? Seria possível firmar parceria com serviços de inteligência estrangeiro? Empresa Militar privada?

A omissão é relevante, já que o sistema de justiça criminal se orienta pela legalidade estrita e não é possível admitir cooperação com órgãos cuja estrutura e forma de atuação seriam inadmissíveis no Brasil.

O §2º do artigo 3-A, segundo formulado pelo projeto, dispensa formalização ou autenticação especial dos atos de investigação consistentes em compartilhamento ou transferência de provas no âmbito das equipes conjuntas de investigação. Exige-se somente a demonstração da cadeia de custódia. Embora o espaço não permita maior digressão, a dispensa de formalidade especial no ato de compartilhamento de informações, provenientes de órgãos de persecução estrangeiros, gera como consequência imediata a perda da qualidade epistêmica da prova que precisaria passar, no Brasil, por um rigoroso mecanismo de filtragem processual. Todo e qualquer elemento probatório que se pretenda utilizar em um processo criminal no Brasil deve ser admissível e idôneo, o que somente poderá ser fielmente testado por meio do respeito absoluto às regras de formalização e autenticação.

A exigência de respeito à demonstração de integridade da cadeia de custódia, evidentemente, constitui determinação indispensável, mas que se encontra fragilizada diante da dispensa às formalizações de praxe. Além disso, a má regulamentação da cooperação entre os órgãos, tanto na Convenção, quanto no Projeto de Lei do Ministro da Justiça, deixa inúmeros questionamentos em aberto: qual ou quais são os meios para a preservação das fontes de prova, na situação de cooperação entre os Estados Partes

que possuem sistemas legais divergentes? Como isso seria recepcionado em âmbito do ordenamento jurídico legal brasileiro? Qual o procedimento que irá atestar que tais provas obtidas “fora do processo” serão documentadas desde o início ao fim da sua trajetória? Como se dará a seleção dos documentos e das informações? E a tradução dos documentos advindos do exterior? Como será assegurada a preservação da cadeia de custódia? Segundo as leis e protocolos do país estrangeiro ou do Brasil?

Não se descuida que o objetivo da cooperação é a rápida troca de dados relevantes, entretanto, não é possível que a construção de canais de comunicação entre as autoridades com atribuição para exercer a persecução penal, seja realizada sem o necessário controle do poder de polícia e da fidedignidade das informações.<sup>16</sup>

O §3º do artigo 3-A menciona que a constituição de equipes conjuntas de investigação não precisa estar prevista em tratados e o §4º aduz que o funcionamento destas equipes será regulamentada por meio de decreto. Essas disposições são reproduções quase literais do art. 29, ponto 1, da Convenção da ONU, no que se refere aos programas de formação específica destinadas às autoridades.

O artigo 19 da Convenção de Palermo disciplina sobre a possibilidade dos Estados Partes celebrarem acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais em matérias que sejam objeto de investigação, processos ou ações judiciais em um ou mais Estados.<sup>17</sup>

Além disso, não há dúvidas de que os tipos penais que são apontados como aqueles em que pode haver o compartilhamento de provas – terrorismo, crimes transnacionais e crimes cometidos por organizações criminosas – são tanto complexos quanto vagos em termos de determinação da conduta criminosa, de modo que é bastante verossímil imaginar-se que pode haver uma banalização desse tipo de acordo se for dada autonomia plena ao Ministério Público e à Polícia Federal.

---

<sup>16</sup> A dispensa de formalização ou autenticação especiais previstas no §2º do artigo 3-A seria uma forma de preservar o livre fluxo de informação, tal como previsto, no âmbito da Convenção, no ponto 1, letra “a”, “d”, “e” e “f”, do artigo 27.

<sup>17</sup> Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais em virtude dos quais, com respeito a matérias que sejam objeto de investigação, processos ou ações judiciais em um ou mais Estados, as autoridades competentes possam estabelecer órgãos mistos de investigação. Na ausência de tais acordos ou protocolos, poderá ser decidida casuisticamente a realização de investigações conjuntas. Os Estados Partes envolvidos agirão de modo a que a soberania do Estado Parte em cujo território decorra a investigação seja plenamente respeitada.



Critica ainda, Carol Proner, o fato de que tal proposta pode representar um perigo não só em termos de Segurança pública, mas, também, em relação à soberania e só interesse nacional. Para ela, a proposta fere competência do Congresso Nacional. Confira-se:

“Seria razoável pensar, não apenas em segurança pública, mas também em soberania e interesse nacional. Na prática, Sergio Moro propõe surruiar competência exclusiva do Congresso Nacional em matéria de resolução sobre tratados/acordos/atos internacionais que possam acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (artigo 49, I, CF/88) para dar ao MPF o direito de fazer acordos tipo *fast track* (referência à modalidade de acordos internacionais que dispensam aprovação legislativa)”<sup>18</sup>.

