

Possibilidades e limites para o tratamento de dados pessoais em operações de inteligência no Estado de Direito Procedimental

Possibilities and limits of personal data processing in intelligence operations under the State of Procedural Law

Maria Clara Mendonça Perim*

Sumário

1. Introdução. 2. A imprescindibilidade do tratamento de dados pessoais pela Inteligência para a detecção e persecução de ilícitos. 3. O risco do vácuo normativo: desvios deliberados e vieses na Inteligência. 4. Inteligência como parte do mundo “jurídico” e do Estado de Direito. 5. O Estado de Direito Procedimental: um ponto de partida para regular a Inteligência. 6. A Inteligência e as leis promulgadas, gerais, claras, públicas, prospectivas, factíveis de cumprimento, congruentes e estáveis. 7. Conclusões. Referências.

Resumo

Este artigo analisa as possibilidades e limites do tratamento de dados pessoais em operações de Inteligência à luz do Estado de Direito Procedimental (EDP). Parte da compreensão de que as atividades de Inteligência são relevantes para a persecução de ilícitos e para a segurança pública e nacional, mas implicam severos riscos de violação a direitos fundamentais. Com o objetivo de avançar na busca de soluções que equilibrem os valores em colisão da segurança pública vs. privacidade, este texto situa a natureza jurídica do tema como matéria de direito público e utiliza os princípios do EDP de Fuller¹ como referencial teórico para a conformação das atividades de Inteligência a patamares mínimos de segurança jurídica. Conclui que a adequação das funções de Inteligência aos núcleos do EDP não esgota os limites ao tratamento de dados pessoais pelo Estado, mas pode funcionar como paradigma inicial para

* Doutora em Direito Público pela UERJ. Mestre em Saúde Coletiva (Políticas Públicas) pela UFES. Promotora de Justiça da Defesa do Patrimônio Público no MPES. Membro Auxiliar da Corregedoria Nacional do CNMP no período de 2014 a 2017. Integrante do grupo de Trabalho de roteirização e fluxograma de atuação sobre as tipologias de criminalidade organizada, corrupção e improbidade administrativa da Comissão de Enfrentamento à Corrupção (CNMP).

¹ FULLER, Lon L. *The morality of law*. Yale: Yale University, 1964.

exigir que as normas que regulam essas atividades devem ser gerais, promulgadas, públicas, irretroativas, claras, congruentes, exequíveis e estáveis. Trata-se de uma pesquisa qualitativa e exploratória, cujas fontes são a ciência política e jurídica, bem como os precedentes judiciais. Os métodos são o dedutivo e o dialético.

Abstract

This article analyzes, through the lens of Procedural Law, the possibilities and limits of personal data processing in intelligence operations. It is based on the understanding that intelligence operations are relevant in persecuting illicit activities and for public and national safety, but, at the same time, result in severe risks of violating fundamental rights. Aiming to find solutions that balance out the colliding values of public safety versus privacy, this study is identified as a matter of public law, and uses principles from Fuller's State of Procedural Law as a guideline for framing intelligence activities into minimum standards of public safety. We conclude that adapting intelligence functions to the nuclei of Procedural Law is an initial paradigm for setting limits for State processing of personal data. Regulation of these activities must be general, democratic, public, prospective, clear, congruent, plausible and stable. This is a qualitative and exploratory research, whose sources come from political and legal sciences, as well as judicial precedents. We used the deductive and dialectic methods.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais. Inteligência. Direito público. Estado de Direito Procedimental.

Keywords: *Personal data protection. Intelligence. Public Law. State of Procedural Law.*

1. Introdução

O ambiente atual é marcado pela crescente importância do tratamento de dados pessoais, notadamente por meios digitais, para os mercados, a comunicação social e os governos. No âmbito da atividade governamental, o tema do manejo de dados pessoais para fins de segurança pública ou nacional vem apresentando cada vez mais intensidade.

A evolução dos mecanismos de detecção, prevenção e criminalização da lavagem de dinheiro e das medidas antiterroristas ganhou corpo a partir dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 e ensejou a criação de Organismos Nacionais e Internacionais que compõem a Rede de Combate à Lavagem de Dinheiro.

Os novos paradigmas de combate ao crime aprimoraram o uso de dados pessoais como suporte para ações de Inteligência na detecção de ilícitos e como meios de prova na sua persecução cível ou penal e significam um aporte de eficiência nesse campo.

O Brasil demanda aprimoramentos para a solução da criminalidade, já que os indicadores de violência são equivalentes aos de guerras civis.¹ Em 2017, houve 65.602 homicídios, o maior nível histórico, vitimizando principalmente jovens negros.² Em parte, o cenário também se relaciona com o fenômeno da corrupção, cuja gravidade foi exposta pelo Mensalão e pela Lava Jato.³ Não à toa, o Brasil apresentou a pior percepção da corrupção de sua série histórica em 2019 e ainda permanece abaixo da média do BRICS (39), da média regional para a América Latina e o Caribe (41) e da média mundial (43).⁴

De fato, os mais recentes relatórios da Transparência Internacional⁵ apontaram graves retrocessos no combate à corrupção no Brasil, indicando o descumprimento de obrigações assumidas e outros problemas, entre os quais, os seguintes:

- a) a decisão do Supremo Tribunal Federal que impediu o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) de compartilhar informações com investigadores praticamente paralisou as atividades do sistema de combate à lavagem de dinheiro durante a metade do ano de 2019;⁶
- b) as tentativas de interferência política do Palácio do Planalto em órgãos de controle, como substituições na Polícia Federal e na Receita Federal, e a nomeação de um procurador-geral da República fora da lista tríplice.

Os dois eixos de retrocesso no combate à corrupção citados pela Transparência Internacional acendem o holofote para as denominadas *atividades de Inteligência*, que se caracterizam como ações especializadas desenvolvidas pelos atores estatais para obtenção e análise de dados e produção de conhecimentos para fins de proteção. Tais atividades são realizadas no âmbito de países⁷ ou de organismos internacionais.

De um lado, a Inteligência é fundamental e indispensável à segurança dos Estados, da sociedade e das instituições nacionais, porque assegura ao poder decisório o conhecimento antecipado e confiável de assuntos relacionados com os interesses nacionais.⁸

¹ Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/numeros-da-violencia-no-brasil-ja-equivalem-aos-de-um-pais-em-guerra/>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

² Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

³ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

⁴ Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

⁵ Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/75:tibr-retrospectiva-brasil-2019?stream=1>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

⁶ A questão foi debatida pelo Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento Recurso Extraordinário n.º 1.055.941/SP e resultou na Repercussão Geral n.º 990: “Possibilidade e compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, de dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício do seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário”.

⁷ Disponível em: <https://www.gov.br/abin/pt-br/assuntos/inteligencia-e-contrainteligencia>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

⁸ Disponível em: <https://www.gov.br/abin/pt-br/assuntos/inteligencia-e-contrainteligencia>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

No âmbito da persecução de ilícitos, a atualidade torna imprescindível o tratamento de dados pessoais como elemento basal de eficiência dos sistemas de detecção e repressão de crimes e, portanto, como mecanismo de redução do sentimento de impunidade.

De outro lado, é severo o risco de violação de direitos fundamentais nessas práticas, especialmente em ambiências que apresentem agudas distorções de neutralidade de autoridades, estruturas organizacionais precárias ou dependentes, fragilidades de controle e sujeições a influências do jogo duro político.⁹

O potencial de danosidade da gestão temerária de dados pessoais torna-se cristalino tanto em função do risco de estagnação na persecução de ilicitudes decorrente de um cenário de indefinições jurídicas, como também da ocorrência de vazamentos de informações, excessos ou desvios de finalidades no tratamento de dados pessoais pelo Poder Público.

Os episódios envolvendo as notícias¹⁰ de suposto aparelhamento da Polícia Federal e da Agência Brasileira de Inteligência (Abin) pelo governo Bolsonaro, com o objetivo de favorecer a defesa de seu filho Flávio Bolsonaro e fortalecer a espionagem contra adversários políticos, explicitam a atualidade do risco que o desvirtuamento das ações de Inteligência pode causar às liberdades e à democracia.

O tema da colisão de direitos fundamentais no tratamento de dados pessoais para fins de atividades de Inteligência pelo Poder Público parecia, se não resolvido, pelo menos acomodado pelo processo global de redemocratização e pela superação das unidades de espionagem típicas dos regimes autoritários.

Todavia, o vigor do incremento da Inteligência, a partir dos novos paradigmas internacionais de combate à lavagem de dinheiro e antiterrorismo, e os recentes movimentos de recrudescimento de discursos autoritários ao redor do mundo, reacendem a temática de forma complexa, atual e relevante.

No Brasil, a matéria ainda demanda a exploração de proposições jurídicas que possam contribuir para a definição de possibilidades e limites das atividades de Inteligência para fins de detecção e repressão de ilícitos. Ainda são tormentosos os debates sobre o tratamento de dados sigilosos entre as diversas instituições estatais e dúbias as possibilidades de análises sistêmicas.

⁹ Não é improvável que um cenário de intensa bipolaridade e instabilidade política abra espaço para *hardball*. (TUSHNET, Mark. *Constitutional hardball*. 37 J. Marshall L. Rev. 523, 2004) (Disponível em: <https://dash.harvard.edu/handle/1/12916580>. Acesso em: 15 jan. 2021). Situações em que desacordos publicamente articulados sobre a Constituição, aliados a uma conjuntura de disputa acirrada pelo poder, podem levar os atores políticos a se envolverem em formas extraordinárias de protesto além de meros desacordos legais, configurando um cenário em que os políticos envolvidos podem desafiar antigas convenções e eventualmente se tornarem menos republicanos para ganhar vantagens políticas (BALKIN, Jack M. *Constitutional crisis and Constitutional rot*.) Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6161&context=fss_papers). Nesses momentos, aumenta o risco de distorção de atividades de Inteligência com vista a garantir o entrenchamento político e manter aliados no poder.

¹⁰ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/12/11/epoca-abin-faz-relatorios-pra-defender-flavio-bolsonaro-sobre-rachadinha.htm>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

É inegável que indefinições teóricas que retardam a sedimentação de proposições jurídicas sobre as atividades de Inteligência, além de obliterar a eficiência da persecução, podem dar espaço à violação de direitos humanos. A razão disso é que o arbítrio no tratamento de dados afeta a personalidade, suscita mecanismos de dominação e retroalimenta a corrupção. A seu turno, a imprecisão da detecção ou da produção dos meios de prova enseja impunidade e risco de condenações de inocentes.

Diante desse panorama, este artigo objetiva analisar as possibilidades e limites do tratamento de dados pessoais em operações de Inteligência para fins de persecução de ilícitos, desejando avançar na busca de soluções que equilibrem os valores em colisão da segurança pública vs. privacidade.

Para tanto, divide-se em quatro abordagens: a) situa a realidade das atividades de Inteligência e a importância do fluxo de dados para as atividades atuais de segurança pública e nacional; b) aponta a gravidade do risco da permanência de vácuos normativos e das consequências de arbitrariedades nesse âmbito; c) justifica teoricamente a conformação da Inteligência aos princípios nucleares do Estado de Direito Procedimental como ponto de partida para a superação do problema e; d) busca estabelecer postulados básicos de adequação das atividades de Inteligência núcleo do Estado de Direito Procedimental em relação a cada uma das qualidades que devem ser atribuídas às normas jurídicas: promulgação, publicidade, generalidade, clareza, prospecção, factibilidade de cumprimento, congruência e estabilidade.

Os postulados de conformação das atividades de Inteligência ao Estado de Direito Procedimental não são exaustivos e não esgotam, de forma alguma, as possibilidades de limitações dessas funções estatais por outros institutos do direito público, como a justiça, o constitucionalismo e a democracia.

Em que pesem tais ligações, a intenção deste estudo é apenas formular alguns marcos iniciais que possam conferir patamares mínimos de segurança jurídica às referidas atividades. A partir desse contexto, objetiva-se responder ao seguinte problema: quais são os postulados extraíveis dos princípios nucleares do Estado de Direito Procedimental para fins de estabelecer possibilidades e limites às atividades de Inteligência na detecção e persecução de ilícitos pelo Poder Público?

2. A imprescindibilidade do tratamento de dados pessoais pela Inteligência para a detecção e persecução de ilícitos

O quadro da criminalidade brasileira aponta para uma dinâmica de impotência do aparelho estatal. Para ilustrar, a Meta 2 da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (2011) tinha o objetivo de “[...] concluir os inquéritos policiais de crimes de homicídios instaurados até o dia 31 de dezembro de 2007”. Com um número inicial de 138.394 inquéritos de homicídios abertos até 2007 em andamento, a Meta 2

chegou em março de 2019, a 106.111 investigações concluídas. Entre elas, somente 19% resultaram em denúncias.¹¹

A expansão da criminalidade e da corrupção impacta a economia,¹² as políticas públicas e os direitos humanos. Tanto é assim que a meta de redução da pobreza se mostrou de difícil execução,¹³ a ponto de levar a Organização das Nações Unidas a entender o enfrentamento à corrupção como um dos meios necessários para a promoção da equidade, da justiça e da paz.¹⁴

Em verdade, a macrocriminalidade interage com violações de direitos e instabilidade democrática,¹⁵ daí por que desvios imoderados e uma incipiente cultura da integridade dão azo ao descontrole e ao surgimento de poderes paralelos, como as milícias.¹⁶

No que se refere a essa questão, o Brasil integra um regime global de anticorrupção,¹⁷ em cujo âmbito a utilização de dados sigilosos é fundamental para a contenção da lavagem de dinheiro. O país aderiu a tratados, comprometendo-se a cumprir os padrões internacionais de câmbio de informações bancárias¹⁸ e fiscais¹⁹ e ligou-se aos programas *Base Erosion and Profit Shifting* (OCDE) e *Foreign Account Tax Compliance Act* (Facta),²⁰ além de buscar atender às Recomendações do Grupo de Ação Financeira para aumento da transparência.²¹

¹¹ Disponível em: <https://inqueritometro.cnmp.mp.br/inqueritometro/home.seam>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

¹² O Brasil está em 80^a no ranking Econômico Mundial. *The Global Risks Report 2017* lista a corrupção entre os fatores de risco geopolítico (Disponível em: <https://www.weforum.org/>. Acesso em: 11 jul. 2018).

