

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

A INFILTRAÇÃO POLICIAL NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS SOB A ÓTICA DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

PIETRO CARLO STRINGARI ZANLUCA

FLORIANÓPOLIS
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

A INFILTRAÇÃO POLICIAL NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS SOB A ÓTICA DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

PIETRO CARLO STRINGARI ZANLUCA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado junto ao curso de graduação
em Direito na Universidade Federal de
Santa Catarina – UFSC, na área de Direito e
Processo Penal.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Bissoli
Filho.

FLORIANÓPOLIS
2016



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

TERMO DE APROVAÇÃO DE TCC

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado A INFILTRAÇÃO POLICIAL NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, elaborado pelo(a) acadêmico(a) PIETRO CARLO STRINGARI ZANLUCA defendido nesta data e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ) _____), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 05 de setembro de 2016.

FRANCISCO BISSOLI FILHO
ORIENTADOR

LUIZ EDUARDO DIAS CARDOSO
MEMBRO TITULAR DA BANCA

RÔMULO DE OLIVEIRA MACHADO
MEMBRO TITULAR DA BANCA

BIANCA BEZ GOULART
MEMBRO TITULAR DA BANCA

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Aos meus pais, Itamar Salvio Zanluca e Leontina Stringari Zanluca, e meu irmão, Plautius Filippo Stringari Zanluca, pelo constante estímulo aos estudos e inigualável exemplo de vida.

À minha namorada, Cristina Damiani Bernardes, e sua família, por todo suporte, paciência, compreensão e carinho.

Aos meus amigos, de perto ou de longe, pela convivência e momentos incríveis. Em especial àqueles que me acompanharam durante a trajetória acadêmica.

A todos aqueles que trabalharam comigo durante o estágio, por tudo o que me ensinaram com paciência e didática.

Ao meu orientador, Francisco Bissoli Filho, pelos distintos ensinamentos passados durante todos estes anos, pela amizade, pela dedicação, atenção e tempo empregados na elaboração deste trabalho.

“Não se combatem fuzis com flores.”

Livro COT: Charlie Oscar Tango

RESUMO

O crime organizado tornou-se um problema bastante preocupante para a sociedade contemporânea. Diante disso, faz-se necessário que sejam providenciadas novas formas de combate a esta modalidade de crime, devido ao fato de que as maneiras com que a criminalidade convencional é combatida não se mostram, por sua vez, efetivas o suficiente. Isso se dá pela dificuldade de obtenção de material probatório acerca de grupos criminosos organizados. Dessa necessidade surgem os meios extraordinários de investigação e obtenção de provas. Esses métodos geraram – e ainda geram – intenso debate na doutrina e na jurisprudência acerca dos limites disponíveis para a atuação do Estado. No entanto, tem se entendido pela aceitação desses novos modelos de investigação de provas, pois, sem dúvida, o crime organizado, devido às suas características únicas, merece um tratamento diferente do tratamento dado à criminalidade comum. Em virtude disso, torna-se aceitável que o Estado, de forma razoável e excepcional, limite os direitos e as garantias dos investigados que estejam envolvidos com tal criminalidade para que, assim, seja possível a obtenção de material suficiente para a responsabilização penal dos acusados. Nesse momento, o princípio da proporcionalidade surge como instrumento ponderador das ações estatais, pois sempre que algum desses meios extraordinários for solicitado, deverá o Poder Judiciário considerar, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, se as consequências são razoáveis aos fins propostos. Entre os novos métodos extraordinários de investigação e obtenção de provas, encontra-se a infiltração policial, a qual, também, não deixa de ser bastante discutida na doutrina. Grande parte dessa discussão se dá pela possibilidade de o agente infiltrado se encontrar em situações nas quais precisará praticar algum delito junto com seus companheiros criminosos, situações estas bastante plausíveis. Assim, o legislador, acertadamente, permitiu que o agente policial infiltrado tivesse a opção de praticar delitos no âmbito da infiltração, desde que a ação praticada mantivesse uma proporcionalidade em relação ao fim buscado pela medida investigativa, não podendo ele ser responsabilizado penalmente por essa conduta.

Palavras-chave: Crime organizado. Meios extraordinários de investigação e obtenção de provas. Relativização de direitos fundamentais. Princípio da proporcionalidade. Infiltração policial. Crimes praticados pelo agente policial infiltrado.

