

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”**

GUSTAVO FERNANDES MOTA BORBA

**A INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO TÉCNICA DE INVESTIGAÇÃO NO COMBATE
ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

UBERLÂNDIA – MG

2018

GUSTAVO FERNANDES MOTA BORBA

**A INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO TÉCNICA DE INVESTIGAÇÃO NO COMBATE
ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, sob orientação do Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha

UBERLÂNDIA – MG

2018

RESUMO

O combate às organizações criminosas tem sido amplamente debatido em nosso ordenamento jurídico. Nossas autoridades buscam soluções adequadas para o enfrentamento dessa questão que é um dos maiores problemas de nosso mundo globalizado. Nessa perspectiva, a infiltração policial, prevista na Lei n.º 12.850/13, constituiu importante meio de obtenção de prova no combate às organizações criminosas. O presente trabalho tem por objetivo central a análise dos limites da aplicação e eficácia do instituto da infiltração policial, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, utiliza-se o método de pesquisa hipotético-dedutivo, partindo-se de considerações gerais e abrangentes, objetivando especificar as questões concernentes àquilo que seja relevante para a definição das limitações e as implicações práticas da técnica da infiltração policial. Com vistas a alcançar este objetivo, parte-se da evolução histórica das organizações criminosas. No segundo capítulo é feito um histórico da legislação brasileira acerca do tema, com ênfase na Lei de Organizações Criminosas. Adiante estuda-se o instituto do agente infiltrado, seus conceitos e características, bem como sua utilização em outros países. Por fim, faz-se uma análise dos limites e exigências para a atuação do agente infiltrado, concluindo-se que, embora que inexista uma determinação exata dos limites de sua atuação, a aplicação do instituto do agente infiltrado encontra-se balizada pelos princípios da legalidade, excepcionalidade da medida, da proporcionalidade e de um rígido controle jurisdicional, afim de evitar excessos, bem como preservar garantias e direitos fundamentais dos investigados.

Palavras-chave: Crime Organizado. Agente Infiltrado. Lei n. 12.850/13. Meios de Prova. Investigação.

ABSTRACT

The fight against criminal organizations has been widely debated in our legal system. Our authorities seek adequate solutions to address this issue which is one of the biggest problems of our globalized world. Police infiltration, provided by Law no. 12.850/13 is an important way of obtaining evidence in the fight against criminal organizations. The main objective of this study is to analyze the limits of the application and effectiveness of the police infiltration institute, in light of the Brazilian legal system. To do so, the research method will be the hypothetical deductive, starting with general and comprehensive considerations, aiming to specify the questions concerning what is relevant to the definition of limitations and the practical implications of the technique of police infiltration. With a view to achieving this objective, it is based on the historical evolution of criminal organizations. In the second chapter a history of the Brazilian legislation on the subject is made, with emphasis on the Law of Criminal Organizations. The institute of the undercover agent, its concepts and characteristics, as well as its use in other countries, will also be studied. Finally, will be made an analysis of the limits and requirements for the agent's performance. It is concluded that, although there is no exact determination of the limits of its performance, the application of the institute of the undercover agent is based on the principles of legality, exceptionality of the measure, proportionality and rigid judicial control, in order to avoid excesses, as well as to preserve the fundamental rights and guarantees of those investigated.

Keywords: Organized Crime. Undercover Agent. Law no. 12,850/13. Means of Proof. Investigation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE CRIME ORGANIZADO	8
2.1 Evolução Histórica do Crime Organizado	9
a) <i>Máfia Italiana</i>	9
b) <i>Tríades Chinesas</i>	11
c) <i>Yakuza</i>	12
2.2 O Crime Organizado na Modernidade	13
2.3 O Crime Organizado no Brasil	15
2.4 Conceituação de Crime Organizado	19
3 TRATAMENTO DADO PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	22
3.1 Evolução Legislativa	22
3.2 A Nova Lei de Organizações Criminosas – Lei n.º 12.850/13	28
a) <i>Elementos</i>	30
b) <i>Aplicabilidade Estendida</i>	32
3.3 Meios de Obtenção de Prova na Lei n.º 12.850/13	33
4 INFILTRAÇÃO POLICIAL	35
4.1 Antecedentes Históricos	36
4.2 Infiltração Policial no Direito Comparado	36
a) <i>Estados Unidos da América</i>	37
b) <i>Alemanha</i>	37
b) <i>Espanha</i>	38
4.3 Infiltração Policial no Brasil	38
4.4 Aspectos Procedimentais	40
4.4.1 Fase Postulatória	40
4.4.2 Fase Autorizativa	42
4.4.3 Fase de Execução	43
4.4.4 Relatórios	44
4.4.5 Denúncia	45
4.5 Valor Probatório	45
5 LIMITES ÉTICOS E LEGAIS DE ATUAÇÃO DOS AGENTES INFILTRADOS	48
5.1 Infiltração Policial x Moralidade Administrativa	49
5.2 Infiltração Policial à Luz do Princípio da Proporcionalidade	52
5.3 Inexigibilidade de Conduta Diversa	53
6 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

O crime organizado é uma das maiores dificuldades confrontadas pelos diversos países do mundo, devido a extensão de suas atividades desempenhadas, seu poder e principalmente, seu nível de influência na sociedade. Em razão de seu caráter extensivo e sua capacidade de adaptação, esse fenômeno tornou-se um dos principais problemas enfrentados pelas nossas autoridades.

A busca pela solução dessa questão tornou-se mais delimitada com a promulgação da Lei n.º 12.850/13, trazendo meios de obtenção de provas e combate às organizações criminosas. Dentre os meios, temos a infiltração policial como importante mecanismo na busca ao combate às organizações criminosas. Contudo, apesar de ser uma importante ferramenta para obtenção de prova na persecução da criminalidade organizada moderna, a figura do agente infiltrado ainda necessita de um exame mais aprofundado, acerca dos diferentes posicionamentos e suas implicações práticas.

A técnica de infiltração policial ainda gera discussões quando relacionadas as suas limitações e suas implicações práticas. Dessa forma, o presente trabalho busca definir e especificar como se dá a concretização desse meio de investigação, analisando a eficácia de tal método, sendo utilizado como referência as limitações impostas pelos princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico, bem como nossa legislação.

À vista disso, para alcançar o objetivo geral, iremos analisar a evolução histórica das organizações criminosas, bem como sua conceituação e características. Após, examinaremos a parte histórica do tema na legislação brasileira, dando ênfase na nova Lei de Organizações Criminosas.

Posteriormente, faremos uma análise específica do instituto do agente infiltrado, buscando seus conceitos e características, valendo, nesse ponto, aplicar o direito comparado para verificar a utilização de tal instituto. Por fim, iremos explorar os limites e exigências para a atuação do agente infiltrado em nossa legislação, verificando sua eficácia e seu efeito prático em nosso ordenamento jurídico.

Para realização do trabalho, a metodologia de pesquisa será feita levando-se em conta, sobretudo, o método científico hipotético dedutivo, partindo-se de considerações gerais e abrangentes, objetivando especificar as questões concernentes àquilo que seja relevante para a definição das limitações e as

implicações práticas da técnica da infiltração policial.

O trabalho possui uma base teórica, exploratória e descritiva, examinando-se a temática a fundo, para que assim seja possível a compreensão da realidade da aplicação da infiltração policial como meio de investigação, bem como suas limitações. Outrossim, a análise textual, temática e interpretativa também será utilizada como método de pesquisa. Utilizaremos, também, o direito comparado como forma de verificar a utilização do instituto da infiltração e sua eficácia nos demais locais onde é aplicado.

Devido à escassa quantidade de doutrina acerca da matéria, a maior parte do acervo documental utilizado foi buscada na internet, por meio de artigos escritos por alunos, professores, magistrados, entre outros especialistas na área jurídica.

2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE CRIME ORGANIZADO

Embora seja um fenômeno muito antigo, as organizações criminosas se intensificaram nos últimos anos com a modernização dos meios de comunicação, de transporte e de processamento de dados. O crime organizado, ao se articular e sistematizar de forma ainda mais sofisticada, tornou-se uma estrutura bastante complexa.

Essas organizações atraem cada vez mais a atenção de autoridades e da própria sociedade, não só pela instabilidade social e política que geram, mas também pelo fato do emprego de violência utilizado por muitas delas para a prática de seus delitos, com a formação de grupos armados com poderio bélico comparável ou mesmo superior ao da força policial local.

A esse respeito, merece destaque a análise de Flávio Cardoso Pereira, que expõe:

“De modo geral, temos que a delinquência, especialmente aquela caracterizada pela atuação organizada e coletiva, dotada de alta sofisticação e logística empresarial, constitui-se nos dias de hoje um desafio sem precedentes a ser enfrentado pelos órgãos de persecução criminal e, por que não dizer, pela própria comunidade internacional.”¹

Diante deste cenário, a Organização das Nações Unidas, buscando combater o crime organizado, estabeleceu a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo. O documento firmado entre os Estados signatários prescreveu, entre outras, normas internacionais de combate ao crime organizado, buscando-se compatibilizá-las com os ordenamentos jurídicos locais.

Assim, para um melhor entendimento acerca deste fenômeno, se fez necessário apresentar sua definição. E, em vista desta problemática, a Convenção de Palermo, almejando a adoção de um conceito uniforme, enumerou alguns elementos para a caracterização dessas organizações:

“Art. 2º Terminologia

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas,

¹ PEREIRA, Flávio Cardoso. **Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 26.

existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;”²

Assim, para entender como se chegou a tal conceituação, descreveremos a seguir evolução do crime organizado no âmbito nacional e mundial, seu conceito e elementos caracterizadores.

2.1 Evolução Histórica do Crime Organizado

A prática criminal organizada remonta a séculos passados, contudo, ainda se faz bastante controverso o surgimento da primeira organização criminosa. Silva³ aponta que, apesar da complexidade que se vê em tal processo, pode-se identificar que a raiz histórica é um traço comum de algumas dessas organizações, as quais tiveram seu início no século XVI e têm em comum sua gênese como movimentos de proteção frente à ineficiência do Estado e às arbitrariedades praticadas por seus membros.

Neste contexto, a Máfia Italiana, a Tríade Chinesa e a Yakuza Japonesa se destacam entre os movimentos criminológicos mais vetustos, com surgimento datados entre os séculos XVI e XVII, tratando-se de fenômenos relevantes tanto em suas origens como no cenário atual.

a) Máfias Italianas

A Itália pode ser considerada o “berço das organizações criminosas”, popularmente conhecida como máfias. Através de seu estudo que se tornou possível a conceituação do que seria uma organização criminosa. Além disso, as leis criadas no país para o combate as máfias serviram de inspiração legislativa ao Brasil.

Salienta-se que a nomenclatura “máfia” consagrou-se somente em 1683, em um Tribunal da Sicília, sendo que, a partir desta época passou a ter um uso comezinho, utilizado para se referir a qualquer tipo de organização criminosa. Sobre

² BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2018

³ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

tamanha influência do modelo italiano nas demais organizações criminosas, Umberto Santino assim acentua:

“Hoje o mercado criminal é complexo, pois as atividades criminosas estão mais articuladas e os grupos cresceram em quantidade. Por conseguinte, é enganoso sustentar que a Máfia ou qualquer outra organização criminosa tenha um monopólio no mundo do crime. Não há uma monarquia (um número um) no crime organizado mundial, mas há muitas repúblicas que diversas vezes interagem e são protagonistas da divisão internacional do trabalho criminal. [...] A mistura entre o ilegal e o legal, o criminal e o institucional, está no coração da história do modelo da Máfia. Ele cresceu e se espalhou independentemente da presença de mafiosos sicilianos ou siciliano-americanos. Não é que a Máfia invadiu o mundo, é o mundo que produziu mais e mais grupos e organizações do tipo Máfia.”⁴ (tradução nossa)

À vista disso, sobre o surgimento das máfias italianas, Tolentino Neto⁵, afirma que durante a Idade Média, mais precisamente na época feudal, ergueu-se, no sul da Itália, um grupo de camponeses, visando implementar uma política fundiária. Ante a impossibilidade de ascensão social, rebelaram-se, iniciando um processo de destruição de plantações e matança de gados. Dessa forma, ao criar uma atmosfera de terror aos senhores feudais, estes eram obrigados a realizar acordos com a Máfia para lograrem proteção e manter suas terras preservadas.

O doutrinador destaca que ao longo da história várias máfias foram surgindo na Itália, cada qual com seu domínio territorial, sendo as mais famosas a *Cosa Nostra*, de origem siciliana, a *Camorra* napolitana e a *N'drangheta*, da região da Calábria.

A *Cosa Nostra*, conhecida pelo confronto com o Estado e seus representantes, surgiu no início dos anos 80, conforme apontam Pelegrini e Costa Júnior⁶, sendo extremamente rigorosa com relação à entrada de novos componentes.