¹³ “To us, public-sector corruption deserves special emphasis because it undermines developmental and distributional goals and conflicts with democratic and republican values” (ROSE-ACKERMAN, S.; PALIFKA, J. B. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. 2nd. ed. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 3-7).

¹⁴ Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/peace-justice/>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

¹⁵ A Transparência Internacional qualificou a Lava Jato de investigação de alto perfil (Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/perceptions_remain_unchanged_despite_progress_in_the_americas. Acesso em: 7 jun. 2018).

¹⁶ ZALUAR, Alba; CONCEIÇÃO, Isabel Siqueira. Favelas sob o controle das milícias no Rio de Janeiro: que paz? *São Paulo em Perspectiva*, v. 21, n. 2, p. 89-101, jul./dez. 2007.

¹⁷ Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/signing/Convention-e.pdf. Acesso em: 9 de abr. 2025; Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>. Acesso em: 9 de abr. 2025; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 9 de abr. 2025.

¹⁸ Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/members>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

¹⁹ Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua em Matéria Fiscal (Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/POR-Amended-Convention.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2018; Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/taxinformationexchangeagreementstieas.htm>. Acesso em: 9 jun. 2018).

²⁰ Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>. Acesso em: 9 de abr. 2025; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8506.htm. Acesso em: 9 de abr. 2025.

²¹ Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFl.pdf>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

Quanto à macrocriminalidade, o *Mutual Evaluation Report of Brasil*²² sugeriu o aumento da capacidade local em aplicar as sanções finais para a lavagem de dinheiro e ilícitos correlatos. Ainda que o cenário tenha mudado, é possível que a recomendação permaneça aplicável aos Estados,²³ já que perdura significativa heterogeneidade de qualidade dos diferentes atores do sistema de persecução em manejar metodologias investigativas.

Mesmo em âmbito federal, pesquisa²⁴ sobre o conteúdo dos discursos de policiais federais reporta sérias dificuldades para investigar, que vão desde o lapso temporal e déficits na formação, passando pelos ruídos de relacionamento com outras instituições e, finalmente, chegando até os problemas das rotinas de trabalho burocratizadas e repetitivas.

Decerto, tais dificuldades fazem do inquérito policial algo *démodé*, ou seja, um procedimento que se traduz em uma metodologia muito lenta e que resulta em um conjunto volumoso de páginas cujos conteúdos encetam reduzidos produtos de informação estratégica.

Nesse cenário, os caminhos promissores são aqueles que visam a superar um modelo de investigação formalista em prol de resultados qualitativos. Daí por que a articulação interinstitucional em redes de trabalho, a integração de sistemas e o fluxo de dados entre atores e instituições são assuntos decisivos para a resposta estatal em frente à criminalidade.

Como pontua Aras,²⁵ todas as informações abrangidas pela proteção de dados pessoais interessam ou podem interessar às investigações de ilícitos e são cotidianamente utilizadas pelos órgãos de persecução em variadas situações. As práticas eficientes de detecção e produção de meios de prova incluem o tratamento de dados cadastrais, metadados (geolocalização, dias e horários de conexão, duração, provedores etc.), de dados de conteúdo (financeiros, tributários, diálogos em serviços de comunicação, afiliações), além de dados sensíveis, como saúde e orientação sexual, e dados biométricos, como imagens de câmeras e vigilância, imagens colhidas por escâneres, impressões digitais, registros de íris, ou amostras de voz etc.

Logo, as polícias e o Ministério Público definitivamente dependem do tratamento de dados pessoais para garantir eficiência à segurança pública e nacional. Não há combate à criminalidade organizada e à corrupção sem tratamento de dados pessoais.

²² Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/countries/a-c/brazil/documents/mutualevaluationreportofbrazil.html>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

²³ Em 2017, constatou-se timidez no manejo de recursos probatórios complexos na competência originária da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro (Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/RC_EXT-RJ.pdf. Acesso em: 23 jul. 2018).

²⁴ COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO: Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina. (Coordenador): *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*. Brasília: Espmu, 2016. t. II.

²⁵ ARAS, Vladimir Barros. Proteção de dados pessoais e investigação criminal. In: ARAS, Vladimir Barros; DE MENDONÇA, Andrey Borges; CAPANEMA, Walter Aranha; DA SILVA, Carlos Bruno Ferreira. COSTA, Marcos Antônio da Silva (org.). *Proteção de dados pessoais e investigação criminal*. Brasília: ANPR, 2020. p. 14-31.

Por sua vez, o reconhecimento da proteção de dados de privacidade como direito fundamental é uma tendência mundial. A Unesco produziu a Declaração Internacional sobre dados genéticos humanos.²⁶ A Convenção Europeia nº 108/1981 estabeleceu um regime de proteção para o tratamento automatizado de dados.²⁷ Recentemente, a União Europeia editou as Diretivas n.º 679/2016²⁸ e n.º 680/2016,²⁹ esta última para efeitos de prevenção, investigação, deteção, repressão de infrações ou execução de sanções penais.

No Brasil, a proteção de dados pessoais tem encontrado campos específicos, principalmente após a sobrevivência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD),³⁰ inspirada no modelo europeu. Em que pese a LGPD ser aplicável aos bancos de dados públicos, não abrange finalidades investigativas e de segurança nacional às quais são extensíveis apenas seus princípios.

Portanto, em matéria criminal, a normatização brasileira é muito frágil e a teorização incipiente. Em razão disso, foi instituída uma comissão de juristas pela Câmara de Deputados³¹ que está encarregada de produzir um projeto de lei para regular tal questão.

A temática é extensa e apresenta alguns campos de sedimentação legislativa e doutrinária,³² como é o caso dos regimes de reserva judicial já pacificados. No entanto, perduram muitos vácuos de segurança jurídica, entre os quais se encontram os debates que dizem respeito às atividades de Inteligência e às análises sistêmicas informais de dados pelos órgãos estatais de segurança pública.

No campo das definições normativas sobre “o quê”, “quando” e “por quem” podem ser acessados dados pessoais para fins de combate a ilícitos, solfejam várias diferenciações que podem ser relevantes para poderes e condições de tratamento. Por certo, as nuances dizem respeito a uma série de variáveis, como a natureza do dado pessoal, as prerrogativas das instituições, a tipologia de ilícito investigado etc.

Veja-se que, entre as referidas possibilidades de abordagem, descortina-se um aspecto que merece atenção especial. Trata-se da separação conceitual entre

²⁶ Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf. Acesso em: 9 de abr. 2025.

²⁷ Disponível em: <https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regard-to-automatic-processing-of-personal-data>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

²⁸ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

²⁹ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1528238864091&uri=CELEX:32016L0680>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

³⁰ A Lei nº 13.709/2018 refere-se ao tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

³¹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/618483-maia-cria-comissao-de-juristas-para-propor-lei-sobre-uso-de-dados-pessoais-em-investigacoes/>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

³² A exemplo, podem ser citadas as seguintes legislações que regulamentam em alguma medida a proteção de dados criminais: Lei de Interceptação Telefônica (Lei n.º 9.296/1996), Lei da Identificação Criminal (Lei n.º 12.037/2009), Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n.º 9.613/1998); Lei do Crime Organizado (Lei n.º 12.850/2013) etc.

as atividades investigativas típicas de Inteligência daquelas que estão vinculadas às investigações formalmente instauradas e com fins de produzir meios de prova no sistema de justiça.

O discernimento conceitual é importante porque ambas produzem conhecimento sobre fatos e pessoas, contudo os objetos perseguidos por uma e outra categoria analítica são distintos, o que tem o condão de inseri-los em égides de diferentes regimes jurídicos.

Sistemas governamentais de Inteligência consistem em “[...] organizações permanentes e atividades especializadas na coleta, análise e disseminação de informações sobre problemas e alvos relevantes para a política externa, a defesa nacional e a garantia da ordem pública de um país”.³³

O primeiro objetivo desses sistemas é auxiliar autoridades na tomada de decisão para proteção e agir contra ameaças, internas e externas, à segurança pública. Nisso se difere substancialmente das investigações formais, que visam a produzir prova sobre os elementos constitutivos do tipo de ilícito formalmente detectado, que passa a ser examinado a partir de uma hipótese investigatória de autoria e materialidade delimitada procedimentalmente.

Em evento realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o promotor de justiça José Augusto Sarmiento³⁴ esclareceu didaticamente a diferença entre as atividades de Inteligência e as de investigação probatória por seus objetivos e natureza. Segundo ele, enquanto na atividade de Inteligência o objetivo é assessoramento ao processo decisório e a natureza é meramente consultiva, o objetivo de uma investigação formal é a obtenção de provas de materialidade e autoria de ilícitos e a sua natureza é executiva.

Na medida em que a Inteligência se caracteriza por ser uma espécie de geração de conhecimento com vistas a embasar a tomada de decisão ou ação, apresenta um ciclo próprio de produção, com planejamentos estratégicos, táticos e operacionais, que envolvem a coleta (obtenção de informação por meio de pesquisa em base de dados) e as buscas (operações de Inteligência). Esse ciclo de produção não necessariamente se orienta integralmente pelo regime jurídico que é próprio da persecução formal.

Em síntese, a Inteligência destina-se a permitir que a autoridade decisória se situe em um dado cenário de realidade. Com vistas a alcançar tal finalidade, suas metodologias divergem das específicas de produção de meios de prova.

Diferentemente, investigações formais têm curso no bojo de procedimentos instaurados, por exemplo, inquéritos policiais, procedimentos investigatórios criminais,

³³ CEPIK, Marco. Sistemas nacionais de inteligência: origens, lógica de expansão e configuração atual. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, p. 75-127, 2003.

³⁴ Evento realizado como atividade do Grupo de Trabalho de Roteirização e Fluxograma de Atuação sobre as Tipologias de Criminalidade Organizada, Corrupção e Improbidade Administrativa, instituído no âmbito da Comissão de Enfrentamento à Corrupção. Palestra proferida no Webnário *Caminhos para o aprimoramento da investigação pelo Ministério Público*, realizado no dia 23 de outubro de 2021, em Brasília.

inquéritos civis, e a reunião das informações tem por objetivo a obtenção de provas para a produção do resultado dentro do sistema de justiça.

Em que pese a condição de que ambas as atividades devem respeitar direitos fundamentais, uma das consequências que decorre dessa diferença diz respeito à clareza de entendimentos sobre os limites dessas atividades estatais. Visto que as investigações para fins probatórios em investigações instauradas visam diretamente à submissão de demandas judiciais e, portanto, destas podem decorrer imediata imposição de medidas restritivas de direitos de liberdade, é natural que sejam rotineiramente submetidas ao escrutínio do Poder Judiciário.

Por isso, em geral, as normas de poder-dever relativas às investigações formais são mais bem definidas dentro do sistema de justiça, seja pela própria construção jurisprudencial, seja pela pressão que o tema gera dentro do sistema legislativo e regulamentar, que desemboca em denso (às vezes fragmentado) arcabouço normativo.

Em razão disso, a condição de segurança jurídica marca a atividade típica formal e a qualifica como mais resguardada do risco de violação de direitos fundamentais. Não obstante essa conclusão, o quadro de opacidade normativa que circunda as atividades de Inteligência não lhe retira as suas competências que, de forma pragmática, subsistem na realidade histórica, mundana e institucional.

A práxis da Inteligência sempre aconteceu e ainda acontece: está internalizada nos saberes humanos, do Estado e do mercado. Aliás, voltando ao tema da proteção a dados pessoais, a sociedade em rede permitiu que o fluxo dessas informações gerasse infinitas formas de Inteligência para a tomada de decisões privadas de produção, de consumo, de hábitos e de mudanças de comportamentos. Eis que a Inteligência é uma prática que está posta e não é exclusiva das autoridades públicas.

No que toca a dados pessoais, Aras³⁵ relembra que esses podem ser úteis não apenas para estratégias lícitas de mercado, com também para vários cibercrimes, como estelionato e sequestro, que são consumados mediante o uso de técnicas de *phishing*, engenharia social e *identity theft* (falsa identidade). Podem, ainda, servir para extorsão, perseguição obsessiva (*stalking*) e crimes contra a honra, mediante *doxxing*.