Diante do exposto, opinamos pela rejeição, também, deste ponto do Projeto de Lei.

#### **IV.3. Regulamentação da escuta ambiental (captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos):**

A escuta ambiental<sup>19</sup> foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 10.217, de abril de 2001, que alterou a Lei 9.034/95, a qual tratava dos meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.<sup>20</sup> A Lei 12.850, de agosto de 2013, que revogou a Lei 9.034, manteve a previsão da escuta ambiental em seu artigo 3º, inciso II.<sup>21</sup> O instituto, entretanto, continuou padecendo de lei que regulamentasse seu específico procedimento probatório, sendo considerado um meio de obtenção de prova nominado, porém atípico.

<sup>18</sup> PRONER, Carol. Código Moro atribui ao MPF o poder de celebrar tratados. Os pontos cegos no que ficou conhecido como Código Moro, propostas não tão evidentes, embora igualmente graves. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/diplomacia/codigo-moro-atribui-ao-mpf-o-poder-de-celebrar-tratados-por-carol-proner/>.

<sup>19</sup> O termo foi adotado pelo próprio Min. Sérgio Moro em seu Projeto de Lei, motivo pelo qual adotaremos esta nomenclatura no decorrer do texto. A legislação brasileira acerca do tema, como se verá à frente, adotou as expressões “captação e interceptação ambiental” e “captação ambiental”. A nosso ver, o termo mais adequado seria “interceptação de comunicação entre pessoas presentes”, por sua precisão conceitual e por, corretamente, indicar se tratar de um gênero que possui como espécies a interceptação ambiental e a interceptação domiciliar. Nesse sentido, ver: ARANTES FILHO, 2013: 154.

<sup>20</sup> “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:

[...]

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;

<sup>21</sup> 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:

[...]

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

A licitude da prova atípica possui dois requisitos: inexistir violação a direito individual durante sua produção e haver meio de prova típico cujo procedimento probatório lhe possa ser aplicado por analogia.

A despeito das corretas críticas sobre a adequabilidade da escuta ambiental aos dois requisitos, fato é que o procedimento adotado analogicamente para utilização das escutas ambientais sempre foi o da interceptação de comunicações telefônicas, previsto na Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. O Supremo Tribunal Federal, em 2008, tratou do instituto ao julgar as questões preliminares de nulidade processual nos autos do Inquérito nº 2.424/RJ. A grosso modo, o STF decidiu sobre a ilicitude da prova por dois fundamentos: i) falta de procedimento probatório específico – sobre o qual rejeitou, sob argumento de tratar-se de meio de obtenção de prova nominado e haver decisão judicial; ii) quebra da inviolabilidade domiciliar – sobre o qual também rejeitou com fundamento na “necessidade de promoção de fins legítimos de ordem pública”, aplicando os critérios de ponderação entre os interesses da garantia da inviolabilidade de domicílio e do poder punitivo estatal.

O Projeto de Lei do Ministro Sérgio Moro busca superar a omissão regulatória do instituto da escuta ambiental com o acréscimo dos artigos 21-A e 21-B à Lei nº 12.850/13. A proposta apresentada se limitou à regulamentação da escuta, sem alterar a classificação adotada pelo artigo 3º da Lei nº 12.850. Assim, a captação ambiental continua a ser meio de obtenção de prova.

Registre-se que, enquanto meio de obtenção de prova, a escuta ambiental restringe de forma agressiva diversas garantias constitucionais e direitos fundamentais, os quais se destaca o direito à privacidade (art. 5º, X, CR), o direito a não autoincriminação compulsória (art. 5º, LXIII, CR) e a inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI, CR). Por sua própria natureza e características, a violação de tais direitos é mais grave na escuta ambiental do que nas interceptações telefônicas.

O caput do art. 21-A, de acordo com o Projeto de Lei, estabelece que a escuta ambiental i) somente é possível em investigação ou instrução criminal; ii) deverá ser autorizada pelo juiz; iii) poderá ser requisitada apenas pela autoridade policial ou do Ministério Público; iv) poderá ser de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (conforme o inciso II, do artigo 3º).