Antes detentora de grande prestígio social, atualmente a *Cosa Nostra* encontra resistência social, seja pelo uso indiscriminado da força, seja pela potência criminal e

⁴ Oggi il mercato criminale è complesso, perché le attività criminali sono più articolate e i gruppi è cresciuto in quantità. È quindi fuorviante per mantenere che la mafia o qualsiasi altra organizzazione criminale ha il monopolio nel mondo del crimine. Non c'è nessuna monarchia (numero uno) nel crimine organizzato di mondo, ma ci sono molte repubbliche più volte interagiscono e sono protagonisti della divisione internazionale del lavoro. [...] La miscela tra l'illegale e legale, istituzionale e criminale, è il cuore della storia della Mafia. Egli crebbe e si sviluppa indipendentemente dalla presenza di mafiosi siciliani o siciliano-americani. Non è che la mafia ha rotto nel mondo è il mondo che ha prodotto sempre più gruppi e organizzazioni di tipo mafioso (SANTINO, Umberto. Mafia and Mafia-type organizations in Italy. In: ALBANESE, J. S.; DAS, D. K.; VERMA, A. **Organized Crime: World Perspectives**. New Jersey: Prentice Hall, 2003, p. 82 e 84)

⁵ TOLENTINO NETO, Francisco, Histórico do Crime Organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coords.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶ PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Criminalidade organizada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 37.

financeira que se tornou, conforme observa Antônio Sérgio Pitombo:

“Na relação com autoridades públicas e na supressão da inércia dos governos, a organização criminosa mostra a força, dada a sua estrutura baseada em hierarquia e disciplina. Hoje, a Cosa Nostra encontra maior resistência da sociedade civil, notadamente em Palermo, onde associações - culturais, inclusive - tentam se mobilizar contra práticas mafiosas antes aceitas pela sociedade.”⁷

Destoando-se da estrutura hierarquizada das máfias italianas, encontra-se a *Camorra*, sendo formada por diversos clãs em decorrência da necessidade de uma estrutura eficiente para gerenciar o contrabando de tabaco. Posteriormente, expandiram a atividade para o tráfico de drogas.

Por fim, temos a *N'drangheta*, considerada, atualmente, a mais poderosa máfia da Itália, com influência internacional. Possui uma estrutura particular, de difícil penetração, uma vez que é formada por laços de sangue, conforme sintetizam Pellegrini e Costa Júnior:

“Cada território tem o seu próprio grupo de famílias mafiosas, que não se submete a autoridades provinciais ou regionais superiores. A família natural do chefe constitui a estrutura da própria quadrilha e funciona como elemento de atração e agregação de outras famílias. O matrimônio configura o instrumento essencial para alargar a influência e o poderio do bando originário. Trata-se de uma "política matrimonial””⁸

Estas organizações delinquenciais, apesar das diferenças apontadas, possuem atuação semelhante em frentes ilícitas como, por exemplo, contrabando, extorsão, tráfico de drogas e lavagem de capitais. Assim, como corolário dessas atividades, passaram a financiar a compra de peças de arte e de instrumentos bélicos, refletindo tal poder na seara política, com a compra de votos e financiamento de campanhas políticas para os candidatos que assegurassem a manutenção de seu poder.

b) Tríades Chinesas

As Tríades Chinesas surgiram no século XVI através da junção de inúmeros perseguidos políticos da Dinastia Ming, os quais se reuniam em sociedades secretas.

⁷ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização criminosa**: nova perspectiva do tipo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 139 e 140.

⁸ PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Criminalidade organizada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 25.

Apesar de não possuir caráter ilícito no início, as Tríades passaram a atuar criminosamente, visando à obtenção de lucro através da comercialização de entorpecentes.

De acordo com recente artigo publicado pela Revista Brasileira de Ciência Sociais, as Tríades Chinesas continuam em expansão, possuindo atuação, ainda que eventual, no Brasil:

“É correto afirmar que há ao menos três bases operacionais principais das tríades, sendo elas Hong Kong, Macau e Taiwan (com fortes indicações de uma quarta, em Cingapura, igualmente importante), com sucursais de atuação no restante dos países dos mares do Sul da China (Tailândia, Indonésia, Vietnã, Malásia, Filipinas e Camboja). Outros países, como os Estados Unidos, Japão, Austrália, Inglaterra, França, Costa Rica e até mesmo o Brasil, eventualmente, também teriam a atuação das tríades, contudo, de forma mais pontual e restrita.”⁹

Salientam, ainda:

“De modo geral, o que diferencia as tríades de outras organizações e sociedades é a sua origem, a qual está baseada na territorialidade ou na posição geográfica específica, na composição étnica (predominantemente chinesa, da etnia Hakka, embora haja outras etnias em menor escala), na simbologia (há fortes elementos confucianos e taoístas), na ritualística esotérica e no *modus operandi* de uma sociedade estruturada por meio de redes de contato, não necessariamente voltadas integralmente ao crime. Aliás, alguns membros das tríades entrevistados gostam de atribuir a si a imagem de defensores de valores tradicionais, culturais e mitológicos do sul da China, o que remeteria a uma identidade nacionalista. Contudo, é difícil dizer o grau desse comprometimento ou se é uma mera retórica para justificar suas atividades.”¹⁰

Nota-se que, para alguns, ainda se faz presente a crença nos objetivos primários, demonstrando, assim, a complexidade sistemática e cultural destes grupos criminosos.

c) *Yakuza*

Por fim, temos a Yakuza, uma organização que possui um código de leis rigoroso, baseado na justiça, lealdade, fidelidade, fraternidade e dever para com a

⁹ PETTA, De Leon. **AS TRÍADES E AS SOCIEDADES SECRETAS NA CHINA**. Entre o mito e a desmistificação. Revista Brasileira de Ciências Sociais. 32 (93): 1-16, 2017. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10749805007>>. Acesso em: 01 de jun. 2018

¹⁰ Ibid.

membros. De acordo com Mendroni¹¹, sua criação se deu em decorrência de uma grave crise que assolou o Japão por volta do ano de 1612, fazendo com que quase meio milhão de samurais ficassem desempregados. Sem alternativas, começaram a se dedicar a prática de crimes patrimoniais.

Apesar de atuar em áreas ilegais, abrangendo desde o tráfico de drogas, como também prostituição, extorsão a empresas japonesas multinacionais, tráfico de imigrantes, jogos de azar e controle do comércio de camelôs, esta organização possui um forte apelo social, uma vez que se utilizam da ajuda humanitária como *marketing* para conquistar a simpatia popular.

2.2 Crime Organizado na Modernidade

O crime organizado na modernidade, encontra suas raízes nos Estados Unidos, entre as décadas de 1920 e 1930, com a *Volstead Act*, conhecida como Lei Seca, que proibia a fabricação e o consumo de álcool naquele país. Surgiram então grupos, conhecido como *gangsters*, os quais passaram a contrabandear bebidas, mediante corrupção das autoridades e chantagens a empresários, evoluindo, com o passar do tempo, para outras atividades, como o jogo ilegal, a prostituição e, por fim, a partir da migração de algumas famílias da *Cosa Nostra* para o território americano na década de 60, o tráfico de entorpecentes.

Todavia, esse tipo de conduta de organizar-se em grupo com o objetivo de cometer atos ilícitos não ficou adstrito a pouco países, passando a alastrar-se por todo o globo. No leste europeu, mais precisamente na Rússia, Na Rússia, podemos citar, por exemplo, a organização criminosa denominada *Vor v zakone*, criada na última década do século XIX, a qual, segundo Silva¹², dedicava-se à prática de diversos crimes como extorsão, tráfico de mulheres, corrupção, desvio de dinheiro público e roubos.

O mesmo autor remete as origens do crime organizado na América do Sul ao século XVI, quando colonizadores espanhóis passaram a cultivar e explorar a coca a partir da mão de obra indígena na Bolívia e no Peru. A partir do momento em que os

¹¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹² SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

agricultores locais conseguiram dominar a técnica de refinamento da cocaína, os produtores dessa substância resolveram expandir comércio para a Colômbia. Dessa forma, começaram a surgir grupos organizados nessa região, dando origem aos poderosos e violentos Cartéis Colombianos, situados principalmente nas cidades de Medellín e Cali.

Uma característica interessante que se observa nessas organizações criminosas é que “para conquistar o apoio popular, os Cartéis Colombianos utilizam parte do dinheiro, fruto dos seus negócios, e investem em melhorias públicas para sua comunidade, agindo como um Estado”¹³. Verifica-se uma ligação, ainda que tênue, com as máfias italianas e, até mesmo, a Yakuza japonesa, que se utilizaram do poderio econômico para buscar o clamor popular, a fim de justificarem seus atos.

Por derradeiro, durante os últimos anos, tivemos uma ascensão das ações terroristas por diversos grupos, causando temor em várias regiões do mundo, e se firmando, para muitos, como “a grande ameaça do século XXI”. Assim, justamente por essa ascensão, muito se discute a respeito do terrorismo como sendo uma vertente do crime organizado. Silva¹⁴ e Silva Júnior¹⁵ são defensores dessa ideia, pois, segundo esses doutrinadores, apesar de sua forte conotação ideológica, os grupos terroristas possuem uma estrutura hierarquizada, com chefia, núcleos de recrutamento, inteligência, logística e planejamento de operações, características essas atribuídas à criminalidade organizada.

Todavia, Fabrício Vergueiro, discorda de tal posicionamento, uma vez que, embora possuam algumas semelhanças, o terrorismo e o crime organizado têm causas e objetivos diferentes, exigindo formas de combate diferenciadas. O doutrinador, citando Cheriff Bassiouni, traça as seguintes comparações:

- “I - Por definição, o crime organizado, ao contrário do terrorismo, não poder ser cometido individualmente, até porque todos os crimes desta categoria são de natureza coletiva;
- II - O crime organizado é quase sempre comprometido com o lucro, ainda que, como o terrorismo, possa buscar acesso ao poder. Enquanto o terrorismo, pelo contrário, é sempre cometido por uma finalidade de poder, apesar de seus agentes, eventualmente, recorrerem a crimes, visando a angariar recursos financeiros;

¹³ TOLENTINO NETO, Francisco, Histórico do Crime Organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coords.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

¹⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁵ SILVA JUNIOR, Gaspar Pereira da. **Facção Criminosa**. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coords.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012

III - Grande parte das atividades da criminalidade organizada é de natureza consensual, como o comércio de drogas, e não depende de um efeito aterrorizante, embora possa utilizar-se de violência para inspirar medo nas vítimas de extorsão, aos concorrentes, ou para resistir às forças de segurança;

IV - As quadrilhas de crime organizado podem ser grandes ou pequenas, com ou sem ligações internacionais, ou permanecer “nas sombras”, procurando evitar atenções. Já os grupos terroristas almejam permanecer em evidência para que suas ideias e objetivos sejam conhecidos, podendo ainda atuar contra o Estado ou como sustentáculo de uma política repressiva estatal.”¹⁶

Apesar das divergências doutrinárias, torna-se inegável o fato de que o crime organizado conseguiu ampliar de forma gigantesca a sua atuação, se valendo de falhas da estrutura sistemática estatal para a prática de delitos. E, como consequência desta ampliação, aliada a desigualdade e problemas sociais latentes, o Brasil se tornou um dos países com os maiores índices de facções criminosas do mundo.

2.3 Crime Organizado no Brasil

No Brasil, segundo Scarance¹⁷, a origem do crime organizado decorreu da atuação do movimento denominado “cangaço”, grupo dirigido por Virgulino Ferreira da Silva, vulgo “Lampião”, com atuação no sertão nordestino entre o final do século XIX e início do século XX. O grupo possuía uma formação estruturada, organizada de forma hierarquizada visando à prática de extorsões, sequestros e saques.

Posteriormente, no começo do século XX, surgiram os primeiros indícios da prática contravencional denominada jogo do bicho, identificada por Silva¹⁸ como a primeira infração penal organizada. O autor relata que a referida contravenção surgiu de um jogo de azar criado por Barão Drumond que tinha o objetivo de arrecadar dinheiro para o jardim zoológico do estado do Rio de Janeiro. Mais tarde, o jogo passou a ser explorado por grupos organizados, mediante a corrupção de policiais e políticos.

Todavia, atualmente as organizações de maior atuação no cenário nacional são aquelas que emergiram nas penitenciárias de todo Brasil em meados da década de

¹⁶ VERGUEIRO, Fabrício. **Terrorismo e crime organizado têm objetivo e causa distintos**. Consultor Jurídico, São Paulo, 22 mai. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mai22/terrorismo_crime_organizado_objetivos_diferentes>. Acesso em: 01 jun. 2018.

¹⁷ SCARANCE, Antônio Fernandes. **Crime organizado e legislação brasileira**. Revista Justiça Penal, n. 3, São Paulo: RT, 1995, p. 71.

¹⁸ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

1970. Com relação ao surgimento dessas organizações, Gaspar Pereira da Silva Junior observa o seguinte:

“A omissão do Estado e a ausência de políticas públicas sérias, capazes de suprir as necessidades de sua população carcerária, foram os principais responsáveis pelo aumento da criminalidade e pelo nascimento das principais facções criminosas que atuam no país.”¹⁹

Neste ponto, é necessário frisar que, inequivocamente, é inerente ao sistema prisional pátrio favorecer de todas as maneiras uma maior estruturação e manutenção dos grupos organizados em seu interior. A precária atuação das autoridades permitiu que os “chefes” das aludidas organizações constatassem esse vácuo de poder administrativo para se aproveitarem e praticarem delitos. Ademais, esses referidos “chefes” se aproveitaram das fragilidades de nosso sistema penitenciário para ofertar auxílios materiais a outros detentos, no interior e fora das prisões, bem como a seus familiares, implementando um elo de dependência do detento para com a organização delinquencial.