Pontua³⁶ que, por outro lado, o acesso a dados pessoais pelas chamadas *law enforcement* agencies serve para a elucidação desses mesmos crimes e a prevenção de delitos violentos, inclusive o terrorismo, ou extremamente repugnantes, como a violência sexual contra menores na internet e por meio dela.

Em matéria de prevenção e detecção desses delitos, não apenas o tratamento de dados pessoais, como também a Inteligência, são preponderantes.

No âmbito internacional, a Interpol desempenha um papel importante na articulação de bancos de dados e do fluxo de informações entre Estados, organizações internacionais, ONGs e outros, para fins de combater crimes. Nesse intuito, realiza

³⁵ ARAS, 2020, p. 22

³⁶ ARAS, 2020, p. 22.

análises de Inteligência criminal, unindo pontos e fazendo links para compreender o fenômeno dos crimes e “[...] produzir relatórios de Inteligência para difundir para os países membros”.³⁷

Assim, a finalidade da Intepol é ajudar os países a “[...] a lidar de forma mais eficaz com a incerteza no ambiente de policiamento, a se preparar para novos desafios de segurança e a estabelecer prioridades investigativas e programáticas”.³⁸

Para além dos relevantes aspectos da Inteligência na cooperação internacional, as atividades de segurança pública continuam fortemente atreladas aos aparelhos estatais e, nesse plano, são diretamente desenvolvidas pelas agências especializadas e pelas polícias, que estão intrinsecamente associadas à produção de conhecimento para mitigar riscos e solucionar vulnerabilidades em relação às ameaças de espionagem, terrorismo e crimes transnacionais, mas também às do crime organizado doméstico e da corrupção.

No Brasil, essas funções típicas são atribuídas às atividades da própria Agência Brasileira de Inteligência (Abin) e acabam sendo também ligadas a setores das Forças Armadas e das Polícias Militar e Civil. Sem embargo, o contorno da Inteligência tem fronteiras bem mais extensas, podendo-se citar que, apenas em âmbito federal, o Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin), instituído pela Lei nº. 9.883, de 7 de dezembro 1999, reúne, atualmente, 42 órgãos federais para a troca de informações e conhecimentos de Inteligência.³⁹

É evidente que as atividades e os assuntos produzidos pelo Sisbin interessam fortemente à investigação de ilícitos, especialmente os de tipologia da macrocriminalidade. Ademais, é óbvio que o cenário das redes impõe a cooperação internacional como elemento-chave de eficiência contra a impunidade. Como define Cepik,⁴⁰ pode-se dizer que essas organizações de Inteligência formam, juntamente com as Forças Armadas e as polícias, o núcleo coercitivo do Estado contemporâneo.

Para mais desses pesos, a Inteligência convive de forma cotidiana com as práticas investigativas em diversos órgãos de controle e de combate a ilícitos. Em verdade, faz parte de um conjunto de atividades usuais e corriqueiras das polícias, órgãos de controle e do Ministério Público.

Observe-se que semelhantes práticas envolvem uma diversidade de formas de agir, a saber: consultas a sistemas para elaboração de cruzamentos de dados e elaboração de perfis e bandeiras de risco, contato com as estruturas de P2 (Inteligência das Polícias Militares Estaduais para monitoramento das ações criminosas), escutas

³⁷ Disponível em: <https://www.interpol.int/>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

³⁸ Disponível em: <https://www.interpol.int/How-we-work/Criminal-intelligence-analysis>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

³⁹ Disponível em: <https://www.gov.br/abin/pt-br/assuntos/sisbin#:~:text=O%20Sistema%20Brasileiro%20de%20Intelig%C3%Aancia,atividades%20de%20Intelig%C3%Aancia%20do%20Brasil>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

⁴⁰ CEPIK, 2003, p. 75-76.

de fontes, diligências operacionais para fins de mapeamento de riscos etc. São, ainda, muito comuns em relação à segurança dos estabelecimentos carcerários.

Um ponto importante é o intenso movimento de melhoria de qualidade das investigações a partir da ideia de ferramentas que viabilizem a avaliação de riscos.

Nesse sentido, em sede de combate à corrupção, por exemplo, tem-se reconhecido o fracasso da abordagem tradicional das agências de aplicação da lei para detectar empresas envolvidas em fraude apenas a partir do recebimento de evidências circunstanciais ou de reclamações de denunciantes.

A fim de superar as limitações, trabalhos⁴¹ sugerem que as agências utilizem sistemas de apoio à decisão. Os referidos sistemas incorporam algorítmicos de mineração de dados para quantificar uma diversidade de padrões de risco que se combinam com ferramentas de pesquisa de operações, gráficos, outros métodos avançados da ciência da tecnologia para permitir identificar sinais de risco como conluio de licitantes, conflitos de interesses etc. Assim, modalidades de avaliação de riscos inteligentes vêm sendo cada vez mais difundidas.

Veja-se que o próprio Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) é a Unidade de Inteligência Financeira (UIF) do Brasil, que tem por finalidade receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas de atividade ilícita, comunicando-as às autoridades competentes para instauração de procedimentos.⁴²

Segundo recomendações do Gafi,⁴³ a comunicação de movimentação financeira atípica para as autoridades responsáveis – nacionais e internacionais – é elemento essencial da detecção de ilícitos de lavagem de dinheiro. Em seu lugar, a elaboração dos Relatórios de Inteligência Financeira é embasada em análises de inteligência financeira que objetivam detectar indícios de risco de cometimento de ilícitos.

Diante disso, aclara-se que as atividades e tratamento de dados para fins de Inteligência não apenas são importantes, como também realísticas e corriqueiras. Então, ignorar a Inteligência no quadro da autoridade vs. indivíduo talvez não seja a melhor opção para reduzir a névoa e a sensação de invulnerabilidade que carrega consigo. Melhor é discuti-la e compreender suas densidades de risco e valor, a fim de buscar uma solução normativa que dê conformidade ao constitucionalismo democrático.

É preciso, portanto, conversar sobre como ultrapassar as barreiras de nebulosidades que as sujeitam a estigmas. Dúvidas e imprecisões são qualidades que, verdadeiramente, abrem espaço para o arbítrio e para a violação de direitos humanos. Devem, portanto, ser superadas em quaisquer Estados que se pretendam de direito e isso não pode, na outra ponta, resultar na debilidade da segurança pública.

⁴¹ VELASCO, Rafael B.; CARPANESE, Igor; INTERIAN, Ruben; PAULO NETO, Octávio C. G.; RIBEIRO, Celso C. A decision support system for fraud detection in public procurement. *International Transactions Inoperational Reserch. Intl. Trans. in Op. Res.* 00 (2020) 1–21 DOI: 10.1111/itor.12811.

⁴² Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro/inteligencia-financeira>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

⁴³ Disponível em: www.gov.br/arquivos/file/as-recomendacoes-do-gafi. Acesso em: 9 de abr. 2025.

3. O risco do vácuo normativo: desvios deliberados e vieses na Inteligência

Apesar da imprescindibilidade das atividades de Inteligência para o sucesso da segurança pública nacional e transnacional, esse assunto sempre foi um foco de temor para a humanidade. Por certo, existem razões racionalmente justificadas para que o fantasma do medo ronde a Inteligência. Não é possível simplesmente apagá-las.

Como bem defende Forst,⁴⁴ a função crítica da filosofia parte também da realidade de seus contextos concretos e, por esta razão, deve abdicar de utopias e ajustar-se às realidades, além de cuidar dos conteúdos normativos.

A valer, Forst⁴⁵ está certo em sublinhar que a justificação reflexiva compõe a estrutura básica da justiça e, por isso, as normas e as práticas devem ser continuamente questionadas a partir de um alto padrão autocrítico, a fim de que sejam justificadas de forma inclusiva.

À vista disso, é inevitável elencar, ainda que pontualmente, os motivos pelos quais a Inteligência leva consigo as máculas da dominação e da arbitrariedade.

O principal determinante desse estigma diz respeito ao seu histórico ligado à coação ou violência física e psicológica em regimes totalitários ou autoritários. É incontestável que a Inteligência na modalidade totalitária embasou genocídios e desumanidades.

Lembre-se que a Tcheka (Cheka), uma das primeiras organizações de polícia secreta da União Soviética, instituída em 1917, tinha amplos poderes – e quase sem qualquer limite legal – para reprimir qualquer ato contrarrevolucionário dos bolcheviques. Funcionou como braço armado do regime para perseguir camponeses (Gulags),⁴⁶ conduzindo desapropriações de alimentos e exterminando os adversários políticos (de direita e esquerda).

Na posição de equivalente da política secreta nazista, a Gestapo serviu ao totalitarismo de extrema direita investigando, torturando e exterminando sumariamente os opositores do regime. Novamente, sob o pretexto de defesa nacional, a polícia secreta era autorizada a agir sem limites normativos. Nesse campo desabitado do jurídico, a Gestapo conduziu interrogatórios, prisões e execuções em campos de concentração.

Assim como nos emblemáticos regimes totalitários, outras polícias secretas surgiram. Na Espanha, o acesso a relatórios sigilosos anteriores a 1968 indicou que a ditadura franquista instalava sistemas de escuta em universidades para vigilância de “elementos civis suspeitos” e contava com um aparato de espionagem que incluía a “Segunda Bis”, uma unidade provida de investimentos para manutenção de uma rede de equipamentos e informantes destinada a monitorar quem se opusesse ao regime.⁴⁷

⁴⁴ FORST, Rainer. *Justificação e crítica: perspectivas de uma teoria crítica da política*. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

⁴⁵ FORST, 2018.

⁴⁶ Sobre o tema: ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

⁴⁷ Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/19/internacional/1539960952_516966.html. Acesso em: 9 de abr. 2025.

No Brasil, o serviço reservado da polícia especializada de ordem pública e social paulista – conhecido como o antigo DOPS/SP – vigiou “transgressões à ordem pública” tidas por desconformes às normas de sociabilidade determinadas pelo regime ditatorial da Era Vargas (1930-1945). Os denominados DOPS funcionavam em vários Estados brasileiros e, em muitos, suas ações implementaram a repressão política e social sobre o movimento operário e lideranças sociais como estratégias do projeto político em vigor. Também entre nós, o modelo da política secreta destacava-se por práticas arbitrárias e extralegais: a violência era usual e os métodos eram o terror, a tortura e a intimidação, em especial, dos vulneráveis.⁴⁸

Embora não tenha sido tão brutal como a violência da repressão clandestina na ditadura Argentina,⁴⁹ a prática se manteve com o golpe da ditadura militar, e o Serviço Nacional de Informações (SNI), instituído em 1964, passou a concentrar a coordenação das informações e contrainformações de inteligência, centralizando registros de lideranças políticas e sindicais cujas ações deveriam ser neutralizadas em operações de segurança.⁵⁰

A diferença entre a ditadura brasileira e a argentina está no fato de que lá a repressão era visível e marcada por um enfrentamento público, enquanto aqui era ocultada.⁵¹ A conclusão traz à tona o peso do “segredo” e das ações de Inteligência como o *locus* que envolve censura e violência por detrás de sistemas de informação opacos e livres de controles de legalidade.

Florindo⁵² constatou que esses informes reservados elaborados em face de partidos políticos, associações operárias, instituições organizadas e outros destinatários ligados aos partidos de esquerda serviram de apoio à lógica acusatória das investigações desenvolvidas pelo DOPS/SP.

Todas essas atividades sempre foram marcadas, ao redor do mundo, pelo elemento central do segredo. As violências praticadas somente vieram a público muito tempo depois, a partir de um processo gradual de abertura de arquivos desses departamentos e unidades, que serviram como fontes de descoberta e reflexão.

Mesmo depois de muitos anos, esse conjunto de elementos históricos permite ponderar que os informes de Inteligência sempre caracterizaram diretrizes para a

⁴⁸ As referências relativas ao DOPS: FLORINDO, Marcos Tarcísio. *O Serviço reservado da Delegacia de Ordem Política e Social de São Paulo na Era Vargas*. 2000. 247 f. Dissertação (Mestrado - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de História, Direito e Serviço Social, 2000) (Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/93306>. Acesso: 7 fev. 2021).

⁴⁹ A última ditadura militar Argentina foi extremamente violenta. Sobre o tema: FICO, Carlos. *Ditadura Militar: mais do que algozes e vítimas. A perspectiva de Carlos Fico*. [Entrevista cedida a Sílvia Maria Fávero Arend, Rafael Rosa Hagemeyer e Reinaldo Lindolfo, em 24 de julho, 2013]. *Revista Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 5, n. 10, p. 464-483, jul./dez. 2013. (Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/269748591_Ditadura_Militar_mais_do_que_algozes_e_vitimas_A_perspectiva_de_Carlos_Fico. Acesso: 15 jan. 2021).

⁵⁰ Em toda empresa estatal, em toda autarquia, em toda fundação, em todo o lugar que houvesse possibilidade, havia um órgão de informações. Esses órgãos de informações faziam esses dossiês, que são centenas, muitos dos quais já estão no Arquivo Nacional, inéditos. (FICO, 2013, p. 17).

⁵¹ FICO, 2013, p. 4-6.

⁵² FLORINDO, 2000, p. 10.

atuação profissional da persecução penal, em notória quebra da neutralidade das instituições estatais durante períodos autoritários.