ABSTRACT

The organized crime became a problem really worrying to the modern society. In front of that, it's necessary that new ways of combat against that kind of criminality be provided, because the ways used to combat conventional criminality don't seem to be effective enough, this happens by the difficulty of obtaining evidential material against these groups. On this need, the new ways of combat the organized crime arise the extraordinary ways of investigation. These new methods cause intense debate about the limits to the State's action. The understanding of this by the acceptance of these new methods of investigation, because, there's no doubt, the organized crime, because of its single characteristics, earns a different treatment. Because of that, it's acceptable that the State, on a reasonable and exceptional way, put a limit on the rights and guarantees of the people who are being investigated that are involved with organized crime, in the way that will be possible to gather enough material to penal responsibility. At this moment, the principle of proportionality arises like a weight instrument of the State's actions, because always that an extraordinary way was requested, the Justice should consider, applying the principle of proportionality, if the consequences are reasonable to the ends proposed. Between these new extraordinary methods of investigation and evidence obtaining are the undercover operations. A big part of the discussion about the police infiltration is about the possible situation that the undercover police needs to practice a crime, a situation that is very plausible. That's why the legislator acts correctly when gives to the undercover agent the option to practice some crimes, since the crimes are proportional to the objective of the investigation, otherwise, he can be responsible for that.

Key-words: Organized Crime. Extraordinary methods of investigation and evidential obtain. Relativization of fundamental rights. Principle of proportionality. Police infiltration. Crimes practiced by undercover agent.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS RELATIVOS ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E AS SUAS PRESENÇAS NO MUNDO E NO BRASIL	11
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	11
2.2 CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E O DESAFIO DA SUA TIPIFICAÇÃO	11
2.2.1 Aspectos gerais sobre as organizações criminosas no mundo	11
2.2.2 O problema da tipificação do crime organizado	13
2.3 FORMAS BÁSICAS DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS, SEUS ELEMENTOS CARACTERIZADORES E SEUS MEIOS DE ATUAÇÃO	19
2.3.1 Formas básicas de organizações criminosas	19
2.3.2 Elementos caracterizadores das organizações criminosas clássicas	23
2.3.3 Meios de atuação das organizações criminosas	25
2.4 AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL	27
2.4.1 Exemplos de organizações criminosas brasileiras.....	27
2.4.2 A legislação brasileira relativa às organizações criminosas	33
3 PRODUÇÃO DA PROVA SOBRE AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	39
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	39
3.2 ASPECTOS GERAIS DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	39
3.2.1 Noções introdutórias	39
3.2.2 O conceito de prova.....	39
3.2.3 Os objetos das provas.....	40
3.2.4 Os meios de prova	41
3.2.5 O ônus da prova	41
3.3 OS INSTRUMENTOS DE PRODUÇÃO DE PROVA SOBRE AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	43
3.3.1 As tendências de mudanças na legislação processual relativa às organizações criminosas.	43
3.3.2 Tendências restritivas de direitos fundamentais pelo Estado em relação às organizações criminosas	47
3.3.3 Meios de busca de provas em relação ao crime organizado	49
4 A ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	62
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	62
4.2 A ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	62
4.2.1 Conceito de infiltração policial.....	62
4.2.2 Aspectos processuais da autorização para a infiltração policial nas organizações criminosas	63
4.2.3 Os direitos do agente infiltrado.....	68
4.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO	70
4.3.1 O princípio da proporcionalidade e sua aplicação no direito penal e processual penal	70
4.3.2 Os limites da atuação do agente infiltrado em face do princípio da proporcionalidade.....	75
4.3.3 A valoração da prova obtida pelo agente infiltrado sob o prisma do princípio da proporcionalidade	78
4.3.4 A análise dos desvios de conduta do agente infiltrado à luz do princípio da proporcionalidade	79
5 CONCLUSÕES	88
6 REFERÊNCIAS	91

1 INTRODUÇÃO

O crime organizado é um fenômeno social de longa data. No entanto, somente no último século tornou-se um elemento de grande preocupação social, em razão da sua crescente agressividade contra o Estado e os direitos dos seus cidadãos. Devido a sua grande organização e, normalmente, constituído por um núcleo fechado de integrantes, o que resulta em um isolamento dos ambientes externos, os meios convencionais de investigação, como perícia, interrogatórios e observações, não se fazem suficientes para a elucidação de fatos envolvendo a criminalidade organizada, muito menos servem para a punição dos envolvidos. Portanto, em razão da constante evolução das organizações criminosas, novos métodos de investigação devem ser buscados pelos agentes investigadores.

Nesse momento, entram em cena os métodos não convencionais de obtenção de provas, os quais se fazem necessários, pois não é razoável dar à criminalidade organizada o mesmo tratamento direcionado à criminalidade convencional. Neste grupo de meios não convencionais de investigação estão a cooperação premiada, a interceptação telefônica e ambiental, a quebra de sigilo bancário e fiscal, a ação controlada e a infiltração policial.

Percebe-se que estes novos meios de investigação e obtenção de provas se dão de forma que sempre é necessário reduzir a importância de algum direito fundamental, ou seja, é inegável a tendência estatal de restrição de direitos fundamentais dos investigados, em busca de uma maior eficiência penal. Entende-se neste sentido, pois, caso não haja medidas diferenciadas por parte do Estado no combate a este modelo de criminalidade, as consequências ao Estado de Direito, mais tarde, poderão ser necessárias ou tomadas outras medidas mais prejudiciais e extremas contra as liberdades individuais e instituições constitucionais, de forma a atingir toda a população e não apenas um determinado indivíduo.