Salienta-se, ainda, que nossa política criminal, bem como as medidas de caráter administrativo, propulsaram ainda mais o surgimento e a sistematização do crime organizado em nosso sistema penitenciário.

Corroborando o exposto acima, diz André Luiz Callegari que:

“A tendência da política criminal atualmente é no sentido de superar o modelo de garantias penais e processuais penais, adquiridas após anos de muito debate e esforço, e substituí-lo por outro de segurança do cidadão ou, ao menos que demonstre esta suposta segurança. Isso pode ser visto claramente nos discursos dos políticos e nos debates sobre segurança pública. Também se revela na hora da aprovação de novas leis penais imbuídas de caráter repressivo com supressão de garantias ou ampliação das condutas típicas. Dito de outro modo, a revelação dessa nova legislação muitas vezes de imediato não demonstra este viés, porém, nunca se viu uma abertura tão grande nos tipos penais, onde o princípio da taxatividade que norteava o Direito Penal foi olvidado.”²⁰

Por conseguinte, ao constatar o poder e a influência que estavam alcançando, essas facções expandiram suas atuações, intensificando a criminalidade através de sequestros, assaltos a banco e, principalmente, do tráfico de drogas.

¹⁹ SILVA JUNIOR, Gaspar Pereira da. Facção criminosa. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

²⁰ André Luís Callegari *et al.* **Crime organizado – Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo, Brasil, Espanha e Colômbia**. Livraria do advogado: Rio Grande do Sul, 2008, p.12

Nesse sentido, a primeira grande organização criminosa a ser estudada é o Comando Vermelho (CV), o qual, segundo Tolentino Neto²¹, foi criado a partir da organização criminosa Falange Vermelha, no interior do presídio Cândido Mendes no ano 1979. Essa facção utiliza táticas de guerrilha urbana inspiradas em grupos de esquerda armada, além de aproveitar-se da omissão do Estado nas favelas cariocas e desenvolver políticas de benfeitorias para os moradores dos morros. Sobre isso, Roberto Porto tece as seguintes considerações:

“O Comando Vermelho aplica parte da renda da venda de drogas em melhorias para a comunidade, como a construção de rede de esgotos e segurança, o que a polícia nunca deu. Assim, membros do Comando Vermelho chegaram a conquistar apoio popular, a ponto de alguns integrantes serem considerados verdadeiras celebridades do crime.”²²

Por consequência, diante da ineficácia do Governo, a facção recruta, com facilidade, novos membros para sua organização, visto que conquistou o respeito da comunidade, bem como sua fidelidade e seu silêncio. Ao utilizar-se das mesmas estratégias dos cartéis colombianos, de aplicar parte da renda da venda de drogas em melhorias para a comunidade, surgiu uma das parcerias mais conhecidas dessa organização, baseando-se no comércio de entorpecentes e contrabando de armas com a Máfia Colombiana.

Outra grande organização criminosa no Brasil, considerada a maior atualmente, é o Primeiro Comando da Capital (PCC), criado em 1993, na Casa de Custódia e Tratamento Doutor Arnaldo Amado Ferreira de Taubaté, o chamado Piranhão. Inicialmente, Primeiro Comando da Capital era o nome de um time de futebol que disputava um torneio interno e que, na final, resolveu acertar suas desavenças com dois integrantes de times rivais.

Somente no ano de 2002 que o PCC ficou conhecido da população, após liderar um dos maiores movimentos no país, organizando várias rebeliões ao mesmo tempo em presídios diversos. Um fator que chama atenção nesta organização, é o objetivo apontado como escopo, qual seja, mudar a prática carcerária desumana. E, apesar de distorcer de seus objetivos denotados, devido a transferências de presos do PCC

²¹ TOLENTINO NETO, Francisco, Histórico do Crime Organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coords.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

²² PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 87.

para outros presídios, a organização conseguiu se expandir ainda mais, consolidando alianças e conseguindo, assim, a estrutura nacional que possui atualmente.

Mais recentemente, outra facção tomou os noticiários nacionais e internacionais, ao protagonizar o massacre do Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus. Trata-se da Família do Norte (FDN), terceira maior organização criminosa do Brasil, com área de atuação nos presídios do norte do país. Após degolarem lideranças do PCC em presídios de seu comando, iniciou-se uma verdadeira guerra entre as facções, culminando com dezenas de mortos e o nome da FDN como uma das mais violentas do Brasil.

Assim, a partir de uma análise apurada, notam-se traços comuns nas origens das organizações criminosas que predominam em nosso país, colocando em questionamento a eficácia de nosso sistema prisional e penal como um todo. A conjugação dos fatores expostos acima, aliados à falta de segurança das prisões, à ociosidade dos presos, aos problemas na infraestrutura para que os apenados cumpram suas penas, dentre outros fatores negativos, transforma os presídios em verdadeiras fábricas de facções criminosas.

Todavia, a abrangência desse tipo de atividade não se limita a atuação em presídios, sendo que outra modalidade que vem ganhando destaque em nosso país são as organizações ligadas aos chamados “crimes de colarinho branco”, efetuando desvio de grandes quantias de dinheiro público. Essa forma de organização criminosa se diferencia das demais por ser praticada sem violência, o que acaba por passar despercebida aos olhos da população.

Silva destaca o particular histórico desse tipo de crime no cenário brasileiro:

“Trata-se do desvio de vultosas quantias de dinheiro dos cofres públicos para contas particulares abertas em paraísos fiscais localizados no exterior, envolvendo quase todos os escalões dos três Poderes do Estado, do qual resultou a cassação de um Presidente da República no ano de 1992, a renúncia anos depois de alguns Deputados da Câmara Federal que manipulavam verbas públicas, conhecidos como “anões do orçamento”, a cassação de um Senador da República e a prisão do presidente do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, investigados por suposto superfaturamento na construção da sede deste tribunal.”²³

Atualmente, o Brasil encontra-se em uma operação para dismantelar a organização criminosa responsável pelo maior esquema de corrupção e lavagem de

²³ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

dinheiro já registrado. O nome do caso, “Lava Jato”, decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. Conforme informações do Ministério Público Federal²⁴, estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, esteja na casa de bilhões de reais.

A investigação iniciou-se por meio de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, sendo que, a partir daí, recolheram-se provas de um esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras. Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartéis pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos.

Nessa perspectiva, ressalta-se a importância da Lei n.º 12.850/2013, uma vez que, graças aos mecanismos previstos na nova lei, muitas pessoas foram investigadas e denunciadas pela prática de crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e participação em organização criminosa.

2.4 Conceituação de Crime Organizado

Por se tratar de um fenômeno complexo e variável, o conceito de crime organizado ainda é uma questão bastante controversa, dada a dificuldade de se encontrar um conceito unívoco que abarque todas suas peculiaridades. Ademais, esse tipo de criminalidade está em constante mudança, buscando não somente formas mais lucrativas de atuação, mas também escapar da persecução penal.

Alberto Silva Franco leciona que:

“[...] o crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base em estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentes e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inercial ou fragilizar os Poderes do próprio Estado.”²⁵

²⁴ Ministério Público Federal. **Entenda o Caso “Lava Jato”**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>> Acessado em: 01 jun. 2018

²⁵ FRANCO, Alberto Silva, 1994 apud LEVORIN, Marco Polo. Fenomenologia das associações ilícitas. In: 19

Neste contexto, o sociólogo Guaracy Mingardi citado por Wilson Lavorenti e José Geraldo da Silva, entende:

“O crime organizado caracteriza-se pela previsão de lucros, hierarquia, planejamento empresarial, divisão de trabalho, simbiose com o Estado, pautas de conduta estabelecida em códigos, procedimentos rígidos e divisão territorial. Configura um verdadeiro e próprio poder criminal em concorrência ou em substituição aos poderes legais do Estado.”²⁶

Nota-se que inexistente um conceito único que consiga abranger toda a complexidade deste fenômeno criminológico. Todavia, existe um consenso na doutrina em relação a algumas características que são comuns à essas organizações. Nesse sentido, a professora Ana Flávia Messa²⁷ enumera algumas dessas características, como sendo: complexidade estrutural; divisão orgânica hierárquica; divisão funcional; divisão territorial; estreitas ligações com o poder estatal; atos de violência; intuito do lucro ilícito; poder econômico elevado; capacitação funcional; alto poder de intimidação; capacidade de fraudes diversas; clandestinidade; caráter transnacional; modernidade; danosidade social de alto vulto; estabilidade; planejamento sofisticado e impessoalidade. Por óbvio, nem todas as organizações gozarão das características acima listadas em sua integralidade, contudo, ao traçar pontos em comum, o entendimento a respeito desse fenômeno se faz mais cognoscível.

Por sua vez, o autor Marcelo Batlouni Mendroni, em busca de entender melhor as características e configurações das organizações, apontou quatro formas básicas, as quais se dividem em:

- (a) Tradicionais: são aquelas do tipo mafiosas;
- (b) Rede: possuem como característica basilar a globalização e aproveitam das oportunidades que surgem em cada setor e local, se diluindo conforme vão atingido os seus objetivos.
- (c) Empresariais: são aquelas em que os empresários se aproveitam da própria estrutura hierárquica da empresa, para cometerem crimes fiscais, ambientais, entre outros

MESSA, Ana Flávia e CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (coord.). **Crime Organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32 e 33.

²⁶ MINGARDI, 1994 apud LAVORENTI, Wilson. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Brookseller, 2000, p. 19

²⁷ MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). **Crime Organizado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99 e 100.

(d) Endógenas: são as que atuam dentro do próprio Estado, em todas as suas esferas, sendo formada principalmente por políticos e agentes públicos.

Independente da definição empregada, nota-se que as organizações criminosas se aproveitam da omissão do aparelho do Estado, tornando-se verdadeiras ameaças às instituições democráticas. Dentro deste contexto, chegamos a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, citada anteriormente, a qual foi uma das ferramentas mais importantes no combate internacional ao crime organizado.

Nessa lógica, a Convenção de Palermo objetivando unificar a terminologia de crime organizado trouxe a seguinte redação:

“Artigo 1º - O objetivo da presente Convenção consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.

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

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;

c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada [...]" ²⁸

Se perfazendo deste conceito, o Brasil ratificou a Convenção de Palermo por meio do Decreto n.º 5.015/2004, integralizando-o ao ordenamento jurídico brasileiro e moldando sua legislação com base nos preceitos estabelecidos.

²⁸ BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 01 jun. 2018

3 TRATAMENTO DADO PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA – LEI N.º 12.850/2013

Conforme abordado, o crime organizado vem ascendendo de forma desenfreada, manifestando-se, cada vez mais, nas entranhas da sociedade brasileira. Com a globalização e o consequente surgimento da macro criminalidade, que passou a apresentar-se de forma estruturada, o direito penal e processual, que antes atentava apenas para o criminoso individual, teve que se adaptar à nova realidade.

Desse modo, o legislador brasileiro se viu na busca por mecanismos para mudar esse quadro, sendo que, durante as últimas décadas, a legislação brasileira esforçou-se em buscar soluções contra o crime organizado. E, foi nessa perspectiva, que chegamos à nova Lei de Organizações Criminosas, a qual trouxe inovações, passando a detalhar os conceitos dos instrumentos investigatórios e seus procedimentos.

Todavia, antes de adentrarmos no estudo da atual lei de combate às organizações criminosas, é mister destacar o surgimento e os pontos relevantes das principais normas que existiram em nosso ordenamento jurídico sobre organizações criminosas antes do advento da nova legislação.

3.1 Evolução Legislativa

O primeiro passo dado em nosso ordenamento jurídico em relação ao crime organizado, ainda que de forma genérica, foi o Código Penal de 1940, promulgado pelo Decreto-Lei n.º 2.848/1940. Ele utilizou-se dos termos “associação”, “bando” e “quadrilha” para se referir aos crimes cometidos por mais de um indivíduo, de forma conjunta, não se confundindo com o instituto do concurso de pessoas, disposto no artigo 29 do Código Penal²⁹.

O artigo 288 assim conceituava os termos quadrilha ou bando:

“Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

²⁹ “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” (BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2018.)

Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.”³⁰

Este instituto também servia como qualificadora do crime de roubo e extorsão. Dessa forma, caso um indivíduo se associasse com três ou mais pessoas, no intuito de cometer os referidos crimes, sofreria um aumento de pena.

Adiante, em 1971, a Lei n.º 5.726 inseriu no ordenamento jurídico um novo tipo penal: quadrilha ou bando para o tráfico. Com o advento dessa lei, a quadrilha ou bando, que até então era um conceito em aberto, passou a delimitar crimes específicos em seu enquadramento. Tal fator se deu em decorrência do aumento do tráfico de drogas no país, gerando dependência química em um número maior de pessoas, e fazendo com que os indivíduos cometessem crimes como roubos e furtos para sustentar seus vícios. Como consequência, o tipo penal quadrilha ou bando para o tráfico teve uma imposição de pena de reclusão mais rígida do que sua modalidade simples.

Entretanto, a Lei n.º 5.726 acabou sendo revogada pela Lei nº 6.368, tendo em vista a necessidade de o Brasil adotar medidas mais eficientes no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes. Além de diferenciar aqueles que comercializam a droga daqueles que a consomem, houve uma expansão quanto a incidência da Lei nº 6.368/1976, uma vez que ampliou as hipóteses já previstas no tipo penal de associação para o tráfico.