Pacheco⁵³ analisa esse ciclo da Inteligência com a persecução penal, ou seja, a forma como a coleta e análise de dados era posta em prática por organismos policiais. Nesse balanço, percebe que o ciclo envolvia a esfera jurídica, voltada para o processo legal de criminosos políticos, e conclui que a produção de informações por parte Polícia Política, na forma de relatórios, dossiês e fichas pessoais, gerava um processo de criminalização da oposição política aos governos militares em prol do projeto vigente de Segurança Nacional.

Ainda hoje, seguramente se pode afirmar que ações de Inteligência conversam de perto com o sistema penal, ainda que não visem diretamente a obter meios de prova. Todavia, com o processo de redemocratização que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, a Inteligência ganhou novos formatos. Afastou-se de boa parte das nuvens que toldavam as práticas autoritárias e ganhou um enfoque de legalidade.

Atualmente, operações conjuntas de troca de informações entre países de todo o mundo são pautadas em convênios públicos e oficiais. Ademais, há explicitude sobre a imprescindibilidade de respeito a direitos fundamentais na execução de operações de Inteligência e exigências de garantias desse valor como condicionantes dos acordos.

Exemplificadamente, remanescem as dificuldades do Brasil em obter acesso a dados de cidadão da União Europeia, uma vez que, mesmo com o cumprimento da exigência de formalização de convênio específico (Decreto n.º 10.364/2020) para viabilizar o intercâmbio entre a Polícia Federal e a Europol, remanesce vedada a transferência de dados pessoais. Isso acontece porque a integração transnacional está condicionada pela União Europeia a um nível adequado de proteção de dados pelo Brasil, ainda não satisfeito.⁵⁴

Claramente, o determinante da mudança de paradigma da Inteligência nesse curso da história foram seus objetivos. Embora *The Security Intelligence Agencies* tenham surgido como agências de espionagem internacional ou polícias políticas, ou seja, voltadas a lidar com crimes políticos, atualmente se destinam precipuamente a auxiliar a investigação criminal doméstica e transnacional, dentro de parâmetros preestabelecidos do lícito e do ilícito, em franca superação do anterior objetivo de criminalização de indivíduos opositores da situação.

Portanto, não é adequada uma generalização das atividades de Inteligência a um contexto de eventos traumáticos e violadores de direitos humanos. Sequer há uma total identidade entre Inteligência e polícia política, uma vez que as ações desta última não se resumem a operações de Inteligência, e tampouco a Inteligência é exclusividade das polícias. Atualmente, há uma variedade de usos e abordagens que levam a definições muito diversas nesse aspecto.

⁵³ PACHECO, Thiago da Silva. *Seculum*: Revista de História, João Pessoa, n. 39, p. 192, jul./dez. 2018.

⁵⁴ A informação consta em ARAS, 2020, p. 26-27.

Não obstante essas transformações, historicamente, as ações de Inteligência sempre transitaram desde a borda da efetivação de direitos humanos até uma obscura margem de violência e arbítrio. Ainda se ouve falar de ocorrências que implicam o risco da confusão de competências de Inteligência de investigação e de problemas de correlação política.

Por exemplo, no julgamento do caso Satiagraha,⁵⁵ verificou-se que servidores da Abin e um ex-servidor contratado indevidamente no curso da operação policial, sem autorização judicial e sem qualquer formalização, foram introduzidos ocultamente nos trabalhos policiais, tomaram conhecimento de dados que estavam sob sigilo e realizaram ações como monitoramento telefônico e telemático e ação controlada.

Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça caracterizou a ocorrência como intromissão estatal, abusiva e ilegal por invasão à vida privada e declarou a nulidade das diligências realizadas, sob o fundamento, entre outros, de que ultrapassaram os limites de mera atuação pontual de troca de dados de inteligência entre órgãos. Em 2015, o acórdão foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁶

A ADI n.º 6529,⁵⁷ ajuizada em 2020 pela Rede Sustentabilidade e pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), trouxe novamente à tona o debate da manipulação política da Inteligência. A ação questiona a constitucionalidade de amplos poderes da Presidência da República para demandar atuações de Inteligência e a tentativa de conferir prerrogativas ao diretor da agência de tomar conhecimento de informações sigilosas mediante mera requisição.⁵⁸

Segundo os partidos, as investidas de modificação estrutural do funcionamento da Abin pelo governo bolsonarista fazem parte de um conjunto de “ímpetus autoritários” voltados para a criação de uma linha paralela de investigação “contra cidadãos contrários ao governo”.⁵⁹

Diante de todo esse encadeamento histórico que aproxima perigosamente a Inteligência do despotismo, do abuso e da violência, justifica-se o estabelecimento de balizas normativas mais claras.

Aliás, ainda que se afaste a pauta da polícia política, o limbo jurídico em que se inserem as operações de Inteligência até os dias de hoje pode causar prejuízos, mesmo não intencionais ou com finalidades mais republicanas.

⁵⁵ STJ, HC 149.250/SP.

⁵⁶ STF, RE 680967/DF.

⁵⁷ STF, ADI 6529.

⁵⁸ O dispositivo é o parágrafo único do art. 4º da Lei n.º. 9.883/1999, que condiciona a ato do presidente da República o fornecimento Abin de dados e conhecimentos específicos relacionados com a defesa das instituições e dos interesses nacionais. Para os autores da ADI, a solicitação de informações no âmbito do Sisbin pela Agência se tornou ainda mais sensível com a edição do Decreto n.º. 10.445/2020, que altera a estrutura da Abin e confere poderes de requisição de informações sigilosas para o diretor-geral da agência.

⁵⁹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-13/interesse-publico-necessario-repasse-dados-abin-stf#:~:text=Interesses%20p%C3%BAblicos%2C%20e%20n%C3%A3o%20privados,dados%20%C3%A0%20Abin%2C%20diz%20STF&text=Os%20%C3%B3rg%C3%A3os%20do%20Sistema%20Brasileiro,para%20atender%20a%20interesses%20privados>. Acesso: 7 fev. 2021.

É de se ver que o perigo de violação de direitos não se resume ao objetivo da repressão política. Há outros espaços que demandam cautela e se referem diretamente ao respeito ou violação de direitos fundamentais, cuja efetivação nas práticas de segurança é influenciada por determinantes variados.

Citando uma preocupação análoga, desde os atentados de 11 de setembro e na Guerra do Iraque, em 2003, tem sido mais intenso o debate sobre falhas da Inteligência. Como pontuam Ambros e Lodetti,⁶⁰ os erros na Inteligência podem derivar de problemas na qualidade das análises (pressupostos falsos, escassez de tempo, disfunção nas organizações), mas também em razão de aspectos cognitivos individuais dos analistas.

Segundo esses autores, falhas subjetivas em operações de Inteligência podem ser identificadas em quatro dimensões: ambiental e sistêmica, ideológica, emocional e cognitiva. Isso significa dizer que as atividades de Inteligência estão sujeitas a distorções por vieses cognitivos culturais, organizacionais, emocionais ou automotivados.⁶¹

São exemplos de vieses cognitivos importantes: a) atribuir excessivo peso analítico a experiências pessoais, relatos de pessoas próximas e situações concretas e pontuais; b) não valorizar a ausência de evidências como uma variável relevante na equação analítica; c) conferir excessiva confiança a amostras reduzidas; d) dar como certo o caráter pouco seguro de algumas espécies de informações; e) atribuir relação causal a eventos meramente aleatórios; f) imaginar centralizações, ações coordenadas e conspirações inexistentes; g) exagerar na capacidade de influenciar a decisão alheia; h) estabelecer correlações ilusórias; i) julgar a probabilidade de ocorrência de um evento com base na facilidade de puxar da memória; j) dar peso excessivo às análises iniciais na análise final (ancoragem) etc.⁶²

Dito isso, à revelia das intencionalidades que permeiam as organizações e as práticas de Inteligência doméstica e transnacional, é recomendável que haja equilíbrio entre a importância do conhecimento (Inteligência) sobre intenções e capacidades de atores relevantes no mundo da criminalidade e outros institutos que derivam do espaço estatal e visam a impedir o arbítrio e a opressão.

Precisamente, conceitos que podem funcionar para a modulação normativa da Inteligência são os que dizem respeito ao constitucionalismo contemporâneo e às proteções postas pelo Estado de Direito, democracia, separação dos poderes e pelos direitos fundamentais. Todos eles convergem, em alguma medida, para a dissociação funcional entre o “político” e o “jurídico”.

⁶⁰ AMBROS, Christiano; LODETTI, Daniel. Vieses cognitivos na atividade de inteligência: conceitos, categorias e métodos de mitigação. *Revista Brasileira de Inteligência*, Agência Brasileira de Inteligência, n. 14, p. 9-34, dez. 2019.

⁶¹ AMBROS, Christiano; LODETTI, Daniel 2019, p. 12.

⁶² AMBROS, Christiano; LODETTI, Daniel, 2019, p. 15-17.

4. Inteligência como parte do mundo “jurídico” e do Estado de Direito

Como visto, as práticas de Inteligência desenvolvidas por agências de segurança nacionais ou transnacionais sempre buscaram alcançar um leque de conhecimento sobre sujeitos, poderes e intenções para fins de subsidiar uma tomada de decisão cuja fonte acaba sendo, direta ou indiretamente, uma autoridade estatal.

Como pontua Aras,⁶³ também nesse sentido, as normas de proteção de dados pessoais dirigem-se ao Estado quando coleta, manipula e difunde dados pessoais de investigados, suspeitos, réus, vítimas, testemunhas, peritos, autoridades e funcionários que atuam na persecução criminal e de terceiros eventualmente alcançados por medidas de apuração. Isso igualmente acontece na Inteligência, ainda que seus objetivos imediatos não sejam a produção de meios de prova e a aplicação de medidas cautelares e sancionatórias.

Portanto, tanto as atividades de investigação formal, como também aquelas derivadas da Inteligência na coleta de dados estão marcadas pela relação entre o Estado e o indivíduo e afetam direitos fundamentais de privacidade, liberdade e segurança.

Ora, se é assim, o tema Inteligência diz diretamente respeito ao pacto social em que se definem os termos da negociação entre o poder estatal e a garantia de direitos dos governados e está inserido no âmbito das coisas sujeitas ao direito público.

A discussão teórica central sobre a natureza e os limites das práticas de Inteligência concerne à definição do seu âmbito como sendo do “político” ou do “jurídico” e, se bem analisada, não suscita dúvidas sobre sua inserção como objeto clássico do contrato social.

A fraseologia contratualista tem origem nas ideias de Hobbes⁶⁴ que compreende o Estado na perspectiva de sua ruptura como estado da natureza, ou seja, na superação do lugar da força individual (poder natural), sem ordem e submetida à violência e à morte, para uma condição de viver em sociedade pelo poder estatal (poder racional do contrato social).

Hobbes foi um filósofo infinitamente criticado como teórico absolutista e, portanto, por ter legitimado tiranias. Ainda assim, o contratualismo foi uma das bases mais importantes do liberalismo e teve o mérito de erigir centralidade ao indivíduo como o ente autônomo na tomada de decisão sobre o pacto de liberdades – o contrato social – que é a categoria analítica de um acordo entre *iguais* que atua como limitador de liberdades em prol da segurança e da sobrevivência dos homens.

Foi a partir dessas basilaes concepções de diferenciação funcional impostas aos espaços do direito e do poder que resultou a contenção de uma potência política que fosse ilimitada, tal como existia na pré-modernidade. Isso marcou o limite do poder pelo

⁶³ ARAS, 2020, p. 25.

⁶⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã*: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2014.

direito e foi precisamente a concepção de Estado de Direito que afirmou a igualdade normativa e, na mesma cadência, viabilizou a proteção dos direitos fundamentais.

Esse é um ponto relevante porque a associação da Inteligência com um espaço de assessoria para tomada de decisão “política” remete ao imaginário de que as operações dessa natureza devem passar ao largo das normas jurídicas que delimitam o poder do Estado em investigar pessoas e fatos. Ou seja: na medida em que a sua finalidade é subsidiar a “tomada de decisão”, que é política, estaria a Inteligência contida em um espaço de livre exercício da autoridade, que corresponde à ideia do poder decisório discricionário e não à do limite do direito?

A premissa é falaciosa e apresenta perigos importantes. Ainda que haja densa controvérsia entre os contratualistas sobre a transição dos direitos naturais para os civis, é consenso⁶⁵ (à exceção dos teóricos absolutistas e decisionistas) que o pacto social define uma plataforma básica de direitos individuais que passarão a restringir o poder político.

Dito isso, há dois equívocos no entendimento sobre o vácuo jurídico em ações de Inteligência:

- c) o de que ações de Inteligência não são aptas a violar direitos humanos porque apenas subsidiam tomadas de decisão e não são utilizadas para a perseguição criminal formal;
- d) o de que a Inteligência se insere em um espaço do político que é, em parte, imune ao direito.

A primeira ordem de ideias diz respeito ao potencial de afetação de direitos fundamentais pelas atividades de Inteligência e à qualificação dessa relação como vertical, aqui compreendida a verticalidade como decorrente da relação entre Estado e indivíduo e não entre indivíduos e indivíduos.