A utilização dos meios não convencionais de investigação e de obtenção de provas resta por afetar direitos fundamentais dos investigados. Eis que surge, então, a necessidade de um instrumento ponderador entre os interesses do Estado e a lesão aos direitos fundamentais dos indivíduos, ou seja, faz-se necessária a utilização do princípio da proporcionalidade, com o qual serão avaliados os interesses em jogo e se os riscos a serem corridos pelo Estado são menores que seus eventuais resultados. No entanto, por ser um instrumento jurídico utilizado como forma de relativizar os direitos do investigado, o princípio da proporcionalidade não deve ser utilizado largamente pelos magistrados, mas sim em situações excepcionais e de extrema gravidade concreta, nas quais o risco da não relativização dos direitos fundamentais do investigado pode trazer para a ordem social consequências mais graves que a medida.

Uma das formas não convencionais de investigação utilizada pelas agências policiais é a infiltração policial, a qual consiste na inserção de um agente policial ou de serviço de inteligência, com a devida autorização judicial, em uma organização criminosa, de cujas atividades esse agente passará a participar diariamente, inclusive na tomada de decisões e na execução de ações criminosas.

O problema que o presente trabalho pretende solucionar é o seguinte: como o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado na aferição dos limites do agente infiltrado nas organizações criminosas?

Parte-se da concepção de que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado pelo magistrado na análise que precede a autorização da medida, de modo que, se mostrar-se razoável e a última medida possível por parte do Estado, deverá o magistrado autorizá-la. Mais tarde, o mesmo princípio deve ser balizador na análise das condutas do agente policial infiltrado e na percepção de eventuais excessos praticados pelo agente. As ações criminosas praticadas pelo agente policial infiltrado se encontram em uma área nebulosa do direito, pois um agente público cometeria crimes com “autorização” do Estado, o que, para alguns, é incabível. A partir daí, surge o questionamento sobre quais deveriam ser as medidas estatais em relação ao agente infiltrado que cometeu os referidos crimes.

Se o objetivo geral da presente pesquisa é demonstrar como o princípio da proporcionalidade pode ser útil na análise das condutas praticadas pelo agente infiltrado nas organizações criminosas, os seus objetivos específicos são descrever sobre os conceitos, sobre a formação, sobre as características e sobre os *modus operandi* das organizações criminosas; sobre a grande dificuldade de obtenção de prova em relação às organizações criminosas; e sobre as ações do agente policial infiltrado em face do princípio da proporcionalidade.

Este trabalho encontra-se dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, será tratado, num primeiro momento, do conceito de organização criminosa e do desafio de se chegar a uma definição universal a seu respeito. Na segunda parte desse mesmo capítulo, tratar-se-á das características, formas, meios de execução de suas atividades, campos de atuação desse modelo de criminalidade. Encerrando o primeiro capítulo, far-se-á uma exposição das organizações criminosas atuantes no País e do histórico do crime organizado no Brasil, bem como uma descrição da nova Lei de Combate ao Crime Organizado, Lei 12.850/2013.

No segundo capítulo deste trabalho, discorrer-se-á sobre a produção de provas envolvendo organizações criminosas. Em um primeiro momento, trabalhar-se-ão sobre os aspectos gerais da produção de prova no direito processual brasileiro; na segunda, cuidar-se-á

dos instrumentos de produção de prova contra o crime organizado, sobre o impacto deste nas reformas legislativas, sobre as novas tendências restritivas do Estado e os seus limites, além dos meios não convencionais de obtenção de provas, largamente utilizados em relação ao crime organizado.

Encerrando o presente trabalho, o terceiro capítulo tratará especificamente da infiltração policial nas organizações criminosas. Na sua primeira parte, será abordada a atuação do agente infiltrado, discorrendo-se sobre o conceito de infiltração, sobre os aspectos processuais para a sua autorização por parte do Poder Judiciário e sobre os direitos e deveres do agente policial infiltrado. Em um segundo momento, tratar-se-á da aplicação do princípio da proporcionalidade na análise da atuação do agente infiltrado, a partir da aplicação desse princípio e discorrer-se-á sobre os limites da atuação do agente infiltrado, sobre a valoração das provas obtidas por ele e sobre os desvios de conduta do agente policial infiltrado.

Como se pode perceber, o tema se faz bastante atual, pois, cada vez mais, as organizações criminosas expandem seus tentáculos pelo mundo e, com a globalização e informatização da maioria dos serviços, isso se tornou ainda mais fácil. Nos dias atuais, a internacionalização das organizações criminosas se dá de forma mais natural que as suas antecessoras da primeira metade do século passado e o seu combate se torna mais difícil. Por isso, é necessária uma maior atenção por parte da doutrina sobre os efeitos e modos de combate às organizações criminosas.