Nos incisos I e II do art. 21-A, são elencados os requisitos para autorização do meio de obtenção de prova. O inciso I inova em relação à Lei de Interceptações

Telefônicas ao requisitar a equivalência quanto à eficácia destes outros meios, além da prova não poder ser feita por outros meios disponíveis.<sup>22</sup>

Ora, qual outro meio seria igualmente eficaz a gravações sofisticadas de imagens e sons dentro, por exemplo, da casa de um investigado? A exigência da igual eficácia, se bem analisada, indica uma flexibilização ainda maior do uso deste meio de obtenção de prova, se comparado com a interceptação de comunicações telefônicas – ao contrário do que logicamente se espera: meios que possibilitam ao Estado maiores restrições à esfera da dignidade da pessoa humana reclamam maior controle e cautela.

O inciso II requisita a existência de “elementos razoáveis de prova de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou em infrações penais conexas”. A primeira indagação diz respeito ao que seriam elementos razoáveis de prova. Razoabilidade não é uma característica dos elementos de prova, que devem ser admissíveis, relevantes e possuir credibilidade (idoneidade). Vislumbro duas possibilidades, uma ruim e outra péssima.

A *possibilidade ruim* seria uma tentativa de estabelecer um standard de prova semelhante ao adotado na Lei de Interceptação Telefônica, que exige “indícios razoáveis”, em seu art. 2º<sup>23</sup>. Todavia, se o termo indício é polissêmico e pode significar tanto uma prova indireta quanto um standard de prova, o termo elementos de prova não dá margem a tal interpretação. A escolha do termo é, no mínimo, equivocada, pois exigiria uma alquimia semântica para significar o que se pretende. A *possibilidade péssima* seria compreender o uso do adjetivo “razoável” como indicativo da qualidade dos elementos de prova, a possibilitar uma justificação a partir de elementos de qualidade epistêmica duvidosa, como depoimentos de colaboradores sem a corroboração de seu conteúdo. Novamente, seria preocupante que uma medida que restringe drasticamente garantias e direitos pudesse ser decretada com fundamento em elementos de prova de qualidade duvidosa.

Quanto ao requisito de que as infrações apuradas possuam pena máxima superior a quatro anos, a exigência maior em relação à Lei de Interceptação Telefônica parece coerente.

O §1º do artigo em comento exige que o requerimento descreva circunstanciadamente o local e a forma da instalação do dispositivo. Conquanto correta

---

<sup>22</sup> Art. 21-A. [...] I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes.

<sup>23</sup> O mesmo uso do termo “indício” se dá, por exemplo, nos artigos 126, 134, 290, b), 312, 413, 414 e 417, do Código de Processo Penal.

a exigência, penso que deveria ser estendida à autorização, apesar da exigência constitucional de fundamentação das decisões. Já o §2º trata da instalação do dispositivo de captação ambiental, indicando que esta poderá ser realizada, quando necessária, em período noturno ou por meio de operação policial disfarçada. Neste ponto, a regulação é flagrantemente insuficiente.

Pela própria característica deste meio de obtenção de prova, sua instalação, que pode se dar até mesmo no domicílio do investigado/acusado na modalidade interceptação domiciliar, é de natureza complexa e envolve uma série de atos que por si só restringem direitos. Portanto, é perigoso e inconveniente que sua regulamentação seja lacônica e genérica.<sup>24</sup> Além disso, o que significa “necessária”? O dispositivo não indica quais fatores serão levados em conta para avaliação da necessidade, a fim de que a instalação aconteça em períodos noturnos ou por meio de operação policial – preocupante, aliás, a concordância do “necessária”. A necessidade se refere à captação ou ao modo da instalação? A dúvida, por óbvio, suscita problemas.

O §3º regulamenta o prazo de duração da captação (15 dias) e sua renovação (renovável por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada). Inicialmente, o prazo de duração, pela intromissão grave à esfera privada do investigado, deveria ser menor do que o previsto para as interceptações de comunicação telefônica. Quanto à renovação, os requisitos são cumulativos? Não nos parece clara a redação quanto a este ponto.

O §4º dispõe sobre a denominada gravação clandestina de comunicação entre presentes, em que a gravação é realizada por um dos interlocutores. O dispositivo estabelece que a gravação sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada como prova, desde que demonstrada a integralidade da gravação. O Supremo Tribunal Federal desde 1992 (HC 69204/SP) vem entendendo pela validade desta prova, posição reafirmada em 2009, em repercussão geral no RE 583937. O dispositivo é claro ao afirmar a validade apenas quando não houver prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público.

A *contrario sensu*, não poderá ser utilizada a gravação no caso em que um órgão do Estado se utiliza de um particular para obter de forma dissimulada a confissão de um

---

<sup>24</sup> Nesse sentido, Malan: “Assim, parece óbvio que a forma pela qual se dá o ingresso dissimulado da aparelhagem de captação ambiental no interior do domicílio do investigado – pagamento da “*verba sigilosa de informante*” a particulares; arrombamento de fechaduras etc. – não pode ficar numa espécie de *limbo* ou *buraco negro jurídico*, devendo, pelo contrário, ser disciplinado por lei”. (MALAN, 2012: 340).

crime por parte de algum investigado em ambiente privado. Também não se pode admitir que o interlocutor, interessado em obter benefícios processuais junto aos órgãos de persecução, intencionalmente atue para extrair do outro, informações autoincriminatórias. Em qualquer um destes casos, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores deve ser considerada ilícita.