Especificamente, a Inteligência doméstica consiste na coleta de dados e na produção de “[...] informações sobre identidades, capacidades, intenções e ações de grupos e indivíduos dentro de um país, cujas atividades são ilegais ou alegadamente ilegítimas”.⁶⁶ A noção é extensível à criminalidade internacional no que concerne ao combate ao terrorismo, pedofilia e outros.

⁶⁵ A exemplo, Loughlin relata que Paine defendeu a existência prévia dos direitos naturais que seriam intangíveis pelo pacto social, distinguindo a sociedade (ligada ao estado natural) do governo (ligada ao estado civil). Em divergência, Rousseau não reconhece direitos inalienáveis, mas entende que os direitos naturais são extintos pelo pacto político que refunda uma nova ordem definindo os direitos de natureza civil a partir de então com base na soberania entre pessoas livres e iguais. Sobre o tema, vide: LOUGHILIN, Martin. *Foundations of public law*. New York: Oxford University Press, 2010.

⁶⁶ Marco, A. C. *Glossário de termos, siglas e acrônimos*, 1999.

Portanto, é cediço que a Inteligência apresenta uma feição coercitiva da tomada de decisão e não é apenas informacional. Seja dito de passagem, Cepik⁶⁷ esclarece que os serviços de Inteligência modernos surgiram com esta dupla face, informacional e coercitiva.

Apesar dessa característica, Cepik⁶⁸ está correto em alertar para o risco de se enfatizar a função coercitiva em detrimento da informacional. Para ele, os serviços de Inteligência contemporâneos não devem ser tratados como mera continuidade das primeiras e despóticas organizações modernas.

A trajetória moderna da Inteligência é marcada por grandes discontinuidades entre os primeiros serviços secretos surgidos no contexto do absolutismo e as inúmeras organizações que configuram atualmente os sistemas nacionais de Inteligência e segurança. Desse modo, não compreender as suas especificidades pode obliterar uma compreensão sobre o papel central do segredo na produção do conhecimento na segurança pública.⁶⁹

Todavia, não é apenas a natureza coercitiva da Inteligência que apresenta riscos às violações de direitos fundamentais. Ao contrário, a natureza meramente informacional, por si só, já pode repercutir na esfera desses direitos.

Ora, o acesso a dados pessoais e monitoramento de pessoas, isoladamente, pode implicar invasão ao núcleo da privacidade, ainda que dessas coletas de informação não resulte qualquer divulgação ou coerção pública.

Eis que a liberdade jurídica é conformada por um conjunto complexo de *liberdades* e por um sistema de normas públicas que aprova direitos e deveres.⁷⁰ Em seu lugar, a consciência é a liberdade que permite aos indivíduos concretizarem seus interesses morais, filosóficos ou religiosos sem restrições ou interferência externa.⁷¹ Por isso, os direitos à privacidade e à honra/imagem jungem-se à liberdade e estampam a objeção da interferência.

O direito à intimidade é próprio da integridade moral da pessoa. Para Barroso,⁷² constituem a intimidade personalíssima do homem seus valores, sentimentos, desejos e frustrações. Nesse sentido se posiciona também Ferraz.⁷³ A premissa converge com Arendt,⁷⁴ para quem o íntimo da privacidade moderna não é oposto à esfera pública, mas à esfera social e à intrusão da sociedade na região recôndita do homem, que demanda proteção especial.

⁶⁷ CEPIK, 2003, p. 80-81.

⁶⁸ CEPIK, 2003, p. 80-81.

⁶⁹ CEPIK, 2003, p. 80-81.

⁷⁰ RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 248.

⁷¹ RAWLS, 2016, p. 248.

⁷² BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 84-85.

⁷³ FERRAZ, 1992.

⁷⁴ ARENDT, H. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 46-61.

Ainda nesse sentido, Thomas⁷⁵ historia as funcionalidades sociais da privacidade em a) autonomia pessoal – estar livre de manipulação ou dominação; b) liberação emocional – alívio da pressão de desempenhar papéis sociais; c) autoavaliação – chance de integrar a experiência de alguém em um padrão significativo e exercer individualidade em eventos; e d) comunicação limitada e protegida e permissão para compartilhar confidências e estabelecer os limites da distância mental. A intimidade e a vida privada formam o núcleo do espaço privado e o simples acesso, ou vigilância, a esse círculo de proteção afeta direitos fundamentais. Não há dúvidas.

Há uma outra questão: a atividade informacional da Inteligência tem como missão obter e analisar dados que ofereçam suporte aos objetivos nacionais para defesa, como também para geração de oportunidades de pronta resposta ou de ação planejada. Não raro, a Inteligência apresenta natureza estratégica, tática e operacional e influencia a formulação de políticas públicas, orienta a programação de ações policiais e define a prática de atos de persecução a supostos criminosos (prisões, cautelares etc.).

Em síntese, esse leque de funcionalidades repercute em liberdades e igualdades, ainda que seu caráter inicial não seja imediatamente coercitivo. Diante disso, é evidente que o substrato estabelecido na Inteligência diz respeito ao aspecto fundacional do direito público.

Finalmente sobre esse ensejo, resta dizer que a Inteligência implica uma relação entre autoridades e cidadãos, que é típica da razão de ser desse mesmo direito público. A zona cinzenta que envolve uma série de colaboradores nas ações de Inteligência – espões, apoiadores, cooptados ou outros – é vasta e complexa, mas não tem o condão de retirar a atividade do cenário do pano de fundo da tomada de decisão estatal.

Observe-se que o reconhecimento da importância do segredo na produção do conhecimento em matéria de Inteligência e segurança pública e a conveniência da sua submissão a um conjunto normativo diferenciado daquele típico da produção da prova no sistema de justiça não implicam dizer que a matéria se encontra fora do campo do jurídico. Trata-se de coisas absolutamente diferentes.

Essa premissa se refere à distinção das ações de Inteligência como tema sujeito à normatividade do direito público e à conclusão sobre a subsunção dessas atividades aos regramentos que dizem respeito às atividades de investigação formal do sistema de justiça, seja em termos de procedimentalização, seja de transparência.

Entretanto, não é objeto desta abordagem analisar quais normas jurídicas aplicáveis à produção da prova devem ser irrestritamente estendidas à Inteligência e quais não devem. Esse é um assunto para longo e aprofundado debate e que apresenta fragmentações relevantes que envolvem, entre outros temas, os limites morais para o tratamento de dados sensíveis, a intensidade da aplicação do devido processo legal,

⁷⁵ THOMAS, E. I. The right of privacy and freedom of the press. *Faculty Scholarship Series*, 1979, Paper 2776 (Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2776. Acesso em: 13 jun. 2018).

as múltiplas diferenciações entre poderes institucionais ou até mesmo as condições de garantias ou acesso à jurisdição.

O marco proposto aqui é outro bem mais simples, mas nada irrelevante, que é assentar que os serviços de Inteligência são matéria que está sob a égide do direito público, ainda que permeiem o nicho da decisão política e mesmo que não sejam de todo constituídos no âmbito de instituições ou integralmente realizados por agentes públicos.

A conclusão é basilar: a Inteligência está subordinada ao domínio do jurídico e, portanto, do Estado de Direito. Nessa linha, no julgamento da medida liminar na ADI n.º 6.529, o Supremo Tribunal Federal (STJ) exigiu a motivação das decisões do Sistema Brasileiro de Inteligência e assentou a possibilidade de submissão ao controle de legalidade pelo Judiciário.

O Estado de Direito é um conceito antigo e que comporta muita abrangência de definições. Talvez até pudesse ser enquadrado como um conceito antitético, ou seja, uma categoria analítica que ganha elementos conforme a demanda de momentos e lugares históricos diversos.

Seja como for, o Estado de Direito é um dos primeiros conceitos antitéticos ao arbítrio e à opressão.⁷⁶ Com certeza, a concepção do Estado de Direito procedimental não é o único pilar e tampouco suficiente como garantia do não arbítrio.

Nada obstante, os estudos da conformação da Inteligência ao núcleo de princípios do EDP não deixam de ser um ponto de partida, porque cuidam do elementar da dissociação entre o político e o jurídico. É, aliás, por assim dizer, um ponto de partida bastante modesto.

5. O Estado de Direito Procedimental: um ponto de partida para regular a Inteligência

Segundo Joseph Raz,⁷⁷ a essência nuclear do Estado de Direito está na condição de um sistema jurídico funcionar como guia de conduta e, dessa forma, ser capaz de permitir o planejamento dos indivíduos a partir de um raciocínio prático sobre o direito, o que pressupõe a conjugação de dois eixos:

- a) a existência de leis claras, estáveis, públicas e prospectivas; e
- b) a eficiência de uma máquina que garante a eficácia da lei para funcionar como guia da conduta, o que pressupõe a definição de limites às autoridades administrativas e um Poder Judiciário livre de pressões externas, acessível, impessoal com decisões públicas e racionais.

⁷⁶ Vide: TAMANAHA, Brian Z. *On the rule of law: history, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 7-59 (caps. 1 a 4).

⁷⁷ RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. New York: Oxford University Press, 1979.

Raz é um procedimentalista radical e sua teoria retira do conceito de Estado de Direito qualquer espécie de valor moral, ainda que instrumental. Logo, um Estado de Direito pode ser bom ou mal, sem perder sua qualidade de Estado de Direito.

Com discordâncias pontuais, Fuller⁷⁸ é um teórico do ED procedimental que também defende que a essência nuclear desse conceito é a qualidade de um sistema de leis para funcionar como guia de conduta e incutir um raciocínio prático em seus cidadãos. Em sua teoria, Fuller elenca os princípios que considera imprescindíveis para as leis em um Estado de Direito, que são: promulgação, generalidade, clareza, publicidade, prospecção, factibilidade de cumprimento, congruência e estabilidade.

Ambos os procedimentalistas, Raz e Fuller, excluem a moral extrínseca do núcleo conceitual do Estado de Direito, embora Fuller reconheça, diferentemente de Raz, que o respeito aos princípios da lei constitui, em si mesmo, um valor moral intrínseco. Tratar-se-ia de uma moral afirmativa e que advém do compromisso em cumprir os princípios, mas que também pressupõe que o conteúdo das leis tenha que ser justo.

As concepções unicamente procedimentalistas afastam da concepção de Estado de Direito a ideia de justiça e de inalienabilidade de direitos humanos e, nessa linha, abrem espaço para a existência de leis que reduzam a proteção de direitos fundamentais, seja na investigação formal, seja na Inteligência, seja em outros campos.

No Estado de Direito de Raz, não há nenhum significado moral porque, embora o EDP seja uma virtude para um sistema jurídico, entre muitas outras, seu valor é meramente instrumental, não sendo seu papel agregar um valor moral intrínseco.

De igual modo, a moral intrínseca de Fuller seria, nesse particular, insuficiente para impedir que houvesse tratamento de dados pessoais e Inteligência abusiva em um EDP rigorosamente procedimental, desde que as ações estivessem legalizadas.

Apesar de insatisfatória a resposta dos princípios do EDP para a finalidade de dar solução integral ao risco de excessos e arbítrio em atividades de Inteligência, o ajustamento às atividades de Inteligência não é módico e representa um bom começo para o estabelecimento de parâmetros para possibilidades e limites dessa atuação.

É assim porque os principais problemas em relação a esse nicho de atividades estatais são a obscuridade, a desconfiança e a imprevisibilidade. Há uma aura de incerteza em torno do que acontece e como acontece em ações de Inteligência que fragiliza a dimensão essencial do Estado de Direito, que é a segurança das relações entre o indivíduo e o Estado.

A valer, Fuller⁷⁹ está correto em considerar que apenas a moral interna do direito já é substancialmente relevante, porque é nela que se estabelece a relação de reciprocidade entre o Estado e o cidadão. De um lado, o Estado exige que o cidadão

⁷⁸ FULLER, 1964.

⁷⁹ FULLER, 1964.

se guie pelas condutas da legalidade; de outro, o cidadão confia que será seguro guiar seu comportamento pelas normas legais.

Quando isso não acontece, os princípios do Estado de Direito são violados, perdem-se a confiança e a reciprocidade, o que já é moralmente bastante problemático.

Logo, mesmo o mais procedimental e amoral Estado de Direito possui a virtude de pressupor que um sistema jurídico deve fixar marcos estáveis e seguros, sem os quais as atividades estatais se desenvolvem de modo indefinido e imprevisível.

Por certo, sem confiança e reciprocidade, não existe autonomia do cidadão em guiar seu próprio destino e não é possível alcançar um ambiente que permita o planejamento individual sobre condutas e consequências. Quando o Estado rompe esse laço, o cidadão perde o sentido de observar a lei: aí está aberta a margem do jurídico. Posto isso, este artigo utiliza o referencial de Fuller⁸⁰ para falar sobre a Inteligência e o Estado de Direito Procedimental.

6. A Inteligência e as leis promulgadas, gerais, claras, públicas, prospectivas, factíveis de cumprimento, congruentes e estáveis

Ainda que seja uma utopia que todas as leis se apresentem perfeitamente claras, coerentes umas com as outras, conhecidas por todos e nunca retroativas, imaginar um sistema jurídico – ou um *locus* de atuação estatal dentro deste sistema jurídico – que não preencha minimamente cada um desses pressupostos é um fracasso do ponto de vista da noção de legalidade.