Por fim, ressalta-se que não se pretende, com este trabalho, esgotar o referido tema. Buscar-se-ão abordar os pontos mais importantes do assunto, de forma a tentar contribuir para a elucidação de pontos imprecisos da doutrina e da jurisprudência brasileira no tocante ao tema, as quais serviram de base para a confecção deste trabalho.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS RELATIVOS ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E AS SUAS PRESENÇAS NO MUNDO E NO BRASIL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este capítulo trata dos aspectos gerais das organizações criminosas e do seu desenvolvimento. Em um primeiro momento, será discutido o conceito de organizações criminosas e o desafio de se ter uma definição única e universal que serviria para todos os modelos de organização criminosa. Em um segundo momento, será tratado, também, das formas básicas de organizações criminosas, dos seus meios de execução das atividades e dos seus campos de atuação. Por fim, tratar-se-á das organizações criminosas no Brasil, mais especificamente do seu surgimento e do histórico das leis que culminaram na atual Lei do Crime Organizado (Lei 12.820/2013).

2.2 CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E O DESAFIO DA SUA TIPIFICAÇÃO

2.2.1 Aspectos gerais sobre as organizações criminosas no mundo

A criminalidade organizada é um fenômeno social de grande preocupação. Sua origem é de difícil identificação, em razão das variações de comportamento nos diversos países, pois as organizações se amoldam às circunstâncias destes. Todavia, a raiz histórica é característica comum à maioria dessas organizações, em especial das Máfias italianas, da Yakusa japonesa e das Tríades chinesas. O surgimento dessas organizações remonta ao início do século XVI, quando elas tinham como objetivo proteger as pessoas – principalmente aquelas que viviam nas zonas rurais menos desenvolvidas e desamparadas da assistência dos serviços públicos – contra arbitrariedades praticadas pelos poderosos e pelo Estado. Para o desenvolvimento de suas atividades, legais e ilegais, essas organizações contaram com a conivência de autoridades corruptas das regiões onde atuavam.¹

As mais antigas organizações criminosas são as Tríades chinesas, com sua origem em 1644, quando um movimento popular tentava expulsar os invasores do Império Ming. Mais tarde, após Hong Kong tornar-se colônia britânica, as Tríades mudaram sua base de operação para a nova colônia e, após isso, migraram para Taiwan, onde incentivaram o cultivo da papoula e a exploração do ópio. Nesta a exploração do ópio era, ainda, legal, sendo

¹ SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações Criminosas – Aspectos penais e processuais da lei n° 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3

posteriormente proibida, de modo que as Tríades chinesas passaram a ser a única organização a explorar o próspero mercado negro da heroína, derivada do ópio.²

A também oriental Yakusa tem suas primeiras aparições no século XVIII, a qual prosperou no vácuo das proibições do Estado para a exploração de atividades ilícitas, como prostíbulos, tráfico de armas, drogas e mulheres, turismo pornográfico, cassinos e lavagem de dinheiro. Há de se frisar, também, que essa organização criminosa não agia, apenas, de formas ilegais, mas, também, de forma legal, entre as atividades legalizadas estão eventos esportivos, agências de teatros, cinema, publicidade e casas noturnas. No Oriente, principalmente no Japão, o quesito honra é de grande importância para os cidadãos, o que proporcionou, de certa forma, grande vantagem para a Yakusa, pois, a partir da industrialização desse país, seus agentes compravam ações das empresas e exigiam lucros exagerados sob pena de revelarem os segredos da empresa aos concorrentes.³

Já a mais conhecida das organizações criminosas entre as famosas Máfias Italianas, a Cosa Nostra surgiu, na forma como é conhecida ainda hoje, no ano de 1812, quando o rei de Nápoles baixou um decreto que alterava toda a estrutura secular agrária da Sicília, decreto este que reduziria os benefícios dos senhores feudais e limitaria os poderes dos príncipes, os quais, como forma de defesa, contrataram os *uomini d'onore* para proteger a região das investidas do rei. Criou-se, assim, uma sociedade secreta, que adotou o nome de 'Máfia'. Posteriormente, sem o rei de Nápoles, essas sociedades secretas passaram a lutar contra as dinastias espanholas e francesas. A Máfia transformou-se, então, de sociedade secreta a sociedade ao serviço de resistência dos príncipes aos invasores. Dessa forma, adquiriu simpatia popular por ser patriótica, ao menos na Sicília. Esse foi o primeiro dos vários grupos criminosos organizados da Itália, a Cosa Nostra, mais tarde o movimento popular do sul da Itália se dividiu em vários grupos, originando outras conhecidas organizações.⁴

Retratado em grande escala nos cinemas, o crime organizado norte americano tem nomes como Al Capone, Lucky Luciano (Salvatore Lucania), Carlo Gambino, Joseph Profaci, Joseph Bonanno. Pequenas organizações criminosas americanas datam do século XVIII, mas foi na década de 1920, quando bebidas alcoólicas foram proibidas de serem produzidas e comercializadas, que o crime organizado americano realmente eclodiu. A famigerada Lei Seca Americana tinha por fim frear os altos índices de violência que o país enfrentava, mas surtiu efeito contrário, pois cada vez mais grupos diversos tentavam controlar a produção e

² Ibid, op. cit., p. 4

³ Ibid, loc. cit.

⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 5ª Edição. São Paulo: Atlas, p. 445.

distribuição clandestina de bebidas alcoólicas, entrando em conflitos, explodindo os índices de violência do país. A proibição, por parte do governo, colocou os criminosos em situação de influência social, política e econômica, pois as organizações criminosas eram as únicas que poderiam fornecer à população o que realmente desejava. Sob influência direta das imigrações, New York teve o caso mais famoso de organização criminosa, as famosas cinco *famiglias*, originárias da Itália, mais especificamente da região Sul e da Sicília.⁵

Na América do Sul, o crime organizado dedica-se, quase exclusivamente, ao tráfico de entorpecentes e armas. Os principais grupos organizados são os cartéis de Cali e Medellin. O plantio e a exploração da coca remontam ao século XVI. Mais tarde, os agricultores locais começaram a transformar a planta em pasta base para a produção cocaína. A organização da comercialização da droga internacionalmente se deu com diversos grupos organizados da região, os quais deram origem aos poderosos cartéis supracitados.⁶

No Brasil, o início do crime organizado nos remete ao cangaço, no final do século XIX, e, mais tarde, ao jogo do bicho, no início do século XX, que fora criado para arrecadar dinheiro para um zoológico no Rio de Janeiro, mas que, por fim, alguns grupos organizados monopolizaram-no, tornando-o uma atividade muito lucrativa para os organizadores. No entanto, quanto se fala em crime organizado no Brasil, os grupos mais lembrados são o “Comando Vermelho” e o “PCC – Primeiro Comando da Capital”. O primeiro é o mais antigo dos grupos atuais, surgiu, no presídio de Bangu 1, em meados da década de 1970, a partir da reunião de presos comuns com presos políticos. Hoje, esse grupo se dedica, principalmente, ao tráfico de drogas. Já o PCC surgiu, no ano de 1993, no presídio de segurança máxima anexo à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, com a atuação diversificada em vários estados. Além de patrocinar rebeliões e resgate de presos, esse grupo atua, também, em roubos a bancos e a carros de transportes de valores, extorsão de familiares de presos, extorsão mediante sequestro e tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, com conexões internacionais.

2.2.2 O problema da tipificação do crime organizado

Quando se trata de crime organizado, o mundo ainda enfrenta um grande problema: a sua tipificação. Mesmo após décadas, e até séculos, de convivência com esta categoria de crime, não há no mundo uma definição de crime organizado que abranja todas as

⁵ Ibid, p. 520.

⁶ SILVA, op. cit. p. 9.

possibilidades de organizações criminosas. Ainda hoje não há um consenso sobre a sua definição e sobre as suas características. Cada Estado define o que acredita ser crime organizado, mas, ainda assim, não há uma uniformidade mundial sobre o assunto.

De início, é necessário destacar a diferença entre ‘associação criminosa’ e ‘organização criminosa’. A primeira é a simples associação de pessoas com o fim específico de cometer crimes. No caso da segunda, “verifica-se uma verdadeira estrutura organizada, com articulações, relações, ordem e objetivo, com intenso respeito às regras e à autoridade do líder”.⁷

Dessa ideia, entende-se, atualmente, que as organizações criminosas são “empresas”⁸ voltadas à prática de crimes. Essas “empresas” não limitam seus lucros mais aos territórios controlados, possuem riquezas móveis com alta capacidade de multiplicação e incrível dinamismo, sendo o seu lucro proveniente de atividade de caráter legal e ilegal, formando uma espécie de “capitalismo criminal”.⁹

Há uma dificuldade enorme na formação de uma definição de crime organizado, não apenas em nível legislativo, mas mesmo a nível doutrinário, pois não é fácil abranger todas as formas possíveis que uma organização pode assumir. Para Pino Arlacchi e Dalla Chiesa, a definição deveria conter uma análise sobre as atividades das organizações criminosas, referindo-se aos seus tentáculos internacionais e ao desenvolvimento do mercado crescente do tráfico de drogas, armas e infiltrações por elas realizadas em vários setores da economia.¹⁰

O problema central da tipificação de organizações criminosas está na falta da determinação de fatos objetivos, os quais definiriam se alguém faz parte ou não da referida organização, de modo que o simples assentimento sobre o cometimento de um crime não seria suficiente para caracterizar a autoria do indivíduo. Como observa Marcelo Mendroni, “o tratamento técnico-jurídico do fenômeno das organizações criminosas apresenta um grave problema porque impõe previsões normativas diferenciadas para que possam abranger o *fattispécie* não homogêneo, mas ao mesmo tempo capaz de compreender entre eles características bastante semelhantes”.¹¹

A definição técnico-jurídica de organização criminosa faz referência sempre a uma empresa que tem por objetivo os lucros, a qual se observa como características comuns o uso

⁷ MENDRONI, op. cit., p.10

⁸ ULHOA COELHO, Fábio. **Curso de Direito Empresarial**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. “Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa).”