Posteriormente, também tivemos a promulgação da Lei n.º 8.072/1990, também chamada de Lei dos Crimes Hediondos, a qual preenchendo uma lacuna deixada pela Constituição Brasileira de 1988, definiu legalmente os crimes considerados hediondos, incluindo, entre eles, a extorsão mediante sequestro na forma qualificada pelo bando ou quadrilha.

Até então, o crime organizado, conceitualmente falando, encontrava-se em uma zona obscura, em virtude da carência de uma definição objetiva prevista em lei, delineando-o como tipo penal. Encontrava-se enquadrado na disposição constitucional do artigo 5º, inciso XXXIX, que preconiza que “não há crime sem lei

³⁰ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” ³¹.

Destarte, em 1989 houve o primeiro Projeto de Lei relacionado ao tema, o Projeto de Lei n.º 3.516, tendo como norte tratar da criminalidade e das formas de combatê-la. O projeto foi o primeiro a conceituar organização criminosa, no seu artigo 2º, disposto como “aquela que, por suas características demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional”. Todavia, após modificações a redação final seguiu os seguintes termos: “Art. 2º Considera-se crime organizado o conjunto dos atos delituosos que decorram ou resultem das atividades de quadrilha ou bando, definidos no par. 1 art. 288 do Decreto-Lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”.

Assim, em 1995, promulgou-se a Lei n.º 9.034, sendo a primeira manifestação do Poder Legislativo no sentido de dar um tratamento diferenciado a esse tipo de crime. Entretanto, esta Lei foi bastante criticada em virtude da evidente lacuna normativa ao não prever um conceito bem delimitado de organização criminosa.

Nesse sentido, destaca-se a crítica do professor Francisco Tolentino Neto:

“Resta clara a intenção do legislador em criar um novo tipo penal, a “organização criminosa”. No entanto, sua omissão conceitual deixa a cargo do intérprete do direito a fixação dos limites de entendimento sobre essa modalidade delituosa. Com efeito, abre-se espaço para a ocorrência de deliberações, uma vez que não há definido elementos fundamentais para a identificação do tipo, nem mesmo a condutas passíveis de punição por constituírem essa modalidade.” ³²

Apesar de sua ementa dispor sobre “*a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas*”, o artigo 1º fazia menção as ações de quadrilha ou bando, tornando clara a contradição existente. Tal situação provocou o surgimento de duas correntes doutrinárias acerca da definição do que seriam as “organizações criminosas”.

A primeira entendia que quadrilha ou bando seria sinônimo de organização criminosa, dessa forma, a Lei n.º 9.034/95 estaria abrangida pelo tipo penal previsto no artigo 288 do Código Penal, não havendo qualquer distinção acerca da sofisticação e complexidade desse agrupamento de agentes.³³

³¹ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jun. de 2018.

³² TOLENTINO NETO, Francisco. Histórico do Crime Organizado. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). **Crime Organizado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

³³ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis**

Por seu turno, a segunda corrente defendia que a complexidade e a sofisticação da atuação de uma organização criminosa era um de seus elementos essenciais. Dessa forma, o conceito de organização criminosa extrapolava aquele de quadrilha ou bando, reconhecendo a omissão do legislador em diferenciá-los. Todavia, o primeiro posicionamento prevaleceu uma vez que a falta de especificidade fez com que se entendesse que organização criminosa e quadrilha ou bando seriam expressões sinônimas.³⁴

Nesse sentido, temos os ensinamentos de Fernando Capez:

“A Lei n. 9.034/95, em seu texto original, regulava apenas os meios de prova e procedimentos investigatórios que versassem sobre quadrilha ou bando, sem mencionar organizações criminosas. Existia, portanto, um descompasso entre o enunciado, que colocava como objeto da regulamentação legal as organizações criminosas, e a redação restritiva do art. 1º, que falava apenas em crime praticado por quadrilha ou bando. Ficava a dúvida: afinal de contas, a lei se refere à quadrilha ou ao bando, conforme em seu art. 1º, ou às organizações criminosas, mencionadas no enunciado? Surgiram, então, duas posições:

- a) organização criminosas é sinônimo de quadrilha ou bando, delito enfocado pela legislação em tela;
- b) organização criminosa é mais do que quadrilha ou bando, ou seja, constitui-se de quadrilha ou bando mais alguma coisa (que a lei não disse o que é).”³⁵

Colaciona-se, ademais, os apontamentos dados por Scarance, ao analisar o artigo 1º da Lei n.º 9.034/95:

“É ao mesmo tempo ampliativa e restritiva. Abrange crimes que, pelo simples fato de serem resultantes de bando ou quadrilha, serão 'crimes organizados', e que, na realidade, podem representar pequena ofensa social, não merecendo especial preocupação. Mas o preceito também restringe, pois em certos casos, os delitos praticados por determinadas pessoas poderiam se caracterizar como 'crimes organizados', e, por estarem desvinculados de bando ou quadrilha, ficarão fora da órbita da lei.”³⁶

Posteriormente, a Lei n.º 10.217/01 alterou o artigo 1º da Lei n.º 9.034/95,

n. 12.694/2012 e 12.850/13. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26108/o-conflito-conceitual-de-organizacao-criminosa-nas-leis-n-12-694-12-e-12-850-13>> Acesso em: 01 de jun. 2018.

³⁴ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis n. 12.694/2012 e 12.850/13**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26108/o-conflito-conceitual-de-organizacao-criminosa-nas-leis-n-12-694-12-e-12-850-13>> Acesso em: 01 de jun. 2018.

³⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: legislação penal especial, volume 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 264 e 265.

³⁶ SCARANCE, Antônio Fernandes. **Crime organizado e legislação brasileira**. Revista Justiça Penal, n. 3, São Paulo: RT, 1995, p. 38.

distinguindo, então, os delitos de organização criminosa dos delitos de quadrilha ou bando. Estabeleceu, ainda, que os meios extraordinários de obtenção de provas poderiam ser aplicados em ambos.

No mais, a ausência conceitual de organização criminosa persistiu, ensejando-se, novamente, diversas posições doutrinárias. Tal omissão gerava insegurança jurídica, ainda mais em havendo a citação da expressão em algumas passagens do ordenamento jurídico, sem receber a devida definição legal.

E foi nesse contexto que a Convenção de Palermo, incorporada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n.º 5.015/04, definiu o conceito de organização criminosa. Assim, o artigo 2 do Decreto 5.015/04 define a terminologia de grupo criminoso organizado, nos seguintes termos:

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

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;

c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada [...]" ³⁷

Todavia, alguns autores entendiam que, como se tratava de tratado internacional, não poderia definir crimes e penas no âmbito do direito interno. Não obstante, um tratado internacional somente detém *jus puniendi* no plano do direito internacional, não podendo estabelecer tipos penais e sanções do Direito Penal brasileiro. E foi esse o posicionamento do Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento do Habeas Corpus n.º 96.007-SP, que assim votou:

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Observem a denúncia formalizada pelo Ministério Público. Aos pacientes e corréus foi imputada a prática de lavagem de dinheiro, fazendo-se alusão ao inciso VII do artigo 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Para tanto, sob o ângulo da organização criminosa, a peça primeira da ação penal remete ao fato de

³⁷ BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 01 jun. 2018

o Brasil, mediante o Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, haver ratificado a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Eis a definição de crime organizado dela constante:

“Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) ‘Grupo criminoso organizado’ - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;”

Alude-se ainda ao que seria a prática de estelionatos e de fraude pela organização criminosa. Conforme decorre da Lei nº 9.613/98, o crime de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente de crimes depende do enquadramento, quanto a estes, em um dos previstos nos diversos incisos do artigo 1º. É certo que o evocado na denúncia – VII - versa crime cometido por organização criminosa. Então, a partir da óptica de haver a definição desse crime mediante o acatamento à citada Convenção das Nações Unidas, diz-se compreendida a espécie na autorização normativa.

A visão mostra-se discrepante da premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Federal. Vale dizer que a concepção de crime, segundo o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, pressupõe não só encontrar-se a tipologia prevista em norma legal, como também ter-se, em relação a ela, pena a alcançar aquele que o cometa. Conjugam-se os dois períodos do inciso XXXIX em comento para dizer-se que, sem a definição da conduta e a apenação, não há prática criminosa glosada penalmente.

Por isso, a melhor doutrina sustenta que, no Brasil, ainda não compõe a ordem jurídica previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa. Vale frisar que, no rol exaustivo do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, não consta sequer menção ao de quadrilha, muito menos ao de estelionato, cuja base é a fraude. Em síntese, potencializa-se, a mais não poder, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado para pretender-se a persecução criminal no tocante à lavagem ou ocultação de bens sem ter-se o crime antecedente passível de vir a ser empolgado para tal fim. Indago: qual o crime, como determina o inciso XXXIX do artigo 5º da Carta da República, cometido pelos acusados se, quanto à organização criminosa, a norma faz-se incompleta, não surtindo efeitos jurídicos sob o ângulo do que requer a cabeça do artigo 1º da mencionada lei, ou seja, o cometimento de um crime para chegar-se à formulação de denúncia considerada prática, esta sim, no que completa, com os elementos próprios a tê-la como criminosa, em termos de elementos de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores?

Nota-se, em última análise, que, não cabendo a propositura da ação sob o aspecto da Lei nº 9.613/98, presente o crime de estelionato, evocou-se como algo concreto, efetivo, o que hoje, no cenário nacional, por falta de previsão quanto à pena - fosse insuficiente inexistir lei no sentido formal e material -, não se entende como ato glosado penalmente — a organização criminosa do modo como definida na Convenção das Nações Unidas. Não é demais salientar que, mesmo versasse a Convenção as balizas referentes à pena, não se poderia, repito, sem lei em sentido formal e material como exigido pela Constituição Federal, cogitar-se de tipologia a ser observada no Brasil. A introdução da Convenção ocorreu por meio de simples decreto!

A não se entender dessa forma, o que previsto no inciso em comento passa a ser figura totalmente aberta, esvaziando o caráter exaustivo do rol das práticas que, fazendo surgir em patrimônio um dos bens mencionados, conduzem, estas sim, porque glosadas no campo penal, à configuração da lavagem definida. Toda e qualquer prática poderá ser tomada como a configurar crime, bastando que se tenha o que definido na Convenção como organização criminosa e que se aproxima de quadrilha nela não prevista.

Concedo a ordem para trancar a ação penal. Estendo-a aos demais réus, a saber: Leonardo Abbud, Antonio Carlos Ayres Abbud e Ricardo Abbud. É como voto na espécie.”³⁸

Por sua vez, com a promulgação da Lei n.º 12.694/12, surge a primeira definição de organização criminosa em seu artigo 2º, fruto do conceito estabelecido na Convenção de Palermo, com algumas alterações sutis, conforme apontado por Rogério Sanches:

- “1. É imprescindível a reunião sólida (quanto a estrutura) de um número plural de pessoas
2. A caracterização da organização criminosa depende da existência de hierarquia e divisão de funções.
3. A finalidade da organização deve ser a obtenção de vantagem (não necessariamente econômica)
4. Percebe-se que, no Brasil, a organização criminosa não precisa ter, obrigatoriamente, caráter transnacional. Se nacional, depende da prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 anos; se transnacional, essa restrição objetiva desaparece.
5. Não se confunde com quadrilha ou bando.”³⁹

A referida lei trata do processo e julgamento colegiado em primeiro grau dos crimes praticados por organização criminosa, quando houver risco à integridade física do juiz natural da causa por fatos praticados pela organização. Cumpre salientar que a Lei n.º 12.694/2012 não caracterizou organização criminosa como um delito, passível de sanção, somente apresentou uma definição legal necessária para aplicação de outros institutos. Um ano depois, chegamos a Lei n.º 12.850/2013, em vigência e objeto de estudo do presente trabalho.

Diante desse breve resgate histórico, pode-se concluir que a figura da organização criminosa, no ordenamento jurídico brasileiro, perpassou por um profundo e tormentoso déficit estrutural até chegar na Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013.

3.2 A Nova Lei de Organizações Criminosas – Lei n.º 12.850/13

Em 02 de agosto de 2013 foi promulgada a Lei n.º 12.850 que, conforme dispõe em sua ementa, "define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal,

³⁸ STF, HC 96.007-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/06/2012

³⁹ CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 12.694/12: breves comentários**. Disponível em: <<https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814961/lei-12694-12-breves-comentarios>> Acesso em: 01 de jun. 2018.

os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.”. Assim, nota-se que o legislador não trouxe somente uma nova definição de organização criminosa, mas também de criou uma normatização, tipificando o crime e seus institutos, e definindo meios de combate e repressão a esses grupos delinquentes.

Cabe destacar algumas observações concernentes a aplicação desta Lei, como o fato de ela não ter revogado a Lei n.º 12.694/12, sendo que o conceito ofertado pela Lei n.º 12.850 prevalece sobre o seu antecessor. Outro ponto que merece destaque é referente a distinção feita entre os termos “organização criminosa” e “associação criminosa”, dando uma nova redação ao artigo 288 do Código Penal, que atualmente assenta:

“Associação Criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.”⁴⁰

Por fim, antes de adentrarmos nos elementos trazidos pela nova Lei ao tratar da organização criminosa, cumpre destacar o artigo 2º da referida lei, que criminalizou as condutas relacionadas ao crime organizado, tratando, também, das causas de equiparação, agravamento e aumento da pena, bem como as medidas as serem adotadas em caso de envolvimento de funcionário público e policiais.