Quando o tema são as ações de Inteligência, é preciso buscar um equilíbrio entre a utilidade do segredo e da informalidade e a moral intrínseca do direito. Se não, vejamos:

O primeiro princípio do Estado de Direito é a *generalidade*, segundo o qual um sistema jurídico deve conter regras, e tais regras devem ser gerais. Isso significa dizer que o direito deve ser impessoal e não deve se dirigir a nomes próprios ou particulares. As eventuais diferenciações devem ser aplicadas em classes também gerais. Esse princípio diz respeito à igualdade perante a lei.

Ao analisar os sistemas da justiça e da política, Neves⁸¹ utiliza como referencial a Teoria dos Sistemas, para dizer que o sistema jurídico funciona na lógica do binômio do *lícito/ilícito* e que o seu *input* é a adequação à normatividade jurídica.

Dessa forma, o jurídico é uma garantia de igualdade perante a norma e tem por objetivo garantir que lógicas de outros sistemas, como a do mercado ou a do poder, impeçam que as decisões sejam adotadas com base em valores diferentes daqueles eleitos por um sistema jurídico.

A discussão sobre justiça e igualdade é complexa, mas as lições são aplicáveis à conclusão de que a generalidade da lei é um consectário do direito à igualdade.

⁸⁰ FULLER, 1964.

⁸¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 53-62.

Em termos de Inteligência, a generalidade impõe que as ações sejam realizadas conforme critérios gerais, e não para fins de investigação pessoalizada ou particular. Esse princípio conversa de perto com a não seletividade política, econômica ou pessoal. É dizer que, assim como as investigações formais, a generalidade determina que as ações de Inteligência não sejam orientadas de forma particularista.

O exemplo paradigmático é o das noticiadas⁸² suspeitas de que o presidente Bolsonaro se utilizou da Abin para produzir relatórios com o objetivo de auxiliar a defesa de seu filho Flávio Bolsonaro a anular a investigação a que responde por supostas rachadinhas na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. Em sede da ADI nº. 6.529, o Supremo Tribunal Federal reforçou que os órgãos componentes do Sisbin somente podem fornecer dados e conhecimentos específicos à Abin quando for comprovado o interesse público, afastando qualquer possibilidade de esses dados atenderem a interesses pessoais ou privados.

A generalidade não significa que somente possam ser passíveis de ter seus dados coletados ou de alguma sorte de monitoramentos de Inteligência pessoas que estejam sendo formalmente representadas ou investigadas como suspeitas de atos ilícitos.

A complexidade da atualidade requer o tratamento de dados de forma a viabilizar a detecção de possíveis infratores. Para isso, é imprescindível que haja o cruzamento de dados que indiquem as chamadas *red flags*, ou seja, alertas que marcam sinais de um possível envolvimento em atos ilícitos.

Um exemplo comum dessa modalidade de detecção é o cruzamento dos dados da previdência social com os registros de óbitos, a fim de filtrar possíveis fraudes de benefícios após a morte do segurado. Outro exemplo é a atividade de Inteligência financeira realizada pelo próprio Coaf, que tem por objeto analisar movimentações financeiras atípicas e sinalizar para as instituições o risco da ocorrência de lavagem de dinheiro.

Há uma série de outros exemplos de cruzamentos de *big data* para a detecção de ilícitos ou mesmo para finalidades variadas da Inteligência que são o caminho do futuro e poderiam interessar à discussão de legalidade em muitos aspectos.

Porém, importa, para fins da generalidade, estabelecer que os filtros de definição das *red flags* e de outras atividades de Inteligência, embora viáveis e legalmente e sujeitos a balizas em outros aspectos, devem ser gerais no sentido de que aplicáveis a todos ou, se não a todos, às categorias previamente delimitadas em razão de fatos, condições, elementos ou circunstâncias, prévia e fundamentadamente eleitos como relacionáveis com o risco do ilícito. Trata-se de condicionar as ações de Inteligência a uma seletividade racional, neutra e estratégica e vedar a seletividade direcionada e imotivada.

⁸² Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55325486>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

O segundo princípio é a *promulgação*, que visa a possibilitar que o cidadão diferencie as demandas morais das demandas de direito para fins de obrigatoriedade de observância. Ou seja, que o indivíduo possa saber o que é lei e o que não é.

Para estar promulgada, uma norma deve obedecer a regras e procedimentos internos próprios do direito, o que pode ocorrer no âmbito do Legislativo ou, de forma conceitual mais ampla, do Judiciário ou do Executivo, já que tais poderes também produzem normas jurídicas.⁸³

Afeta à Inteligência, neste momento, a conclusão de que as normas definidoras de seu funcionamento, tanto estrutural como também de conteúdo, devem ser formalizadas na forma do procedimento de direito propriamente aplicável, notadamente naquilo que possam criar direitos e deveres, tanto para os indivíduos que terão seus dados analisados ou que serão sujeitos a outras modalidades de operações, com também para os agentes que realizam as análises.

Malgrado a importância da informalidade, o Estado de Direito impõe certa dose de procedimentalismo dessas ações, cujas diretrizes não devem passar ao largo do registro para ingresso no mundo jurídico.

Com isso não se quer defender o fim do segredo que é inerente às ações dessa natureza. Por assim dizer, cabe distinguir as normas gerais de regulação da Inteligência daquilo que está contido nas operações em si ou em ordens específicas de serviço. Estas últimas, sim, podem ser sigilosas, assim como eventualmente as suas conclusões, se assim requerer a ponderação de direitos fundamentais envolvidos.

No que diz respeito ao desenho institucional de cargos, funções, fluxos e atividades, a promulgação é salutar e tem o duplice objetivo de proteger direitos fundamentais e garantir a efetividade das ações de segurança pública.

Em julho de 2017, o Relatório da Correição Extraordinária da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público no Ministério Público do Rio de Janeiro constatou timidez no manejo de recursos probatórios mais complexos em investigações da competência originária da Procuradoria-Geral de Justiça.

Entre os problemas verificados, identificou-se a prática equivocada de arquivamento de plano das comunicações de ofício do Coaf. Apurou-se, ainda, a não difusão dessas comunicações para os órgãos de execução, porque os RIFs, ao aportarem no MPRJ, eram todos encaminhados à Coordenação de Segurança e Inteligência (CSI/LAB), cuja análise complementar antecedia e condicionava a remessa aos órgãos com atribuições cíveis e criminais.⁸⁴

⁸³ Nessa seara, há debates importantes sobre o que seria uma “norma promulgada”, especialmente no que diz respeito a decisões judiciais e regulamentos, que não são o objeto deste estudo.

⁸⁴ “[...] 7.16. Na competência originária criminal do MPRJ, constatou-se que [...] a utilização dos instrumentos de investigação mais complexos (medidas de afastamento de sigilo e interceptação telefônica) é reduzida (8 em 2016 e 7 em 2017), abrangendo uma média aproximada 4% a 5% dos procedimentos extrajudiciais em curso, considerando uma média aproximada de 200 procedimentos extrajudiciais em tramitação (informada na correição). O resultado pode implicar conclusões no sentido da baixa complexidade das investigações que atualmente tramitam no setor e/ou do subaproveitamento dos recursos probatórios disponíveis” (Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/RC_EXT-RJ.pdf. Acesso: 11 jan. de 2021).

As inconformidades ensejaram a expedição da Recomendação de Caráter Geral CN-CNMP n.º 4, de 2017,⁸⁵ que estabelece diretrizes para o tratamento, o fluxo procedimental e a metodologia de utilização dos dados oriundos de RIFs no âmbito do Ministério Público brasileiro.

Reforça a preocupação o ainda inadequado manejo de metodologias de investigação pelos órgãos estatais. Remanesce significativa heterogeneidade entre a qualidade das investigações conduzidas por diferentes atores do sistema de persecução cível e criminal, no âmbito das Fazendas Públicas, do Ministério Público, das Polícias, das Comissões Parlamentares de Inquérito, dos Tribunais de Contas ou das estruturas de Controle Interno. As dissonâncias se apresentam tanto quanto as dificuldades de aplicação de métodos investigativos como também em relação à ocorrência de impropriedades.

Estudos⁸⁶ esclarecem que os processos de institucionalização dos sistemas de Inteligência foram específicos em diferentes lugares. Porém, trata-se de um setor que predominou no Poder Executivo de forma inter-relacionada com as áreas de jurisdição e segurança pública, apresentando um envolvimento mais baixo do Poder Legislativo.

As especificidades do desenho institucional desses serviços podem ter prejudicado o processo de promulgação de suas organizações estruturais e do modo de funcionamento da burocracia das agências de segurança.

No tempo presente, é imperativo do princípio da promulgação que as leis gerais de funcionamento dos serviços e atividades de Inteligência ingressem no mundo jurídico, já que dele fazem parte. Essa é mais uma estipulação da sobreposição do direito sobre a política nesse campo. Portanto, devem estar formalmente promulgadas todas as normas cujo conteúdo expresse diretrizes, crie funções para instituições, setores ou agentes públicos ou defina direitos, sujeições e deveres de autoridades e cidadãos em relação a tais ações.

O terceiro princípio é o da *publicidade* das leis. Uma vez que as leis precisam ser nortes para fins de orientar a conduta e os planos de vida dos cidadãos em um Estado, é preciso que elas se façam conhecidas por todos. Esse princípio diz respeito à transparência do agir estatal no que se refere ao que pode acontecer a partir da Inteligência.

Em matéria de Inteligência, a transparência muitas vezes se apresenta como um paradoxo, uma vez que o segredo é inerente ao sucesso das atuações dessa natureza. Na contramão do direito informacional, neste lugar, o segredo é regra. A possibilidade de recorrer a métodos sigilosos está assegurada legalmente à Abin para a consecução de suas atividades.

⁸⁵ Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_04-2017.pdf. Acesso em: 9 de abr. 2025.

⁸⁶ CEPIK, 2003.

Lopes⁸⁷ analisou a relação contraditória entre o sigilo inerente à Inteligência de Estado e o direito de informação no âmbito do Estado Democrático de Direito, utilizando-se das noções de *accountability* e do preceito de limitação do segredo, para sugerir soluções de conciliação do sigilo com o controle social, mencionando fórmulas como um sistema eficaz de controle e limites temporais à manutenção do sigilo.

A discussão sobre a colisão entre o sigilo e a transparência é relevante e complexa no tema das ações de Inteligência. Porém, para fins da exigência da publicidade normativa, a oposição possui uma natureza própria, porque a publicidade pleiteada pelo Estado de Direito Procedimental direciona-se à norma de conduta geral que rege a atividade e não ao ato administrativo investigativo em si mesmo, aos relatórios produzidos ou às especificidades de seus conteúdos.

Veja-se que a previsibilidade esperada pela publicidade do Estado de Direito Procedimental, que exige “leis públicas”, diz respeito à transparência da forma e das condições em que se darão as atividades de Inteligência. Ainda que cada ato investigativo, dentro da observância do quadro da lei, possa ser sigiloso por algum período, os limites do agir estatal nesse âmbito têm que estar descritos em normas públicas, cujo teor seja acessível a todos.

Nesse sentido, a própria Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011) classifica taxativamente as hipóteses de sigilo em atividades ligadas à segurança nacional, bem como os prazos máximos de restrição da informação. Trata-se de um bom exemplo de prescrição que garante a publicidade requerida pelo Estado de Direito.

Em decorrência, em termos de publicidade das normas que orientam a Inteligência, requer-se um avanço para que sejam conhecidos por todos e, portanto, para que sejam transparentes outros tantos detalhamentos normativos da forma de realização dessas atividades.

Por exemplo, questões como quais são os dados e sistemas acessados, quais os métodos de recrutamento de agentes, quais os critérios de seleção das operações ou de definição das *red flags* ou quais são os paradigmas de interrupção/continuidade das ações são elementos que dizem respeito à moldura normativa da Inteligência. Logo, em relação a todo esse conjunto, é recomendável a publicidade mais geral para fins de conformação do Estado de Direito Procedimental.

O quarto princípio é a *irretroatividade*, que carrega a premissa de que um sistema jurídico somente pode estabelecer direitos e impor obrigações por meio de leis prospectivas, ou seja, editadas para regular situações ou fatos posteriores ao seu ingresso no mundo jurídico.

A prospecção das leis é consectário da segurança jurídica e deriva da ideia de que os cidadãos devem conhecer seus direitos e deveres previamente, a fim de que possam programar as condutas que pretendem adotar em um dado sistema jurídico.

⁸⁷ VLAR-LOPES, Gills. Quando o segredo é a regra: atividade de inteligência e acesso à informação no Brasil. *Revista Brasileira de Inteligência*. Abin, n. 12, dez. 2017 Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4657/1/RBI-12-2017.pdf#page=36>. Acesso em 12 jan. 2021.

Isso significa dizer, em termos de atividades de Inteligência, que não é compatível com o Estado de Direito a convalidação normativa posterior de irregularidades e tampouco a sua absorção pelo sistema de justiça. Descabe nesse campo o adágio maquiavélico de que “os fins justificam os meios”, não no sentido moral, mas simplesmente como a admissão de que um sistema convalide produção de provas e atos tidos por ilícitos, *a posteriori*.

Ainda que o próprio Fuller⁸⁸ indique a conveniência de que devem existir leis retroativas, notadamente quando é preciso reparar erros do passado, certamente, as exceções não podem resultar na permissão de absorção estatal de material de “inteligência” produzido ilicitamente por autoridades ou mesmo por atores de outros sistemas.