⁹ MENDRONI, op. cit., p. 11

¹⁰ Ibid, loc. cit.

¹¹ Ibid, p. 13

da força intimidativa, vínculo associativo, lei do silêncio, entre outras. O desenvolvimento das definições de crime organizado se faz necessário para punir o esquema de cumplicidade na prática de determinados crimes.¹²

O processo clássico de tipificação – aquele no qual condutas individualizadas são tipificadas – mostrou-se ineficiente para tutelar a complexa e variada quantidade de condutas que integram o crime organizado. Na década de 1990, Antonio Scarance Fernandes apontou três diferentes critérios para tentar-se conceituar crime organizado. O primeiro seria quando os crimes são cometidos por algum integrante de uma organização criminosa; o segundo tratava da reunião de, ao menos, três características comuns às organizações criminosas, as quais serão tratadas mais a frente; e, por fim, deveriam ser cometidos os crimes predefinidos em um rol, desde que praticados por três ou mais pessoas, essa, para Fernandes, seria a melhor forma de, pelo menos, tentar definir o que seria o crime organizado.¹³

Contudo, percebe-se que, analisados cada um dos critérios isoladamente, não há garantia de um conceito de crime organizado. No entanto, há uma espécie de mesclagem desses critérios com o fim de complementarem-se e evitar imprecisões nas interpretações. Assim, é possível visualizar três requisitos comuns para o que seria uma aproximação do conceito jurídico-penal do fenômeno crime organizado, os quais seriam os critérios estruturais, finalístico e temporal. Em uma rápida explicação desses critérios, o estrutural seria a estrutura “empresarial” da organização com um mínimo de integrantes; o finalístico seria o objetivo do grupo, que é cometer crimes; e o temporal seria o fato de o grupo existir há algum tempo, de forma estável, critério este que diferencia crime organizado de associação criminosa.¹⁴

Neste norte, é a definição de grupo organizado presente no art. 2º, letra a, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Nova York, na data de 15 de novembro de 2000, conhecida também por Convenção ou Tratado de Palermo, e ratificada, pelo Brasil, no dia 12 de março de 2004, por meio do Decreto nº 5.015.

[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 um benefício material. A letra C do mencionado dispositivo definiu “grupo estruturado” como “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”.¹⁵

¹² Ibid, p. 11-13

¹³ SILVA, op. cit., p. 16-17.

¹⁴ Ibid, p. 17-18

¹⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm

Percebe-se que a definição da Convenção das Nações Unidas possui os três requisitos antes referidos, ou seja, o estrutural, o temporal e o finalístico.

O estado americano da Califórnia entende que crime organizado:

Consiste em duas ou mais pessoas que com continuidade de propósitos, se engajam em uma ou mais das seguintes atividades:

(1) Provimento de coisas e serviços ilegais, vício, usura. (2) Crimes predatórios como furtos e roubos; diversos tipos distintos de atividades criminosas se enquadram na definição de crime organizado, que podem ser distribuídos em cinco categorias:

1. Extorsões;
2. Operadores de vícios: indivíduos que operam um negócio contínuo de coisas ou serviços ilegais, como narcóticos, prostituição, usura e jogos de azar;
3. Furtos/roubos/receptações/estelionatos;
4. Gangues: grupos de indivíduos com interesse comum ou, segundo plano, de atuarem juntos e se engajarem coletivamente em atividades ilegais para fazer crescer a sua identidade grupal e influência, como gangues de jovens, clubes de motoqueiros fora da lei e gangues de presidiários;
5. Terroristas: grupos de indivíduos que combinam para cometer espetaculares atos criminais, como assassinios e sequestros de pessoas públicas, para minar confidências públicas em governos estáveis por razões políticas ou para vingar-se de alguma ofensa.^{16 17}

Em 1983, o então Presidente dos Estados Unidos da América, Ronald Reagan, alarmado pelos altos índices de crimes cometidos pela criminalidade organizada, formou uma comissão ligada diretamente ao seu gabinete para “estudar, entender e desenvolver estratégias para o combate ao crime organizado”¹⁸. Desta comissão, surgiu a seguinte definição:

Uma organização criminosa é constituída por pessoas que utilizam a criminalidade e violência e admite a utilização de corrupção para o fim de obter poder e dinheiro. Elas revelam as seguintes características:

- Continuidade: o grupo delimita uma determinada proposta por um período de tempo e admite a sua continuidade de operações para além do período das vidas dos membros integrantes, em sucessão. O grupo tem consciência também que o seu líder e os membros devem ser renovados com o tempo, o que significa que se assegurem a sua continuidade.
- Estrutura: o grupo é estruturado hierarquicamente em setores especializados que devem cumprir funções estabelecidas, como a Cosa Nostra, ou extremamente fluída, como os cartéis de drogas colombianos. Em qualquer caso, a sua estrutura é baseada sob o poder de uma autoridade.
- Afiliação: o grupo é formado através de formações comuns, como étnica, raciais, antecedentes criminais, interesses comuns etc. Os potenciais candidatos devem