O § 5º prevê o uso subsidiário das regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática, opção que, embora atualmente aceita e utilizada, é alvo de diversas críticas por parte da doutrina (MACHADO, 2017; MALAN, 2012: 339; ARANTES FILOHO, 2013: 289). A análise do objeto e do meio operacional dos dois meios de obtenção de prova revelam a patente incompatibilidade entre os dois institutos. O §6º, por fim, estabelece a desnecessidade de prévia autorização judicial para captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos em locais abertos ao público, dispositivo que já se encontrava presente no Projeto de Lei do Senado nº 510 de 2013, de autoria do Senador Vital Rego.

O art. 21-B, por sua vez, tipifica a realização ilegal de captação ambiental sem autorização judicial, quando esta for exigida. A pena é a mesma para a realização ilegal de interceptação de comunicação telefônica. O §1º diz ser atípica a conduta quando realizada por um dos interlocutores. O §2º tipifica, com a mesma pena, a conduta do funcionário público que descumpra a determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revele o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial.

É necessária a regulamentação do instituto da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos com o objetivo de assegurar maior controle dos atos de persecução penal e não flexibilizar a execução da medida, considerada amplamente invasiva aos direitos fundamentais.

Em suma: é preciso esclarecer o que se entende por *outros meios igualmente eficazes* e evitar expressões como “elementos probatórios *razoáveis*”, que devem ser substituídas por referências às características vinculadas à sua admissibilidade, relevância e idoneidade (incisos I e II). A exigência de descrição exata do local em que será instalado o dispositivo de captação ambiental não deve se dirigir apenas ao requerimento, mas igualmente à própria decisão (§1º). Não é possível admitir, sem aprofundada regulamentação (negligenciada no projeto), que se instale equipamentos no período noturno, especialmente em locais privados e residências. (§2º).



O prazo previsto para a captação ambiental é excessivo, não podendo ser equiparado ao da interceptação telefônica, já que ainda mais invasivo. (§3º). A gravação ambiental por um dos interlocutores não é, em todo caso, admissível, devendo ser considerada ilícita sempre que se trate de forma dissimulada de obter informação autoincriminatória do outro interlocutor ou quando a pessoa atue em substituição às agências estatais (§4º). A ressalva à autorização judicial no caso de captação ambiental em locais abertos ao público também não deverá ser admitida quando realizada por agentes responsáveis pela persecução que, em qualquer hipótese, agem sob o controle da lei e da autoridade judicial, sempre que a medida executada importar em grave violação à direito fundamental do investigado ou réu (§6º).

A aprovação do projeto de lei tratando da Escuta Ambiental exige muito melhor regulamentação, razão pela qual, somos da opinião de que, na forma com que foi apresentado, este ponto do PL também merece ser rejeitado.

#### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Assim como em outros pontos do PL 888/2019, o Ministro da Justiça parece pretender transformar em regra procedimentos absolutamente excepcionais, como a coleta de material genético e a infiltração de agente policial em uma organização criminosa, sob o argumento de que isso poderia assegurar, como já destacado em outros pareceres, uma maior eficiência e eficácia no combate as organizações criminosas.

No entanto, tais medidas são, muitas vezes, violadoras de normas constitucionais – como no caso da extração de material genético – ou mereceriam, para serem implementadas, de uma cuidadosa regulamentação, como é o caso da instituição do agente encoberto.

Pelo exposto, conclui-se que as propostas intituladas como “medidas para aprimorar a investigação de crimes” merecem ser integralmente rejeitadas, à exceção das propostas de alteração da Lei nº 9.296/96 (Alargamento da possibilidade de interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática por qualquer meio tecnológico disponível), que pode ser mantida, desde que desde que: i) tal interceptação seja devidamente autorizada judicialmente; ii) seja assegurada a integridade da diligência e da cadeia de custódia e da prova; iii) o “meio tecnológico disponível” seja confiável e idôneo; iv) o meio de prova seja típico e nominal.





É o nosso parecer, ora submetido à apreciação desta Comissão e desta Presidência, para melhor juízo e deliberação.

Rio de Janeiro, 15 de março de 2019.

**ANTÔNIO PEDRO MELCHIOR**

**MAÍRA FERNANDES**