Nota-se, portanto, um maior rigor apresentado a figura da organização criminosa, na medida que a lei buscou abarcar não só sua conceituação, mas métodos de combate e peculiaridades, demonstrando uma maior preocupação do legislador em diferenciar e punir esse tipo de crime.

a) Elementos

A nova definição para organização criminosa se encontra no § 1º, do artigo 1º

⁴⁰ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

da Lei n.º 12.850/13:

“Art. 1º [...]

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”⁴¹

Assim, de acordo com Mendroni⁴², o conceito proposto pelo artigo 1º, §1º da Lei n.º 12.850/2013 possui os seguintes elementos: (i) associação de quatro ou mais pessoas; (ii) estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas; (iii) objetivo de manter direta ou indiretamente vantagem de qualquer natureza e; (iv) prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos ou de caráter transnacional.

O primeiro elemento trata da quantidade de pessoas para a configuração de uma organização criminosa. Ressalta-se que essa associação de quatro ou mais pessoas deverá ser estável ou permanente. Sobre o tema, Mendroni assevera que:

“A reunião de três pessoas não pode, em nenhuma hipótese, se configurar como organização criminosa, tanto pela dificuldade de operacionalização que teriam, como também pelo preenchimento dos demais requisitos do próprio tipo.”⁴³

Por outro lado, Nucci⁴⁴ preleciona que o número de pessoas a caracterizar o crime organizado não passa de mera política criminal, sendo variável e discutível, citando o crime de associação de duas ou mais pessoas a fim de praticarem crimes de tráfico de drogas⁴⁵, disposto na Lei n.º 11.343/06.

Sobre o computo dos membros, mais especificamente sobre a possibilidade do

⁴¹ BRASIL. **Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

⁴² MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2.

⁴⁵ “Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.” BRASIL. **Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

agente infiltrado incidir em tal numerário, ainda há divergências doutrinárias. Para Greco⁴⁶, havendo certeza da existência dos demais membros, ainda que não identificados, é possível considerar o agente infiltrado dentro do número mínimo exigido pela lei. Por seu turno, Cunha e Pinto⁴⁷, defendem que o policial infiltrado não deve ser contabilizado, pois ele não age com o *animus* associativo, pelo contrário, está lá para dismantelar a sociedade criminosa.

No tocante à estrutura, Nucci⁴⁸ afirma que é necessário haver um conjunto de pessoas estabelecido de forma ordenada, com algum tipo de hierarquia no cenário da ilicitude, sendo que naturalmente haverá uma divisão de tarefas. Conforme suas ideias, a divisão de tarefas é um resultado natural dentro de uma organização, de modo que cada membro tenha uma tarefa individualizada, respondendo por seu posto.

Silva⁴⁹ afirma que é necessário que haja uma estrutura mínima para o funcionamento da organização, devendo esta diferir de um bando desordenado, sem nenhum comando, por isso a figura de um chefe que comande a organização se faz necessária, eis que ele fará a divisão de tarefas e planejará a execução dos crimes.

No que concerne o objetivo, Bitencourt e Busato assim entendem:

“A vantagem econômica não precisa ser necessariamente de natureza econômica. Na verdade, o legislador preferiu adotar a locução vantagem de qualquer natureza, sem adjetivá-la, provavelmente, para não restringir seu alcance”⁵⁰

Em contrapartida, Nucci⁵¹ aponta a falta de especificação quanto à ilicitude da conduta praticada pelos agentes como um ponto que causou estranheza na Lei, uma vez que não faria sentido algum o crime organizado buscar uma meta lícita, afinal, o meio para alcançar os proveitos é a prática de infração penal, o que demonstra, logicamente, a ilicitude da vantagem auferida. O autor destaca, ainda, que essa vantagem pode ser auferida de maneira direta ou indireta, salientando que existem outras formas de vantagem, como, por exemplo, a conquista/manutenção de poder e

⁴⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – parte especial. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2014. v 4., p. 128.

⁴⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado** - comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei 12.850/2013. Bahia: Jus Podivm. 2013, p. 79 e 80.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2.

⁴⁹ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34.

⁵¹ Ibid.

ascensão de cargos.

Por derradeiro, quanto ao estabelecimento de um patamar mínimo para as penas que configuram o crime, Silva⁵² destaca que o legislador quis expressar a gravidade desse crime, considerando a existência do crime de associação criminosa, previsto no artigo 288 do Código Penal, para os delitos com penas iguais ou inferiores a quatro anos.

Nesse ponto, cabe destacar que a referida lei estabeleceu a possibilidade da organização criminosa praticar infrações penais, ou seja, é possível que o grupo se dedique a prática tanto de crimes como também de contravenções penais.

Nucci⁵³, por outro lado, critica tal limitação, alegando que não há sentido em limitar a abrangência de crimes, principalmente levando em consideração que muitas infrações penais conhecidas por serem praticadas por organizações, como jogos de azar ou furtos simples, não poderão ser abarcadas pela referida lei.

b) Aplicabilidade Estendida

Merece destaque o §2º do artigo 1º, que assim dispõe:

“Art. 1º. [...]

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.”⁵⁴

Referido dispositivo estende a aplicação da Lei n.º 12.850/2013, todavia, Gomes e Silva⁵⁵ lecionam que os casos tratados no §2º não seriam organizações

⁵² SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2.

⁵⁴ BRASIL. **Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

criminosas por equiparação, uma vez que a lei não afirmou tal aspecto em nenhum momento. Dessa forma, a intenção do legislador seria apenas estender a aplicação dos meios presentes na Lei de Organizações Criminosas a tais situações. Os autores ressaltam, no entanto, que o único instituto inaplicável aos casos previstos em lei é a infiltração de agentes, devido à disposição contida no §2º do artigo 10⁵⁶.

3.3 Meios de Obtenção de Provas na Lei n.º 12.850/13

Primeiramente, antes de adentrar aos ritos dispostos na nova Lei de Organizações Criminosas, faz-se necessário ressaltar que existe uma diferença doutrinária entre fontes de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova. Tal distinção é necessária, em vista da designação de quais são utilizados dentro do processo, devendo, portanto, respeitar o contraditório e a ampla defesa, e quais são evidenciados durante a fase pré-processual, notadamente na investigação criminal.

De maneira clara, prova é todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas. Por sua vez, fontes de prova são as pessoas e coisas de onde provém a prova, de modo que se classificam entre fontes pessoais e fontes reais. Nas fontes reais, as informações são provenientes das provas, e estas serão interpretadas por pessoas, especialmente designadas, que vierem a examiná-las, como a prova pericial.

Meios de prova são instrumentos pelos quais os elementos de prova são introduzidos no processo, existindo somente no contexto do processo, uma vez que, por meio deles que são disponibilizados no ambiente processual as informações relativas ao evento criminoso, colhidas durante a fase investigativa.

Por fim, os meios de obtenção de prova, são os procedimentos que tem por escopo a identificação de fontes de prova. Apesar de serem executados na fase preliminar de investigações e integraram a tutela cautelar no processo penal, é possível a aplicação dessas medidas no curso do processo. Cumpre destacar que essas operações devem ser reguladas por lei e, em regra, desenvolvem-se mediante autorização e fiscalização judiciais.

Nesse diapasão, a Lei n.º 12.850/12 assim apresenta os meios de obtenção de

⁵⁶ “§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.” (Ibid.)

prova:

“Art. 3º [...]:

I - colaboração premiada;

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

III - ação controlada;

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

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

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

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

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.”⁵⁷

Por serem praticados com base no elemento surpresa, sendo comumente executados sem prévia comunicação da parte contrária, o desconhecimento do investigado quanto à realização da investigação é essencial para assegurar sua eficácia. Ademais, por serem meios invasivos, acabam por violar direitos fundamentais e garantias constitucionais, sendo que a sua admissão no procedimento só se torna possível diante do potencial lesivo da infração e natureza indisponível do bem jurídico tutelado.

Ora, o Estado somente será capaz de combater a criminalidade organizada valendo-se de meios extraordinários, dada a complexidade da estrutura criminosa. Nesse contexto, a Lei n.º 12.850/13 inovou ao tratar de meios extraordinários de investigação, uma vez que, muito embora alguns desses institutos já existissem em nosso ordenamento jurídico, não havia, até o advento da nova lei, um regramento específico e detalhado que proporcionasse a sua utilização eficaz. E, dentre esses meios extraordinários, o presente trabalho irá analisar de maneira perfunctória o instituto da infiltração policial.

⁵⁷ BRASIL. Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

4 INFILTRAÇÃO POLICIAL

De acordo com Silva⁵⁸, a infiltração policial consiste numa técnica de investigação, através da qual um agente do Estado, mediante previa autorização judicial, se infiltra numa organização criminosa, simulando a condição de integrante, mantendo identidades falsas acompanhando as suas atividades e conhecendo sua estrutura e divisão de tarefas.

O autor apresenta três características para a infiltração de agentes que são descritas da seguinte forma:

“A dissimulação, ou seja, a ocultação da condição de agente oficial e de suas verdadeiras intenções; o engano, posto que toda operação de infiltração se apoia numa encenação que permite ao agente obter a confiança do suspeito; e por fim, a interação, ou seja, é, uma relação direta e pessoal entre o agente e o autor potencial.”⁵⁹

Ademais, esse meio de obtenção de prova está estabelecido, inclusive, na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional artigo 20, Item 1, que foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 5.015/04:

“Art. 20. Item 1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.”⁶⁰

Assim, apesar da Lei n.º 12.850/13 introduzir no nosso ordenamento jurídico a forma em que a infiltração poderá ser empregada, o estudo de sua viabilidade deverá ser feito no campo da ciência. Isto porque não se trata de optar por um valor apenas – segurança ou liberdade –, mas sim a atenção devida aos dois. E é esta a dificuldade a tratar o tema, o equilíbrio que deve caracterizar a investigação criminal. Para tanto, iniciaremos nosso estudo buscando uma perspectiva histórica, perfazendo o campo

⁵⁸ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵⁹ SILVA, Eduardo Araújo. **Organização criminosa: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94.

⁶⁰ BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acessado em: 01 jun. 2018

da procedimentalidade e da real necessidade desse meio de obtenção de prova para, dessa forma, chegarmos aos limites que deverão ser observados quanto a aplicação.

4.1 Antecedentes Históricos

De acordo com a doutrina, a figura do agente infiltrado é originária do absolutismo francês, mais especificamente na monarquia do Rei Luís XIV, ante a existência dos agentes “delatores”. Os “delatores” eram cidadãos que descobriam na sociedade os inimigos políticos, para com isso obterem troca de favores com os príncipes. Entretanto, ao verificar que a simples vigilância não era suficiente para neutralizar a oposição ao regime, começaram a se valer da espionagem para a provocação de condutas consideradas ilícitas.

Tal prática não se restringiu a França, sendo que houve sua aplicação no período da Inquisição Espanhola, para auxiliar a Igreja Católica na busca de manifestações “heréticas”.

Todavia, houve o maior desenvolvimento, com a consequente obtenção de patamar de principal método de investigação, nos Estados Unidos, sendo bastante utilizado no combate ao tráfico de entorpecentes na contemporaneidade. Dessa forma, é possível verificar que muitos ordenamentos jurídicos, passaram a regulamentar o instituto da infiltração policial como técnica moderna de combate às organizações criminosas.

4.2 Infiltração Policial no Direito Comparado

Todas as legislações que dispuseram acerca do tema, cada uma a seu modo, foi encontrando soluções para os problemas recorrentes, uma vez que os Tribunais iam apontando os limites e as possibilidades da técnica, aperfeiçoando-a cada vez mais. A infiltração policial já é uma realidade em vários países, como, por exemplo, Estados Unidos, Canadá, na maioria dos países europeus, entre eles, Alemanha, Espanha, França, Reino Unido, Itália, Portugal, e em muitos países latino-americanos, como Argentina, Colômbia, Costa Rica e Chile.

Assim, para que possamos entender bem o modelo de infiltração engendrado no Brasil, se apresenta conveniente que olhemos alguns sistemas adotados em outros países, focando nos de maior sucesso e em modelos que serviram de norte a várias

legislações que a seguiram.

a) Estados Unidos da América

A infiltração policial é tida como um dos principais métodos de investigação norte-americano. Para tal, o agente deve contar com a autorização de seu superior, respeitando alguns limites impostos, quais sejam: não obter benefícios pessoais por meio de delitos que vier a cometer; não atingir direitos constitucionais, salvo mediante prévia autorização; não oferecer ou receber favores sexuais no exercício de sua função; não intimidar ou ameaçar os investigados e; não provocar ou instigar a prática de crimes pelos investigados.