São conhecidos no Brasil diversos casos de difusões de dados sigilosos por autoridades públicas ou por pessoas privadas. Lembre-se do episódio dos extratos bancários do caseiro Franceslino dos Santos (testemunha da CPI dos Bingos), ilicitamente obtidos pelo então ministro da Fazenda Antônio Palocci na Caixa Econômica Federal.⁸⁹

Mais recentemente, a divulgação pelo *The Intercept Brasil* das tratativas institucionais na Lava Jato suscitou controvérsias sobre a licitude da prova e limites para a validade, como prova defensiva, de relatórios e dados de comunicações sigilosos obtidos a partir de ações de Inteligência privada invasivas de privacidade. O problema segue com as notícias referentes às investigações clandestinas de ministros do Supremo Tribunal Federal.⁹⁰

Outra questão que diz respeito à irretroatividade tem a ver com o paradigma da definição de responsabilidade dos agentes envolvidos em atos ilícitos. Sem controles sociais, o segredo posterga a descoberta sobre “o quê” e “como” as coisas aconteceram e é possível que as tentativas de sanção desses atos venham a acontecer apenas muito tempo depois dos fatos, o que envolve o reconhecimento de erros históricos e o clamor por justiça.

A tão enigmática zona cinzenta nessas ações de Inteligência pode tornar ininteligível o conjunto de agentes e colaboradores dentro do universo de informações complexas a serem processadas. Ambros e Lodetti⁹¹ ponderam que essa ambiência tende a deixar os envolvidos e analistas mais vulneráveis devido às pressões contextuais, como incerteza, ambiguidade, estresse e rápidas mudanças de objetivos.

Isso faz com que a descoberta induza a um momento bastante confuso para o enquadramento desses atores como vítimas, autores, colaboradores ou pessoas neutras, ora obstaculizando a reparação de danos, ora implicando um debate

⁸⁸ FULLER, 1964.

⁸⁹ Sobre o tema: STF, Tribunal Pleno, Pet nº 3.898/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27.8.2009; TRF 1ª Região, Quinta Turma, Apelação n.º 2006.34.00.011630-9/DF, Rel. Desembargador Souza Prudente, DJ 25.3.2015.

⁹⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-05/stj-pgr-apuracao-investigacao-ilegal-ministros>. Acesso em: 9 de abr. 2025.

⁹¹ AMBROS, Christiano; LODETTI, Daniel. Vieses cognitivos na atividade de inteligência: conceitos, categorias e métodos de mitigação. *Revista Brasileira de Inteligência*, Agência Brasileira de Inteligência, n. 14, p. 9-34, dez. 2019.

ressentido pela responsabilização, nem sempre compatível com a dinâmica normativa da época dos fatos.

Todos esses fatores convergem para uma atmosfera que, embora não possa ser qualificada como uma justiça de transição,⁹² apresenta algumas características similares, porque as consequências que suscitam são de reconciliação e superação de cicatrizes, o que pode gerar a aplicação de um entendimento normativo que será retroativo.

Diante disso, é preponderante ao Estado de Direito que as normas aplicáveis a orientar a conduta ou a responsabilização de agentes por eventuais desvios nas atividades de Inteligência, bem como aquelas que regulam poderes e deveres e a inserção dos produtos dessas ações no sistema de justiça, sejam prospectivas, sob pena de existir uma gangorra que vai desde julgamentos precipitados até graves impunidades.

O quinto princípio do Estado de Direito Procedimental é a *clareza* das leis. A clareza é um dos elementos essenciais da legalidade e diz respeito à condição de que o cidadão compreenda o que o sistema jurídico considera lícito ou ilícito e, ainda, quais são as possíveis consequências das condutas escolhidas.

A clareza é um dos maiores problemas das atividades de Inteligência. Há inúmeras incertezas em torno do tema. Conceitos abstratos, como segurança nacional, ordem pública, crime organizado, terrorismo e outros, insuflam poderes e prerrogativas de Inteligência que podem dar azo à relativização de direitos fundamentais. Ronda o perigo de se embaralharem as categorias de Estado de Exceção e de Estado de Direito em frente a desafios tão densos.

Por isso, ainda que se admita a vagueza de semânticas entremeadas à Inteligência, é preciso que a norma que a regula seja clara e possibilite a identificação do limite do que é permitido ou proibido, para alvos ou agentes.

O Estado de Direito Procedimental reclama a percepção sobre quem ou em que condições alguém pode ser destinatário de uma ação de Inteligência e o que pode ser realizado no âmbito dessas ações (quais dados podem ser monitorados, quais comunicações acessadas, o que depende de autorização judicial etc.).

Malgrado o reclamo de clareza tenha a ver com garantias, o sentido da exigência de compreensão da norma não é sinônimo de consentimento ou autodeterminação informacional.

A origem do debate sobre os direitos dos indivíduos perante o controle de dados pessoais teve início, na década de 1960, com a frustrada proposta de criação do *National Data Center* pelo governo dos Estados Unidos.⁹³ Seguiu-se, até a década

⁹² Sobre o tema e o conteúdo de razão, interesse e emoção que envolvem a justiça de transição, a dificuldade de categorização perfeita dos atores e os riscos da retroatividade das leis: ELSTER, Jon. *Closing the books: transitional justice in historical perspective*. New York: Cambridge University Press, 2004.

⁹³ O *National Data Center* consistia em um gigantesco banco de dados concentrando as informações pulverizadas em vários sistemas da administração pública sobre os cidadãos norte-americanos. Após acirradas discussões sobre a ameaça às liberdades individuais, o governo norte-americano abortou a ideia. Sobre o tema, *vide*: DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. p. 98.

de 70, um incipiente modelo regulatório pautado no controle público por autorização de centros de dados.⁹⁴

No final da década de 1970, inicia-se um novo momento da proteção de dados que marcou o direito à autodeterminação informacional a partir da Lei Francesa de Proteção de Dados Pessoais de 1978, intitulada *Informatique et Liberté*.⁹⁵ De lá para cá, a questão do consentimento está imbricada à proteção de dados e é absolutamente basilar nesse campo.

Nada obstante a centralidade desse princípio na proteção de dados, a imposição do prévio consentimento é mais intensa em relação ao controle de bancos particulares. Vale conferir que a LGPD prevê, em relação ao tratamento de dados pessoais para finalidades públicas, que sejam informados os procedimentos, as hipóteses, as previsões, as finalidades e as práticas de execução, mas, como regra, não exige o consentimento específico.

Existe, assim, um relevante *discrimen* da autodeterminação do sujeito entre os regimes público e privado de tratamento de dados e talvez seja pertinente analisar com mais acuidade a justiça da diferenciação que deve existir entre as demandas de consentimento para atividades estatais de políticas públicas e aquelas que se dirigem ao direito sancionatório.

Mais uma vez, o assunto ingressa numa seara de controversos debates, inclusive morais, que não são objeto deste estudo. Por agora, é necessário apenas pontuar que a autodeterminação informacional em relação ao tratamento de dados pessoais em atividades de Inteligência é matéria de conteúdo normativo e não propriamente de clareza da lei.

Não se deve confundir, portanto, o princípio da clareza, que é exigido pelo Estado de Direito Procedimental, com a questão do consentimento do titular do dado no caso concreto. Sem dúvidas, contudo, a clareza requer que esteja facilmente perceptível a todos em que circunstâncias esse consentimento é exigível.

O sexto princípio é o da *congruência* que tem por objeto evitar que normas contraditórias confundam a conduta humana. Há uma série de mecanismos hermenêuticos para superar a contradição em um sistema jurídico, como as compreensões de revogação ou o princípio da especialidade. Entretanto, o fato é que ambiguidades podem causar vários problemas.

⁹⁴ Sobre o histórico da evolução da proteção de dados se seus paradigmas, *vide*: DONEDA, 2011, p. 98.

⁹⁵ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000886460>. Acesso em: 19 jun. 2020). É interessante para o tema dos espaços estatais resgatar o histórico da *Informatique et Libertés*. Em 1971, também o governo francês havia decidido centralizar os diretórios de identificação por meio do projeto Sistema Automatizado de Arquivos Administrativos e Diretório de Pessoas (SAFARI), que visava a interconectar arquivos e sistemas governamentais. O projeto SAFARI gerou grande oposição social, a ponto de o jornal *Le Monde* publicar "SAFARI, ou caça aos franceses". O clamor popular fez com que o projeto se inviabilizasse politicamente. A partir de tais críticas, foi criada na França uma Comissão de Proteção de Dados, da qual resultou a lei "Computação e Liberdades". Sobre a evolução histórica citada, *vide*: DONEDA, 2011.

Em termos de ações de Inteligência, remanescem contrassensos, por exemplo, em relação à juntada do material que resulta da Inteligência aos cadernos investigatórios formais. Até bem pouco tempo, perdurava o entendimento de integral vedação de qualquer espécie de produto de atividades de Inteligência a procedimentos formalmente instaurados.

Nessa linha, não era incomum que os RIFs difundidos pelo Coaf fossem armazenados em bancos de dados e não funcionassem como “notícias de fato” para embasar a instauração de apurações procedimentalizadas. Em contrassenso, coexistem entendimentos que indicam a possibilidade de que os RIFs informassem a instauração e a instrução de procedimentos extrajudiciais de natureza criminal no âmbito do Ministério Público, com relevo à persecução do crime de lavagem de dinheiro.⁹⁶

A coerência normativa é uma exigência clássica do Estado de Direito, dirigida inicialmente às instâncias de produção normativa dentro de um Estado. Contudo, assim como outros paradigmas originários de concepções do Estado moderno, a coerência também está sob novos holofotes. Já não se pode afirmar que os Estados estão aptos a dar conta, isoladamente, dos desafios da segurança pública vs. privacidade que reclamam multifacetadas interconexões.

Em função disso, parecem surgir outras propostas de produção da coerência normativa. O Transconstitucionalismo de Marcelo Neves⁹⁷ muito se aproxima da Teoria Intercultural da Constituição de Bruno Galindo.⁹⁸ Ambos os autores propõem que o caminho da solução para os desafios internacionais é a construção de pontes de transição e a realização de diálogos permanentes entre os Estados e as Cortes Constitucionais nacionais, internacionais e supranacionais, a fim de propiciar um aprendizado recíproco entre racionalidades diversas.

Sem perder de vista que esse é um tema a ser aprofundado em relação à pretendida coerência do Estado de Direito em suas várias complexidades, não é errado afirmar, desde logo, que a dimensão transnacional e universal das ações de Inteligência requer soluções de aproximação normativa.

As discordâncias em termos do regime jurídico a que estão submetidas as ações de Inteligência (falta de coerência) acabam por implicar contradições dentro do funcionamento dessas unidades. Ora se pretende o distanciamento da Inteligência das atividades formais, ora se admite a sua integração.

Seja como for, o Estado de Direito requer que as normas de tratamento de dados para fins de Inteligência ou investigação formal sejam razoavelmente congruentes, não apenas em relação aos entendimentos internos, como também a um regime transnacional.

⁹⁶ RMS 35.410/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22/10/2013, dje 05/11/2013, e HC 191.378/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/09/2011, dje 05/12/2011.

⁹⁷ NEVES, 2018.

⁹⁸ GALINDO, Bruno. *Teoria intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

O sétimo princípio é o da *factibilidade de cumprimento das leis*, ou seja, a condição de que as obrigações impostas possam ser cumpridas. É inadmissível exigir algo que não seja passível de observância por circunstâncias causais. Isso resulta na necessidade de definição de responsabilidades de forma mais específica.

A questão da possibilidade de cumprimento apresenta uma certa conexão com a condição estrutural de cumprimento das obrigações legais. Objetivamente, significa dizer que as normas de segurança e sindicabilidade aplicáveis aos agentes públicos devem ser exequíveis. Embora os conceitos não se confundam, a factibilidade diz respeito diretamente à efetivação de direitos fundamentais.⁹⁹

Portanto, ainda que não se confundam os conceitos de dever ser e ser, em termos de factibilidade, impõe-se que o direito positivo considere aspectos da realidade ou, ao menos, preveja conjuntamente garantias estruturais de factibilidade de cumprimento das normas que geram direitos e deveres.

Esse tema transita por assuntos como a existência de uma LGPD de natureza criminal, a autonomia das agências de controle, a evolução tecnológica de mecanismos de segurança contra vazamentos em sistemas e a homogeneidade de condições estruturais mínimas dos diversos órgãos envolvidos com atividades de Inteligência.

Em termos da reivindicação de que um sistema jurídico faça leis possíveis, o Estado de Direito Procedimental requer que as responsabilidades pelas operações de Inteligência sejam bem delimitadas, mas exige também que haja um conjunto de elementos basais que viabilizem o cumprimento das normas de segurança pelos agentes públicos e que garantam as proteções estabelecidas.

Por fim, o oitavo e último princípio é a *estabilidade*. Porque é inviável ao cidadão orientar sua conduta com base em leis volúveis, ou seja, que mudam a todo o tempo. É preciso que haja alguma permanência no tempo do conjunto referencial normativo que regula as relações em qualquer nicho e, mais especialmente, na relação entre o Estado e o indivíduo.