¹⁶ 15026. It is the intent of the Legislature that the department focus its investigative and prosecutive endeavors with regard to organized crime in controlling crime which is of a conspiratorial and organized nature and which seeks to supply illegal goods and services such as narcotics, prostitution, loan sharking, gambling, and other forms of vice to the public or seeks to conduct continuing activities, a substantial portion of which are illegal, through planning and coordination of individual efforts. The department shall also investigate and prosecute organized criminal violations involving intrusion into legitimate business activities by the use of illegitimate methods, including, but not limited to, monopolization, terrorism, extortion, and tax evasion. Government Code Section 15.026 - <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=gov&group=15001-16000&file=15025-15029>.

¹⁷ MENDRONI, op. cit., p. 15.

¹⁸ Ibid, p. 16.

demonstrar as suas aptidões, sendo que na maioria dos casos exige-se um período de prova. As regras para os membros incluem o sigilo, o desejo de praticar qualquer atitude de interesse do grupo, e também o de protegê-lo. Em troca, o membro recebe benefícios, como a proteção, prestígio, oportunidades de ganhos econômicos e, o mais importante, o sentido de ‘pertencer’ ao grupo.

- Criminalidade: como em uma indústria, o crime organizado se dedica a obter ganhos financeiros e para tanto praticar metas definidas. Algumas atividades servem para o ganho direto de dinheiro, como comercialização de produtos e serviços ilegais, e outras para dar suporte àquelas, como extorsões, ameaças, assassinatos, que também lhe valem poder. Alguns grupos se dedicam a negócios lícitos para viabilizar a promoção de lavagem de dinheiro.

- Violência: a prática e ameaça da sua prática são ferramentas básicas. Ambas significam o controle e a proteção de seus membros e de seus ‘protegidos’, ou bem para proteger os seus interesses de qualquer forma. Dos membros espera-se a disposição para a prática de violência, e pode ser utilizada, por exemplo, tanto para coagir testemunhas como para servir de exemplo e de aviso a outros.

- Poder e dinheiro: os membros são unidos nestes interesses comuns. Força política é obtida através da corrupção de agentes públicos. O grupo torna-se capaz de manter o seu poder através da união com os seus ‘protetores’ oficiais.¹⁹

A União Europeia, no artigo 1º da Ação Comum de 21 de dezembro de 1998, definiu crime organizado da seguinte forma:

Uma organização criminosa significa uma associação estruturada, estável por um período, de mais de duas pessoas, atuando de maneira a cometer delitos puníveis com pena privativa de liberdade ou medidas de segurança de privação de liberdade de ao menos quatro anos, consistindo esses delitos um fim em si mesmo ou um meio de obter benefícios patrimoniais e, quando apropriado, influenciar indevidamente no funcionamento da autoridade pública.²⁰

O FNSIC - Fundo Nacional Suíço de Investigação Científica tem a sua definição de crime organizado transnacional:

Há crime organizado [transnacional] quando uma organização, cujo funcionamento se assemelha ao de uma empresa internacional, pratica uma divisão de tarefas muito rigorosa, dispõe de estruturas hermeticamente separadas, concebidas de forma metódica e durável, e quando procura obter o máximo de lucros possível cometendo infrações e participando na economia legal. Para tal, a organização recorre à violência, à intimidação, e procura influenciar a economia e a política. Apresenta, geralmente, uma estrutura fortemente hierarquizada e dispõe de mecanismos eficazes para impor as suas regras internas. Os seus protagonistas são, além do mais, altamente intercambiáveis.²¹

Percebe-se que não há uma uniformidade nas definições de crime organizado, isto porque cada país ou região tem uma realidade de criminalidade organizada, ou não, diferente, com características próprias, razão pela qual surgem essas inúmeras definições distintas, pois

¹⁹ MENDRONI, op. cit., p. 16.

²⁰ “A criminal organization shall mean a structured association, established over a period of time, of more than two persons, acting in concert with a view to committing offences which are punishable by deprivation of liberty or a detention order of a maximum of at least four years or a more serious penalty, whether such offences are an end in themselves or a means of obtaining material benefits and, where appropriate, of improperly influencing the operation of public authorities.” - http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:63c93028-6fe8-494c-a805-c061ad3058df.0008.02/DOC_1&format=PDF.