O grande sucesso das operações norte-americanas se deve ao treinamento especializado a que os agentes são submetidos, aprendendo, por exemplo, técnicas de como mentir e como não levantar suspeitas. O destaque de tal atuação é dado ao *Federal Bureau of Investigation* – FBI e sua atuação contra as máfias americanas. Um dos casos mais famosos, foi o do agente infiltrado Joseph Dominick Pistone, que atuou com o pseudônimo Donnie Brasco infiltrado na Família Bonanno e, em menor escala, na Família Colombo, duas das Cinco Famílias que dominam a Máfia em Nova Iorque. Ao fim da operação foram presos cerca de duzentos criminosos, chegando a ser retratado no cinema⁶¹.

b) Alemanha

A Alemanha admite a infiltração em crimes graves e em situações que, com base em provas, haja risco de reiteração criminosa. Para ser autorizada a medida tem que ser fundamental para as investigações e não pode existir outro meio de obtenção de prova. Tal autorização será emanada pelo Promotor de Justiça, responsável pela investigação penal, e terá um prazo determinado, podendo ser prorrogado. Todavia, em caso de perigo de demora, poderá ter início sem autorização, com a posterior obtenção.

A legislação alemã não autoriza o agente infiltrado a cometer delitos no âmbito da infiltração, exceto quanto ao uso de documentos falsos. Desse modo, caso o

⁶¹ DONNIE Brasco. Direção: Mike Newell. Produção: Baltimore Pictures e Mandalay Pictures. Intérpretes: Al Pacino, Jhonny Deep, Michael Medsen e outros. Roteiro: Paul Attanasio, 125 min

infiltrado veja-se obrigado a cometer algum crime, deverá invocar uma causa justificadora ou excludente de ilicitude. Todavia, é discutível se o agente poderá valer-se dessa excludente, uma vez que o Código Penal Alemão dispõe que o preceito não se aplica caso o autor tenha dado causa ao perigo.

c) Espanha

A legislação espanhola estabelece que o agente infiltrado é necessariamente um homem da polícia judiciária, sendo que a autorização é dada pelo juiz ou, excepcionalmente, pelo Ministério Público, que neste caso deverá comunicar imediatamente ao juízo a quem caberá cancelar ou não a medida.

A lei espanhola também explicitou que incumbe ao Ministério do Exterior a expedição da identidade falsa para o policial infiltrado, que poderá ser usada por um período de seis meses, que também é o prazo de duração da própria infiltração, prorrogável por períodos de igual duração.

Outro ponto importante é a construção de um conceito amplo de crime organizado, elaborando, ainda, um amplo rol de delitos em que a infiltração é possível. Por fim, destacamos a não responsabilização penal do agente infiltrado se preenchidas três condições: necessidade da medida; proporcionalidade e que a ação do infiltrado não constitua uma provocação do delito.

Percebe-se, portanto, que o legislador espanhol fez várias opções sensatas, atento a complexidade do trabalho infiltrado, tenho criado um sistema de proteção ao profissional que implementa a medida, explicitando, inclusive, que a infiltração não pode ser imposta ao policial.

4.3 Infiltração Policial no Brasil

Para um melhor entendimento da técnica de investigação no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, passa-se à abordagem de alguns aspectos da infiltração de agentes policiais, iniciando-se com um breve apanhado histórico.

Segundo Gomes e Silva⁶², a primeira tentativa de introduzir a infiltração de agentes foi com a Lei 9.034/95, todavia, essa técnica especial de investigação sofreu

⁶² GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas de investigação:** questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPODIVM, 2015.

veto presidencial sob o argumento de que o dispositivo contrariava o interesse público. Adiante, no ano de 2001, a Lei nº 10.217, alterou o inciso V do artigo 2º da Lei nº 9.034/1995 e passou a permitir a infiltração de agentes no território nacional, contudo, não regulamentava de que forma se daria tal infiltração.

Posteriormente, a Lei n.º 10.409/02, que regulava os procedimentos para apuração de crimes de tóxicos, previu em seu artigo 33:

“Art. 33. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I – infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações.”⁶³

Após a revogação da Lei nº 10.409/2002 pela Lei nº 11.343/2006, a infiltração de agentes nesses casos passou a ser disciplinada pelo artigo 53 dessa última:

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

I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes.”⁶⁴

No âmbito das organizações criminosas, sobreveio a publicação da Lei nº 12.850/2013 que passou a regular a infiltração de agentes em cinco artigos, fixando seu procedimento, limitações e os direitos do agente infiltrado, objeto do presente estudo.

Recentemente, em 2017, o Capítulo III do Título VI da Parte Especial da Lei n.º 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, passou a vigorar acrescido da Seção V-A⁶⁵, a partir de uma modificação trazida pela Lei 13.441/17. Trata-se da mais

⁶³ BRASIL. Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

⁶⁴ BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

⁶⁵ “Seção V-A Da Infiltração de Agentes de Polícia para a Investigação de Crimes contra a Dignidade Sexual de Criança e de Adolescente

Art. 190-A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), obedecerá às seguintes regras:

nova modalidade de infiltração policial em nosso ordenamento pátrio, dando enfoque ao combate aos crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente.

4.4 Aspectos Procedimentais

Os artigos 10, 11 e 12 da Lei n.º 12.850/13 estabelecem o procedimento a ser seguido para instauração de infiltração de agentes policiais em organizações criminosas.

I – será precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público;

II – dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conterà a demonstração de sua necessidade, o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas;

III – não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial.

§ 1º A autoridade judicial e o Ministério Público poderão requisitar relatórios parciais da operação de infiltração antes do término do prazo de que trata o inciso II do § 1º deste artigo.

§ 2º Para efeitos do disposto no inciso I do § 1º deste artigo, consideram-se:

I – dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão;

II – dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão.

§ 3º A infiltração de agentes de polícia na internet não será admitida se a prova puder ser obtida por outros meios.”

“Art. 190-B. As informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo.

Parágrafo único. Antes da conclusão da operação, o acesso aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, com o objetivo de garantir o sigilo das investigações.”

“Art. 190-C. Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Parágrafo único. O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados.”

“Art. 190-D. Os órgãos de registro e cadastro público poderão incluir nos bancos de dados próprios, mediante procedimento sigiloso e requisição da autoridade judicial, as informações necessárias à efetividade da identidade fictícia criada.

Parágrafo único. O procedimento sigiloso de que trata esta Seção será numerado e tombado em livro específico.”

“Art. 190-E. Concluída a investigação, todos os atos eletrônicos praticados durante a operação deverão ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, juntamente com relatório circunstanciado.

Parágrafo único. Os atos eletrônicos registrados citados no caput deste artigo serão reunidos em autos apartados e apensados ao processo criminal juntamente com o inquérito policial, assegurando-se a preservação da identidade do agente policial infiltrado e a intimidade das crianças e dos adolescentes envolvidos.” (BRASIL. **Lei n.º 11.441, de 08 de maio de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13441.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2018.)

4.4.1 Fase Postulatória

O artigo 10 da referida lei dispõe que a requisição da operação de infiltração poderá ser feita pelo delegado de polícia ou pelo Ministério Público. Dessa forma, tem-se que, quando a medida for requerida pelo Delegado de Polícia, através de representação, deverá ser ouvido o Ministério Público e, de forma semelhante, se o requerente da infiltração for o Ministério Público, o Delegado de Polícia deverá ser ouvido em manifestação técnica. Mendroni⁶⁶ leciona que cabe à Polícia a tarefa de analisar a viabilidade da técnica de infiltração, bem como cuidar das questões inerentes à segurança do agente. Por seu turno, ao Ministério Público incumbe o dever de decidir acerca do aspecto probatório do caso, se a medida poderá contribuir com provas importantes e pertinentes à investigação.

Quanto à possibilidade de o juiz decretar a medida *ex officio* na fase de investigação, Lima⁶⁷ destaca não ser possível, uma vez que resta claro na Lei quem são as pessoas legitimadas para requerer tais diligências e que o juiz somente poderá se manifestar sobre o assunto se houver alguma provocação.

Ainda, quanto ao pedido de infiltração policial, destaca-se o disposto no artigo 11 da Lei de Organizações Criminosas:

“Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.”⁶⁸

Ademais, para que a técnica de investigação de infiltração de agente seja autorizada, alguns requisitos deverão ser preenchidos. Em virtude da redação do 10, §2º da Lei nº 12.850/2013, tal medida somente será admitida se houver fundados indícios de que haja o cometimento de infração penal cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou de caráter transnacional, e se a prova necessária não puder ser produzida por outros meios.

⁶⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

⁶⁸ BRASIL. **Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

Gomes e Silva⁶⁹, frisam, ainda, que o §2º foi expresso ao mencionar que a infiltração de agentes somente será aplicável à organização criminosa. Todavia, conforme demonstrado anteriormente, também é cabível a medida de infiltração de agentes para o crime de associação para o tráfico de drogas e contra crimes contra dignidade sexual da criança e adolescente, em vista previsão expressa.

Outrossim, importante destacar o termo “indícios” referido pelo texto legal, de forma que não se exigem provas concretas da existência de organização criminosa para autorização da técnica de infiltração de agentes. Tampouco se fazem necessários indícios de autoria, tendo em vista que o dispositivo legal refere que apenas quando possível deverão constar os nomes e apelidos das pessoas investigadas no pedido direcionado à autoridade judicial.

Por fim, de acordo com o §2º do artigo 10, deverá ser demonstrada a indispensabilidade da operação de infiltração de agentes, tendo em vista que é considerada uma medida extraordinária, devendo ser designada somente quando não houver outros meios de prova disponíveis. Lima⁷⁰ leciona que esse dispositivo visa a atender ao princípio da proporcionalidade e ao subprincípio da necessidade, segundo os quais o magistrado deverá buscar o meio probatório que produzir menos restrições à esfera de liberdade individual do agente e do investigado.

4.4.2 Fase Autorizativa

O procedimento de autorização para infiltração de agentes deverá se consubstanciar em autos próprios sob sigilo, de modo que não contenha informações que possam identificar o agente que será infiltrado. Assim, deverá o juiz decidir se defere ou não a medida no prazo de vinte e quatro horas, podendo determinar esclarecimentos complementares:

“Art. 12. [...]”

§ 1º As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente

⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

⁷⁰ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

infiltrado.”⁷¹

Ainda sobre a autorização do juiz, Masson e Marçal lecionam:

“Ao apreciar o pedido de infiltração, de forma circunstanciada, motivada e sigilosa, o magistrado deverá responder ao menos quatro questionamentos, quais sejam: a) O meio de investigação (infiltração policial) é adequado à obtenção do fim perseguido na operação encoberta? b) Foram demonstrados os indícios mínimos da prática do crime de organização criminosa (fragmentariedade)? c) Foram previamente esgotadas outras medidas investigativas (subsidiariedade) menos invasivas aos direitos fundamentais dos investigados (princípio da necessidade)? d) As vantagens derivadas do fim público que se persegue (direito difuso à segurança pública) compensam os eventuais prejuízos provocados aos direitos individuais que serão violados?”⁷²

Logo, tendo o magistrado constatado que há indícios da prática do crime de participação em organização criminosa, que a medida é o meio de prova mais adequado ao caso concreto, que há viabilidade de execução da operação, e sendo o parecer técnico do Delegado de Polícia ou o Ministério Público concordado com a representação da autoridade policial, poderá o juiz autorizar a infiltração.

Em tal decisão o juiz deverá fixar o prazo de duração da infiltração pelo período de até seis meses. Lima⁷³ assevera que o juiz poderá dispor de prazo inferior caso entenda ser tempo suficiente para obter as provas necessárias.

Há, ainda, a possibilidade de prorrogação da medida, conforme dispõe Bitencourt e Busato:

“Existe, porém, possibilidade de prorrogação deste prazo. A lei, no entanto, não menciona qualquer prazo limite para a renovação. Contudo, deve entender-se que a renovação, como ato acessório, não pode contemplar um prazo maior que o deferimento inicial, do qual é derivada. Além disso, a cada prorrogação – já que também a lei não se limita a apenas uma – devem ser novamente demonstradas tanto a necessidade da providência como a impossibilidade de substituí-la por outra medida probatória.”⁷⁴

Todavia, os autores alertam que a existência da prorrogação significa a ausência de resultados e, por conseguinte, deverá ser analisada a sua pertinência.

⁷¹ BRASIL. Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

⁷² MARÇAL, Vinicius; MASSON, Cleber. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6728-4/recent>>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

⁷³ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 170.

4.4.3 Fase de Execução

Sendo autorizada a infiltração policial, dará início à execução pela autoridade policial e por seus agentes, observando os limites estabelecidos.

Lima⁷⁵ destaca que a operação de infiltração de agentes pode ser dividida em oito fases, sendo elas:

i. Etapa de recrutamento: ocasião em que ocorre a seleção do policial a ser inserido na organização criminosa. Neste ponto, Gomes e Silva⁷⁶ acreditam que deveria haver incentivos por parte do Poder Público para que o policial se candidate a operações desse tipo, como, por exemplo, adicionais de remuneração.

ii. Etapa de formação: ocasião em que os agentes selecionados passam por um intenso treinamento a fim de desenvolverem as qualidades essenciais para o trabalho de um agente infiltrado.

iii. Etapa da imersão: fase em que, segundo Lima⁷⁷, configura a implantação de uma identidade psicológica falsa em um infiltrado previamente designado.

iv. Etapa de especialização: ocasião em que se aprimora o agente, ambientando-o à sua identidade psicológica falsa.

v. Etapa da Infiltração: momento em que o policial terá os primeiros contatos com a organização criminosa

vi. Etapa de seguimento: ocasião em que se inicia a coleta de provas e elementos de informação do grupo criminoso.

vii. Etapa de pós-infiltração: procedimento que ocorre após a coleta de prova e visa a buscar as melhores alternativas para a saída do agente do ambiente criminoso.

viii. Etapa da reinserção: visa reintegrar o agente à sua vida antes da infiltração, sendo recomendável o acompanhamento médico e psicológico.