É difícil tratar o tema estabilidade normativa nos serviços de Inteligência porque, como explica Cepik,¹⁰⁰ o conjunto de variáveis independentes que influenciaram o desenvolvimento dessas instituições políticas dificultam a formação do conhecimento sobre a origem e o desenvolvimento desses serviços. Em função disso, há uma carência de “[...] estudos sistemáticos sobre o processo através do qual os serviços de Inteligência chegaram ou poderiam chegar a tornar-se organizações dotadas de valor e estabilidade”.¹⁰¹

⁹⁹ Para melhor entender direitos e garantias fundamentais, Ferrajoli responde a uma frequente confusão conceitual e diferencia os sentidos de direitos fundamentais em: *filosófico*: é o sentido axiológico, que corresponde ao que uma sociedade moralmente deveria garantir como direito (justiça); *jurídico*: é o sentido do direito objetivo, que corresponde ao que de fato é previsto normativamente nos ordenamentos jurídicos (validade); *sociológico*: é o sentido factual, que corresponde ao que de fato é assegurado na vida real (efetividade) (FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011).

¹⁰⁰ CEPIK, 2003, p. 76.

¹⁰¹ CEPIK, 2003 p. 76.

Deve ser divisado que, ainda que haja vácuos de compreensão sobre a configuração organizacional (nem sempre estável) dos sistemas nacionais de Inteligência, as lacunas existentes não podem elidir a reivindicação de estabilidade normativa que é própria do Estado de Direito Procedimental.

Nesse campo sobressai especial destaque à formulação normativa oriunda de influências da *common law*. Como visto, a Inteligência é matéria de direito público e, dessa forma, constitui um ramo do direito positivo. Isso não exclui a importância da participação do Poder Judiciário para o estabelecimento de um sistema jurídico estável de governo.

É assim porque que a vontade das majorias que produz o direito positivo não é capaz de responder isoladamente a uma pretensão de sistema jurídico estável, uma vez que as mudanças legislativas podem ser influenciadas por processos mais céleres, mas nem sempre correspondem ao desejado amadurecimento reflexivo de mudanças, o que é próprio das tradições expressas na evolução mais lenta e concatenada da jurisprudência.¹⁰²

Cite-se novamente o incidente da Abin¹⁰³ envolvendo a tentativa de mudança nos poderes requisitórios concedidos ao diretor da Agência. A par das discussões em torno da legalidade do pretendido regulamento, esse é um caso paradigmático em que o exercício do poder soberano do Executivo rompe com a estabilidade do sistema, ao buscar subverter uma tradição já estabilizada de limitação de poder. Sim, a estabilidade é requisito do Estado de Direito Procedimental e se dirige à manutenção de tradições protetivas em matéria de Inteligência.

Conclusões

Em um cenário de profundas mudanças transnacionais de paradigmas políticos e tecnológicos, o mote da Inteligência volta à tona. De um lado, é indispensável à segurança pública. De outro, reacende antigos temores do risco de violação de direitos fundamentais.

A matéria é marcada pela opacidade e pela insegurança e, portanto, justifica-se teoricamente a sua conformação aos princípios nucleares do Estado de Direito Procedimental, a partir da premissa de que a Inteligência é atividade que está sob a égide do direito público e, assim, subordinada ao domínio do jurídico.

Em que pese insuficiente a resposta dos princípios do EDP para a garantir justiça ou impedir arbítrios em atividades de Inteligência, a conformidade desta aos princípios daquele representa um bom começo para o estabelecimento de parâmetros para possibilidades e limites dessa atuação.

¹⁰² Sobre o tema, vide: LOUGHLIN, Martin. *Political jurisprudence*. United Kingdom: Oxford University Press, 2017.

¹⁰³ STF, ADI nº. 6.529.

Nessa linha, foi possível estabelecer alguns postulados básicos de adequação das atividades de Inteligência ao núcleo do Estado de Direito Procedimental em relação a cada uma das qualidades que devem ser atribuídas às normas jurídicas: generalidade, promulgação, publicidade, clareza, prospecção, factibilidade de cumprimento, congruência e estabilidade. São os seguintes, *a priori*:

O princípio da *generalidade* prescreve que um sistema jurídico deve conter regras gerais, ou seja, que o direito deve ser impessoal. Isso implica que:

- a) as atividades de Inteligência somente podem ser realizadas conforme critérios gerais, e não para fins de investigação pessoalizada ou particular;
- b) é possível a coleta de dados de pessoas ainda não formalmente investigadas por ilícitos para fins de análises de risco e detecção, desde que os critérios de definição das *red flags* sejam gerais no sentido de que aplicáveis a todos ou, se não a todos, a categorias previamente delimitadas em razão de fatos, condições, elementos ou circunstâncias, prévia e fundamentadamente eleitos como relacionáveis com o risco do ilícito.

O princípio *promulgação* visa a possibilitar que o cidadão diferencie as demandas morais das demandas de direito para fins de obrigatoriedade de observância, ou seja, que identifique o que é lei. Desse modo:

- a) as normas que regulam as atividades de Inteligência devem ser promulgadas nas regras e procedimentos internos ordinários do direito público;
- b) é obrigatória a promulgação das normas reguladoras da Inteligência quando tenham por objetos: 1) o funcionamento e a organização estrutural, burocrática e metodológica, p. ex., as regras que fixam o desenho institucional das agências e dos setores de Inteligência em relação a cargos, funções, fluxos e atividades; 2) a definição de direitos, sujeições e obrigações, p. ex., as regras que preveem quais indivíduos terão seus dados analisados ou que serão sujeitos a outras modalidades de operações, como também as que estabelecem critérios sobre quais agentes devem realizar as análises e de que forma;
- c) a promulgação não exclui a possibilidade do segredo que é inerente às ações dessa natureza, porque se aplica às normas gerais de regulação da Inteligência e não às operações em si ou em ordens específicas de serviço, estas últimas podendo ser sigilosas, conforme a lei.

O princípio da *publicidade* das leis existe para que leis se façam conhecidas por todos para que possam servir de norte de conduta. Nesse sentido:

- a) a possibilidade de recorrer a métodos sigilosos está assegurada legalmente à Abin para a consecução de suas atividades;
- b) assim como na promulgação, a publicidade pleiteada pelo Estado de Direito procedimental direciona-se à publicidade da norma de conduta geral que rege a atividade e não à do ato administrativo investigativo em si mesmo, dos relatórios produzidos ou de especificidades de seu conteúdo, cuja divulgação se rege conforme a lei.

O princípio da *irretroatividade* presume que um sistema jurídico somente pode estabelecer direitos e impor obrigações por meio de leis prospectivas. Então:

- a) as atividades de Inteligência devem ser reguladas conforme a moldura do lícito/ilícito vigente ao tempo de suas realizações, sendo vedada a convalidação normativa posterior de irregularidades e a sua absorção pelo sistema de justiça;
- b) as normas aplicáveis na responsabilização de agentes por eventuais desvios nas atividades de Inteligência, bem como aquelas que regulam poderes e deveres e a inserção dos produtos dessas ações no sistema de justiça devem ser aquelas vigentes ao tempo dos fatos, ou seja, não retroativas, ressalvadas as exceções gerais da retroatividade do direito penal e sancionatório.

O quinto princípio do Estado de Direito Procedimental é a *clareza* das leis, que diz respeito à condição do cidadão de compreender o que o sistema jurídico considera lícito ou ilícito e, ainda, quais são as possíveis consequências das suas condutas. Logo:

- a) as normas que regulam as atividades de Inteligência devem ser claras e possibilitar a identificação do que é permitido ou proibido para alvos ou agentes. Ou seja, o Estado de Direito Procedimental reclama a percepção sobre quem ou em que condições alguém pode ser destinatário de uma ação de Inteligência e o que (e por quem) pode ser realizado no âmbito dessas ações (quais dados podem ser monitorados, quais comunicações acessadas, o que depende de autorização judicial etc.).
- b) a clareza das normas sobre Inteligência requerida pelo Estado de Direito não implica necessariamente a exigência de consentimento dos destinatários, que é tema atrelado ao campo dos debates sobre o direito à autodeterminação informacional.

O princípio da *congruência* tem por objeto evitar que normas contraditórias confundam a conduta humana. Assim:

- a) o Estado de Direito requer que as normas de tratamento de dados para fins de Inteligência ou investigação formal sejam razoavelmente congruentes, não apenas em relação aos entendimentos internos, como também a um regime normativo transnacional.

O princípio da *factibilidade de cumprimento das leis* exige a condição de que as obrigações impostas possam ser cumpridas, ou seja, que as exigências sejam passíveis de observância por circunstâncias causais. Diante disso:

- a) as normas de segurança e sindicabilidade aplicáveis aos agentes públicos devem ser exequíveis, o que pressupõe um conjunto de elementos basais que viabilizem o seu cumprimento pelos agentes públicos e que garantam a viabilidade de proteções estabelecidas. São exemplos dos fatores componentes dessa estrutura a existência de uma LGPD de natureza criminal, a autonomia das agências de controle, a evolução tecnológica de mecanismos de segurança contra vazamentos em sistemas e a homogeneidade de condições estruturais mínimas dos diversos órgãos envolvidos com atividades de Inteligência.

Finalmente, o princípio da *estabilidade* requer que haja razoável permanência no tempo do direito que regula as relações jurídicas em matéria de Inteligência, o que representa reconhecer que:

- a) a instabilidade organizacional da atividade de Inteligência não elide a necessidade de estabilidade das normas que a regulam;
- b) o direito legislado é insuficiente para garantir a estabilidade de tradições protetivas nesse arranjo institucional, em que a participação do Poder Judiciário figura como instância de amadurecimento das mudanças normativas.

Referências Bibliográficas

AMBROS, Christiano; LODETTI, Daniel. Vieses cognitivos na atividade de inteligência: conceitos, categorias e métodos de mitigação. *Revista Brasileira de Inteligência*. Agência Brasileira de Inteligência, n. 14, p. 9-34, dez. 2019.

ARAS, Vladimir Barros. Proteção de dados pessoais e investigação criminal. In: ARAS, Vladimir Barros; DE MENDONÇA, Andrey Borges; CAPANEMA, Walter Aranha; DA SILVA, Carlos Bruno Ferreira. COSTA, Marcos Antônio da Silva (org.). *Proteção de dados pessoais e investigação criminal*. Brasília: ANPR, 2020. p. 14-31.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BALKIN, Jack M. *Constitutional crisis and constitutional rot*. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6161&context=fss_papers. Acesso em 08 fev. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CEPIK, Marco. Sistemas nacionais de inteligência: origens, lógica de expansão e configuração atual. *Revista de Ciências Sociais*: Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, p. 75-127, 2003.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

ELSTER, Jon. *Closing the books: transitional justice in historical perspective*. New York: Cambridge University Press, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizatória. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 1, 1992.

FICO, Carlos. Ditadura Militar: mais do que algozes e vítimas. A perspectiva de Carlos Fico. [Entrevista cedida a Silvia Maria Fávero Arend, Rafael Rosa Hagemeyer e Reinaldo Lindolfo, em 24 de julho, 2013]. *Revista Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 5, n.10, p. 464-483, jul./dez. 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/269748591_Ditadura_Militar_mais_do_que_algozes_e_vitimas_A_perspectiva_de_Carlos_Fico. Acesso: 15 jan. 2021.

FLORINDO, Marcos Tarcísio. *O Serviço reservado da Delegacia de Ordem Política e Social de São Paulo na Era Vargas*. 2000. 247 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de História, Direito e Serviço Social, 2000. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/93306>. Acesso: 7 fev. 2021.

FORST, Rainer. *Justificação e crítica: perspectivas de uma teoria crítica da política*. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

FULLER, Lon Luvois. *The morality of law*. Yale: Yale University, 1964.

GALINDO, Bruno. *Teoria intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2014.

LOUGHILIN, Martin. *Foundations of public law*. New York: Oxford University Press, 2010.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2018., p. 53-62.

PACHECO, Thiago da Silva. *Seculum*: Revista de História, João Pessoa, n. 39, p. 192, jul./dez. 2018.

RAWLS, Jonh. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA J., Bonnie. *Corruption and Government: causes, Consequences, and Reform*. 2end. New York: Cambridge University Press, 2016.

TAMANAH, Brian Z. *On the rule of law: history, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. caps. 1 a 4, p. 7-59.

THOMAS, E. I. The right of privacy and freedom of the press. *Faculty Scholarship Series*, 1979, Paper 2776 (Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2776. Acesso em: 13 jun. 2018).

TUSHNET, Mark. Constitutional hardball, *Marshall L. Rev.*, n. 523, 2004. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/handle/1/12916580>. Acesso: 15 de jan. 2021.

VELASCO, Rafael B.; CARPANESE, Igor; Interian, Ruben; PAULO NETO, Octávio C. G.; RIBEIRO, Celso C. A decision support system for fraud detection in public procurement. *International Transactions Inoperational Reserch*. Intl. Trans. in Op. Res. 00 (2020) 1–21 DOI: 10.1111/itor.12811.

ZALUAR, Alba; CONCEIÇÃO, Isabel Siqueira. Favelas sob o controle das milícias no Rio de Janeiro: que paz? *São Paulo em Perspectiva*, v. 21, n. 2, p. 89-101, jul./dez. 2007.