Outrossim, percebendo que o agente infiltrado sofre risco iminente, a Lei nº 12.850/2013 previu a possibilidade da sustação da operação em seu artigo 12, §3º, não sendo necessário autorização judicial para tal.

⁷⁵ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

⁷⁷ Ibid.

4.4.4 Relatórios

O artigo 10, §4º, da Lei n.º 12.850/13, dispõe que, findo o prazo de seis meses, deverá ser apresentado relatório circunstanciado ao juiz que deferiu o pedido, devendo o mesmo cientificar imediatamente o Ministério Público.

Segundo os ensinamentos de Silva⁷⁸, após a apresentação do relatório, deverá o magistrado analisar se o agente respeitou os limites estabelecidos, especialmente quanto à eventual prática de algum delito. Destaca-se, ainda, que o relatório deverá ser apreciado pelo Ministério Público, uma vez que é o destinatário da prova, manifestando por sua satisfação ou não.

4.4.5 Denúncia

O artigo 12, §2º deixa claro que os autos contendo as informações obtidas através da operação de infiltração de agentes deverão acompanhar a denúncia oferecida pelo Ministério Público, momento em que serão disponibilizados à defesa. Sobre isso, Greco Filho destaca:

“[...] encerrada a infiltração e apresentados o relatório final e as provas colhidas durante o período, os autos da infiltração acompanharão a denúncia, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a identidade do agente. Para que isso possa ocorrer, os autos que acompanharão a denúncia não serão integrais porque devem ser expurgados de todas as indicações que possam levar à identificação do infiltrado”⁷⁹

Ainda, segundo Masson e Marçal (2015), a infiltração policial trata-se de uma medida cautelar em que ocorre o instituto do contraditório postergado, uma vez que é exercido em um momento futuro.

4.5 Valor Probatório

Há grandes divergências acerca da possibilidade do testemunho de policial que

⁷⁸ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁷⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte especial. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2014. v 4, p.61

venha a atuar como agente infiltrado em organização criminosa. Masson e Marçal (2015), asseveram que o depoimento do infiltrado é de suma importância para o processo que venha a apurar delitos ligados ao crime organizado, pois foi esse agente que conheceu as minúcias da organização criminosa investigada. Outrossim, o artigo 202 do Código de Processo Penal é taxativo em dizer que “toda pessoa poderá ser testemunha”.

Para Nucci⁸⁰ a prova testemunhal do agente policial infiltrado é um meio de prova misto, uma vez que o agente é destinado a buscar provas e a conhecer a estrutura e as atividades da organização, bem como ouvido como testemunha.

Além disso, a jurisprudência dos Tribunais de Justiça é pacífica no sentido de que servidores policiais podem ser ouvidos como testemunhas indiscriminadamente, de forma que não há que se questionar o valor de seus depoimentos testemunhais, especialmente quando prestados em juízo. Nesse sentido é a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“EMENTA: FLAGRANTE PREPARADO NÃO CARACTERIZADO. LICITUDE DA PROVA. APLICAÇÃO DA PENA. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CPB. Regular a atuação do policial conforme autorização judicial para a infiltração, não estando caracterizada a hipótese de crime impossível por flagrante preparado. Quanto às condutas de ter em depósito, guardar e trazer consigo droga, que também constituem núcleos do tipo penal e estão contidas na denúncia, já haviam sido praticadas antes da atuação do policial infiltrado e se encontrava em flagrante em virtude do caráter permanente do delito. A materialidade do delito se encontra atestada por auto de apreensão (uma porção de cocaína pensando 0,30g), acompanhado do laudo de constatação da natureza da substância, confirmado por laudos periciais. A autoria se ampara em relatos coerentes e unânimes dos policiais que atuaram na investigação. Os elementos probatórios no feito conduzem à conclusão da destinação a terceiros, considerando o relatório de diligências pelo policial infiltrado, estando comprovada a prática contida no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Pena adequadamente estabelecida na origem. Incidência da agravante da reincidência, sendo adequado o aumento de dez meses de pena privativa de liberdade. APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA (Apelação Crime Nº 70067958983, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudia Maria Hardt, Julgado em 06/04/2016).”

“EMENTA: TÓXICOS - ARTS. 12 E 14 DA LEI Nº 6.368/76 – DILIGÊNCIAS POLICIAIS INDEVIDAMENTE AUTORIZADAS - IMPROCEDÊNCIA - ART. 33, I, DA LEI Nº 10.409/2002 - AUSÊNCIA DE ADVOGADO NO APFD - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO E ARGÜIÇÃO EXTEMPORÂNEA - PRECLUSÃO - DENÚNCIA - CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 41 DO CPP - EXORDIAL QUE NARRA OS DELITOS DE FORMA SATISFATÓRIA E CONDIZENTE COM O CONTEXTO FÁTICO - PRELIMINARES REJEITADAS - MÉRITO - PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO -

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2.

NÃO ACOLHIDOS - AUTORIA E MATERIALIDADE DO TRÁFICO E DA ASSOCIAÇÃO COMPROVADAS - FLAGRANTE PREPARADO - INOCORRÊNCIA - DEPOIMENTO DO POLICIAL CONDUTOR DO FLAGRANTE - VALIDADE - PRECEDENTES DO STF – REGIME PRISIONAL - DELITO DO ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76 - CARÁTER NÃO HEDIONDO - IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIALMENTE FECHADO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O art. 33 da Lei 10.409/2002, em seu inciso I, expressamente prevê que, em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes ali previstos, é permitida, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, a infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações. O depoimento de agente policial, ainda que participante das diligências na fase investigatória, merece a normal credibilidade, que não lhe pode ser subtraída em razão do exercício de suas funções, máxime quando suas declarações se revelam seguras e coerentes com os demais elementos probatórios constantes dos autos. Inexiste flagrante preparado se não há provas de que a atividade policial instigou o mecanismo causal da infração, cuja conduta, preexistente à diligência, exauriu-se no ""vender"" (TJMG - Apelação Criminal 1.0027.05.049931-1/001, Relator(a): Des.(a) Edelberto Santiago, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 07/03/2006, publicação da súmula em 14/03/2006)."

Todavia, Lima⁸¹ aduz que o ideal é que as provas obtidas durante a operação de infiltração tornem desnecessária a oitiva do policial infiltrado, só permitindo sua oitiva caso seja estritamente necessária, ocasião em que deverá prestar depoimento como testemunha anônima, tendo sua identidade e imagem preservadas.

⁸¹ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

5 LIMITES ÉTICOS E LEGAIS DE ATUAÇÃO DOS AGENTES INFILTRADOS

O ponto mais polêmico da Lei n.º 12.850/13, motivo de inúmeros debates doutrinários, trata-se da possibilidade de o agente vir a cometer crimes quando estiver infiltrado dentro da organização criminosa.

Silva⁸² destaca a importância de se encontrar um ponto de equilíbrio entre os interesses envolvidos nesse tipo de operação e os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, uma vez que “se de um lado o Estado deve buscar reprimir com eficiência a criminalidade organizada, de outro não podem seus agentes praticar quaisquer infrações penais, que até eventualmente podem ser mais gravosas que aquelas cometidas pela organização criminosa”⁸³.

Durante a tramitação da Lei n.º 12.850/2013, Gomes e Silva⁸⁴ salientam que uma lista contendo os crimes que os policiais infiltrados não poderiam cometer foi elaborada, constando os crimes contra a vida, a liberdade sexual e de tortura. Todavia, optou-se por não incluir esse rol, uma vez que a existência de uma lista de crimes poderia possibilitar a fácil identificação por parte da organização criminosa de eventuais agentes infiltrados, criando “rituais” de passagem, o que comprometeria o êxito das investigações e a segurança do agente. Dessa forma, para suprir tal ponto, foi instituído pelo artigo 13 da Lei de Organizações Criminosas, que assim dispõe:

“Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.”⁸⁵

Uma vez que a infiltração policial é medida de exceção, deverá, além de seguir os ritos dispostos em lei, ser pautada pela observância dos princípios da legalidade, especialidade, subsidiariedade, controle e, principalmente, proporcionalidade. Assim, se atender a esses preceitos, os atos praticados pelo infiltrado serão lícitos, desde

⁸² SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

⁸⁵ BRASIL. **Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 08 de jun. 2018.

que respeitados o objeto da investigação e os limites estabelecidos na decisão judicial.

Mendroni⁸⁶ clarifica que se ocorrer prática delitiva por parte do agente policial infiltrado, em situação que não se possa exigir dele outra conduta e observado o princípio da proporcionalidade, não deverá responder pela sua prática, aplicando-se a causa excludente de antijuridicidade (ilicitude) de inexigibilidade de conduta diversa.

É esse o entendimento que vem se firmando nos Tribunais Pátrio, conforme ementa destacada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em decisão proferida no Habeas Corpus nº 70059454884, que aplicou a excludente de culpabilidade supracitada ao caso em que agente infiltrado se disfarçou de consumidor para comprovar o crime de tráfico de drogas:

“Ementa: HABEAS CORPUS. - Cumpre registrar, inicialmente, que o parágrafo único do art. 13 da Lei nº 12.850/13 prevê causa de exclusão de culpabilidade, pois permite que o agente infiltrado - na tentativa de elucidar os delitos a que sua infiltração se destina esclarecer - pratique "crime", quando inexigível outra conduta. Assim, o fato de o agente infiltrado ter se disfarçado de consumidor não macula a prisão do paciente. - Por outro lado, a Autoridade Policial da Comarca de Frederico Westphalen, após prévia investigação dando conta da realização do delito de tráfico de drogas [inclusive com infiltração de policiais civis, captação ambiental de sinais acústicos/óticos e ação controlada (aquisição de entorpecentes) – medidas que foram judicialmente autorizadas], representou pela prisão preventiva do paciente Diogo e da co-acusada Silvana, bem como pela prisão temporária da paciente Karine. [...] (Habeas Corpus Nº 70059454884, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Julgado em 10/07/2014, publicado em 06/08/2014).”

Embora essa seja a regra geral, cumpre-nos tecer alguns pontos ainda debatidos dentro dessa temática.

5.1 Infiltração Policial x Moralidade Administrativa

Apesar de buscar ferramentas para combater o crime organizado, o Estado não pode se quedar de respeitar os princípios constitucionais, em especial o da dignidade humana e da moralidade. Tais princípios são previstos na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, e artigo 37, *caput*, senão vejamos:

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

⁸⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;
(...)"

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)"⁸⁷

Sobre o Princípio da Dignidade Humana, primeiramente, vale replicar o pensamento de Guilherme Nucci:

"Segundo nos parece, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana possui dois prismas: objetivo e subjetivo. Objetivamente, envolve a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como reconhecido pelo art.7º, IV, da Constituição, ao cuidar do salário mínimo (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social). Inexiste dignidade se a pessoa humana não dispuser de condições básicas de vivência. Subjetivamente, cuida-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, quando passa a desenvolver sua personalidade, entrelaçando-se em comunidade e merecendo consideração, memento do Estado."⁸⁸

É de se notar que a infiltração policial não viola o Princípio da Dignidade Humana, tendo em vista que ambos estão inseridos na tutela da própria sociedade. Ademais, valendo-se da técnica da ponderação de interesses, verifica-se que ao cumprir todo o regramento insculpido na Lei n.º 12.850/13, é constitucional a escolha do mecanismo de infiltração policial, uma vez que trata de um meio efetivo na obtenção de provas e consequente desbaratamento de organizações criminosas.

Quanto ao Princípio da Moralidade, temos as lições de José dos Santos Carvalho Filho:

"O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.

⁸⁷ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 jun. de 2018.

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.40.

(...)

Pensamos, todavia, que somente quando os administradores públicos estiverem realmente imbuídos de espírito público é que o princípio será efetivamente observado. Aliás, o princípio da moralidade está indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa.”⁸⁹

À vista disso, deve o Estado se instrumentalizar de mecanismos morais, tanto na prevenção, bem como na repressão criminal, não importando a gravidade da infração penal perpetrada. Sobre esse prisma, a pertinência legal da infiltração policial é inquestionável.

Contudo, há divergência doutrinária quanto da moralidade deste mecanismo, conforme sustenta Manuel Augusto Alves Meireis:

“[...] o que é imoral, no processo de infiltração, é o facto de ser o suspeito a, involuntariamente, produzir a prova da sua própria condenação. Ora, vigorando entre nós, a este respeito, uma liberdade de declaração, exige-se, sob pena de frustrar os direitos e garantias processuais, a invalidade das provas produzidas pelo suspeito ou arguido, sem consciência de o estar a fazer. Só haverá liberdade de declaração se houver esclarecimento acerca das implicações do que se declara. Entendemos, por isso, que o agente infiltrado, na sua atividade própria, põe em causa os direitos fundamentais.”⁹⁰

No mesmo sentido temos a crítica de Alexis Couto de Brito:

“Dogmaticamente, a conclusão pela punição criminoso do agente é muito mais coerente, do que sua não punição. Se assim o é, tanto o Estado não poderá se utilizar do instituto e da prova coligida, como também não poderá submeter o agente policial a este tipo de constrangimento. Do ponto de vista constitucional e político-criminal, não há como negar a interferência danosa às garantias fundamentais. O Estado de Direito Constitucional possui seus princípios, dura e paulatinamente conquistado e ainda que frágeis, perfazem o contorno que desejamos de nossa sociedade. O agente infiltrado, na sua atual configuração, mostra-se um modelo processual provido de uma impetuosa força do poder político, mas que transforma princípios constitucionais como legalidade, estado de inocência e devido processo legal em tímidas expressões.”⁹¹

Entretanto, apesar das críticas oferecidas a esse mecanismo, não se pode olvidar da efetividade da infiltração policial como instrumento de obtenção de prova, principalmente ao que se refere aos delitos cometidos por organizações criminosas.

⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 22^a ed, p. 20 e 21.

⁹⁰ MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal**. Almedina, Coimbra, 1999, p. 171.

⁹¹ BRITO, Alexis Couto. **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 272.

Conforme amplamente demonstrado no presente trabalho, o crime organizado é bastante complexo, sendo necessário a utilização de mecanismos diferenciados e excepcionais para seu combate.

Nota-se que estamos diante de preceitos conflitantes: a ética e a legalidade dos mecanismos investigativos de prova, e a eficácia dessa investigação probatória.

No Brasil nosso legislador permitiu o uso da infiltração policial como meio de obtenção de provas, sistematizando sua atuação e estabelecendo balizas. Tais balizas, conforme explanado anteriormente, se concentram na aplicação do Princípio da Proporcionalidade e na excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

5.2 Princípio da Proporcionalidade

A priori, deve ser observado que o princípio da proporcionalidade não está expressamente previsto na Constituição Federal, sendo sua criação doutrinária, sendo dividido em três subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação refere-se a uma relação meio e fim, de modo que se deve perquirir se aquela medida a ser imposta é apta a atingir o resultado pretendido. De outro lado, o subprincípio da necessidade impõe a busca pela medida menos gravosa para se atingir o mesmo objetivo. Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, conforme explica Lima "[...] impõe um juízo de ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, a fim de se constatar se se justifica a interferência na esfera dos direitos do cidadão. É a verificação da relação custo-benefício da medida, ou seja, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos."⁹²

Outrossim, sobre tal princípio, cumpre destacar a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Parece-nos que o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrear-se sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Costuma-se descompor o princípio da proporcionalidade

⁹² LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 529.

em três elementos a serem observados nos casos concretos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Conforme expressões de Canotilho, a adequação "impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes"; o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica na ideia de que "o cidadão tem direito à menor desvantagem possível" e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito é "entendido como princípio da justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim." ⁹³

Desta forma, pode ser verificado que o instituto da infiltração policial se trata de medida adequada, uma vez que, diante da complexidade da estrutura das organizações criminosas, os meios de prova ordinários contidos no Código de Processo Penal não atingiriam os resultados pretendidos pelo Estado.

Por último, em uma análise proporcional, concluímos que a infiltração policial é sim medida proporcional em sentido estrito. Chega-se a essa afirmação diante da ponderação dos direitos e garantias fundamentais que se confrontam: de um lado, os direitos fundamentais dos investigados e, de outro, a segurança, garantia fundamental abarcada, também, pelo artigo 5º da Constituição Federal, prevalecendo o de maior relevância que será a segurança da sociedade.

Neste sentido, corrobora Denílson Feitoza Pacheco:

"O juízo de proporcionalidade consiste noutro requisito extremamente indispensável ao êxito da infiltração. Impõe-se que a infiltração apenas possa ser utilizada quando os direitos a serem protegidos forem superiores àqueles que serão violados com a infiltração (por exemplo, serão violados os direitos fundamentais de intimidade, privacidade, imagem, honra etc.)." ⁹⁴

Por derradeiro, informamos que esta análise da proporcionalidade da adoção da infiltração policial, deve ser feita pelo magistrado, caso a caso, quando da autorização desta medida, por decisão motivada.

5.3 Inexigibilidade de Conduta Diversa

A Lei n.º 12.850/13, em seu artigo 13, normatizou o entendimento de grande

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2012, p. 114.

⁹⁴ PACHECO, Denílson Feitoza. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Lumen Juris. 2007, p. 968

parte da doutrina acerca da impunibilidade do agente infiltrado, utilizando como parâmetro a proporcionalidade e inexigível conduta diversa.

Nota-se, no entanto, que o legislador optou por incluir uma excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa do agente infiltrado, sem afastar a tipicidade e antijuridicidade dos crimes praticados, ainda que guardada a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação.

Esta opção foi bastante criticada, uma vez que não afasta o risco de punição do policial infiltrado, ficando a critério do julgador analisar se os atos praticados foram ou não desproporcionais ou excessivos. Sobre isso, colacionamos a crítica de Ricardo Antonio Andreucci:

“Curioso notar, entretanto, que a nova lei, a par de se alinhar ao Princípio da Proporcionalidade Constitucional no “caput” do art. 13, estabelece, no parágrafo único, que “não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”, estabelecendo expressamente causa excludente de culpabilidade, consistente na inexigibilidade de conduta diversa (conforme o Direito), a acobertar eventuais ilicitudes praticadas pelo infiltrado, isentando-o de responsabilidade. Essa não nos pareceu a melhor solução, até porque coloca o agente infiltrado em delicadíssima posição de ter que avaliar, muitas vezes em situação concreta de perigo durante o desenrolar da infiltração, a inexigibilidade de conduta diversa em sua atuação, a qual será posteriormente reavaliada e até mesmo rechaçada pelas autoridades, acarretando-lhe a eventual responsabilização pelos “excessos praticados”. Melhor seria tivesse a nova lei ousado mais e erigido a infiltração propriamente dita em causa de preexclusão de antijuridicidade.”⁹⁵

Ocorre que a infiltração policial é ferramenta indispensável ao combate ao crime organizado. Negar sua utilização pode representar enorme entrave ao direito constitucional à segurança, à vida, à liberdade e à propriedade, sendo necessário possibilitar a existência de meios suficientes para uma eficiente prestação estatal.

No entanto, não há de se falar no uso indiscriminado desse mecanismo como meio de prova. Sua utilização deve estar sempre balizada por um rígido controle judicial, bem como o respeito à legislação vigente e princípios constitucionais, para que as garantias e direitos fundamentais dos investigados sejam respeitados e preservado o interesse da coletividade.

⁹⁵ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. Editora Saraiva, 9ª Ed. 2014, p. 116

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo central a análise os limites da aplicação do instituto do agente infiltrado à luz do Direito Processual Penal brasileiro.

Nesse contexto, buscando as origens e o conceito de organização criminosa, verificamos que existe uma enorme disparidade entre o que a doutrina descreve como criminalidade organizada e como este fenômeno é descrito nos regulamentos dos países e organizações internacionais.

Para amenizar esse descompasso, buscamos, primeiramente, examinar os antecedentes históricos das organizações criminosas bem como seus conceitos e características. Neste ponto, ficou claro a complexidade das organizações criminosas, as quais buscam sofisticar suas formas de atuação constantemente. Somando-se isto à intrincada arquitetura interna destas organizações, em geral proveniente de uma divisão de atividades muito bem delimitada a fim de otimizarem sua atuação, fica evidente a necessidade de o Estado se valer de meios de prova mais contundentes e eficazes.

Com o objeto definido, analisou-se a evolução do tratamento jurídico dado pela legislação brasileira. Verificamos que os meios de prova ordinários previstos no Título VII do Código de Processo Penal não bastam para o dismantelamento destas organizações, não promovem uma persecução probatória tão profunda e eficaz quanto requer este tipo de criminalidade que assola a sociedade brasileira. Com isso, foi necessária a fixação de meios de combate próprios, com um tratamento diferenciado, o que ocorreu com a promulgação da Lei de Organizações Criminosas.

Superada esta etapa, o quarto capítulo tratou das modalidades de prova inseridas no combate ao crime organizado, partindo da apreciação de perspectivas internacionais acerca do tema, chegando ao objeto do presente estudo, a infiltração policial. Esse mecanismo trata da atuação de um agente infiltrado nas organizações criminosas, buscando colher elementos de prova capazes de fornecer a identificação dos líderes e, conseqüentemente, desarticular o núcleo criminoso. Embora seja medida extremamente invasiva, restou claro que a natureza e as peculiaridades do delito a ser combatido demandam uma atuação mais agressiva por parte das autoridades públicas.

Por fim, debateu-se acerca da figura do agente infiltrado, discorrendo sobre a legitimidade para essa atribuição, e acrescentou ao estudo a sua eficácia e limitações. Nesse contexto, a proporcionalidade parece ser o princípio reitor da medida já que deve permear desde o pedido, até a decisão e, principalmente, a atuação do infiltrado no decorrer da ação. Este ponto parece ser pacífico na doutrina e até mesmo descrito na Lei n.º 12.850/13, regulamento em vigor.

Ainda que se trate de um meio de investigação polêmico e restritivo de direitos, deve-se levar em conta que não existem direitos absolutos, de modo que a segurança da sociedade, bem como a efetividade do Estado, devem sobrepor-se a certos direitos do investigado. Além disso, se a infiltração fosse uma medida tão prejudicial e violadora de direitos, como alegam certos doutrinadores, por certo que não estaria prevista na Convenção de Palermo, nem seria adotada por diversos países do mundo, conforme amplamente demonstrado.

À vista do princípio da proporcionalidade, notamos que não cabe a coletividade arcar com as evidentes consequências negativas promovidas por estas organizações. Deste modo, ao Estado, este sim, cabe se organizar mais fortemente para desarranjar estas organizações criminosas de forma contundente e eficaz, o que se demonstrou viável com a aplicação do mecanismo de infiltração.

Assim, concluímos que se torna plausível compreender a infiltração policial, com base no princípio da proporcionalidade, como um instrumento adequado, necessário e, sobretudo, proporcional em sentido estrito no aprofundamento das investigações e consequente desmantelamento das organizações criminosas.

Dessa forma, evitando condutas abusivas e mantendo-se dentro dos limites a ele impostos, o agente infiltrado não poderá ser responsabilizado penalmente e, tampouco, as provas por ele obtidas poderão ser consideradas inválidas. Cumpre destacar, ainda, que a infiltração policial deve ser usada somente em casos excepcionais e de extrema necessidade, sob pena de banalizar-se o instituto, de modo a perder sua credibilidade.

Em resumo, a infiltração policial é um meio eficiente na obtenção de provas relativas à criminalidade organizada, pois somente através dela é possível penetrar no seio de determinada organização, para, então, chegar-se até seus líderes. Através do engano provocado nos membros da organização criminosa, o agente policial consegue colher provas que dificilmente seriam obtidas por outros meios, contudo, sua atuação deverá ser balizada pelo princípio da proporcionalidade, atendo-se aos limites estabelecidos, para, assim, prevenir a atuação desses organismos criminosos, verdadeiras “indústrias do crime”.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. Editora Saraiva, 9ª Ed. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 de jun. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acessado em: 01 de jun. 2018

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 01 de jun. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm. Acesso em: 01 de jun. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 01 de jun. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 11.441, de 08 de maio de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13441.htm. Acesso em: 01 de jun. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 01 de jun. 2018.

BRITO, Alexis Couto. **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**, volume 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 22ª ed

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 12.694/12: breves comentários**. Disponível em: <<https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814961/lei-12694-12-breves-comentarios>> Acesso em: 01 de jun. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado - comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei 12.850/2013**. Bahia: Jus Podivm. 2013.
diferentes>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

DONNIE Brasco. Direção: Mike Newell. Produção: Baltimore Pictures e Mandalay Pictures. Intérpretes: Al Pacino, Jhonny Deep, Michael Medsen e outros. Roteiro: Paul Attanasio, 125 min

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte especial**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2014. v 4.

LAVORENTI, Wilson; DA SILVA, José Geraldo. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000.

LEVORIN, Marco Polo. **Fenomenologia das associações ilícitas**. In: MESSA, Ana Flávia e CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (coord.). **Crime Organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARÇAL, Vinicius; MASSON, Cleber. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6728-4/recent>>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis n. 12.694/2012 e 12.850/13**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26108/o-conflito-conceitual-de-organizacao-criminosa-nas-leis-n-12-694-12-e-12-850-13>> Acesso em: 01 de jun. 2018.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal**. Almedina, Coimbra, 1999

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2012.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). **Crime Organizado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Criminalidade organizada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais**. São Paulo: Atlas, 2015.

PETTA, De Leon. **AS TRÍADES E AS SOCIEDADES SECRETAS NA CHINA. Entre o mito e a desmistificação**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. 32 (93): 1-16, 2017. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10749805007>>. Acesso em: 01 de jun. 2018

PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.

SANTINO, Umberto. **Mafia and Mafia-type organizations in Italy**. In: ALBANESE, J.S.; DAS, D. K.; VERMA, A. **Organized Crime: World Perspectives**. New Jersey: Prentice Hall, 2003.

SCARANCE, Antônio Fernandes. **Crime organizado e legislação brasileira**. Revista Justiça Penal, n. 3, São Paulo: RT, 1995.

SCARANCE, Antônio Fernandes. **Crime organizado: Aspectos processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA JUNIOR, Gaspar Pereira da. Facção Criminosa. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coords.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TOLENTINO NETO, Francisco, Histórico do Crime Organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coords.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.