²¹ MENDRONI, op. cit., p. 16.

cada uma responde às variadas realidades sociais, políticas e econômicas. Dessa forma, chega-se, então, à conclusão no sentido de que não existe uma definição única e universal de crime organizado e indaga-se: entre todas, qual é a definição correta? A resposta mais apurada é: todas e nenhuma. Não há uma definição única de crime organizado, universal, que englobe todas as organizações existentes. Por outro lado, todas elas estão corretas, pois, de alguma forma, estão definindo alguma organização criminosa. Assim, conclui-se que não há como definir, com absoluta exatidão, o que é crime organizado, pelo menos, tem-se que não existirá uma definição que irá englobar todas as organizações existentes. Se existisse, com certeza, essa definição já partiria de forma defasada, pois, como as organizações criminosas têm alto poder variante, essa definição engessaria qualquer possibilidade de persecução criminal a essas organizações, pois elas se adaptariam de tal forma que a lei não pudesse alcançá-las. Elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez que, quando o legislador pretender alterar a lei para moldá-la à realidade – aos anseios da sociedade –, já estará alguns anos em atraso. E assim ocorrerá sucessivamente.²²

Um exemplo de não definição de crime organizado é o Estado Americano de New York, que, na “justificativa” do Artigo 460, adicionado no Código Penal Estadual pelo Ato de Controle ao Crime Organizado em 1986, diz que, por causa da sua imensa diversidade de natureza, é impossível definir precisamente o que é crime organizado e que o artigo atenta para definir e criminalizar o crime organizado faz. O artigo também foca sobre as organizações criminosas porque a sua sofisticação e organização torna mais eficazes os seus fins criminosos e porque a sua estrutura e isolamento protegem os chefes de identificação e repressão.²³ Chega-se então à conclusão de que o exemplo novo iorquino deve ser debatido, adaptado e seguido, principalmente porque o Estado de New York está entre os locais do mundo que mais sofreram com a atuação do crime organizado.

²² Ibid, p. 18-19.

²³ “In part because of its highly diverse nature, it is impossible to precisely define what organized crime is. This article, however, does attempt to define and criminalize what organized crime does. This article focuses upon criminal enterprises because their sophistication and organization make them more effective at their criminal purposes and because their structure and insulation protect their leadership from detection and prosecution.” - <http://public.leginfo.state.ny.us/lawssrch.cgi?NVLWO>.

2.3 FORMAS BÁSICAS DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS, SEUS ELEMENTOS CARACTERIZADORES E SEUS MEIOS DE ATUAÇÃO

2.3.1 Formas básicas de organizações criminosas

É possível quantificar quantas organizações criminosas existem atualmente e cada uma delas tem as suas próprias características, que se moldam conforme as suas necessidades. Os aspectos ambientais frequentados pela organização, como condições policiais, políticas, econômicas, sociais, acaba por influenciar em suas características e operacionalização.

Embora a maioria das organizações criminosas apresentem algumas características comuns, estas organizações detêm um poder variante enorme, de forma que elas evoluem numa velocidade mais rápida que o Estado possa percebê-las, analisá-las e, principalmente, combatê-las. Conforme analisa Marcelo Mendroni²⁴, da mesma forma que a vacina sempre persegue a doença, o Estado sempre persegue as novas formas de organização dessas empresas criminosas e dos estragos causados por elas.

Atualmente, conhecem-se quatro formas básicas de organizações criminosas:

a) Forma tradicional ou clássica: são aquelas do mesmo gênero que as clássicas mafiosas, embora as organizações do tipo mafioso tenham características próprias, são espécies deste gênero.

b) Forma de rede (*Network - Rete Criminale - Netzstruktur*): é a forma de organização criminosa que tem por principal característica a globalização. O grupo se forma através contatos locais, reunindo os agentes, sem base, ritos ou vínculos, normalmente, sem muitos critérios para a estruturação hierárquica. É comum que este modelo de organização criminosa se utilize de oportunidades que surgem. Dura pouco tempo, comumente meses, após este período, os integrantes se dispersam e formam novos grupos em outros locais.

c) Forma empresarial: este formato de criminalidade organizada se forma no âmbito das Empresas constituídas de forma lícita. Funciona de forma que a própria estrutura da empresa é utilizada para cometer os atos ilícitos, a empresa mantém as suas atividades originais e aproveita-se desta "fachada" para, secundariamente, cometer crimes, sejam eles fiscais, cartéis, ambientais, fraudes.

d) Forma endógena: essas organizações se aproveitam da própria estrutura do Estado para cometer os seus crimes. Pode apresentar-se em qualquer uma das esferas - Federal, Estadual ou Municipal -, como em qualquer um dos poderes - Judiciário, Legislativo ou

²⁴ MENDRONI, op. cit., p. 28.

Executivo. Majoritariamente, são formadas por políticos e agentes públicos, de forma que, necessariamente, envolve os crimes cometidos por funcionários públicos contra a administração pública.

Nos EUA, as organizações criminosas também são, eventualmente, categorizadas em face de sua tipologia, em três categorias: organizações que proveem serviços ilícitos, como sexo e jogo; a segunda categoria seria a organização que providenciam bens ilícitos, como drogas e produtos roubados/furtados; e, por fim, aquelas organizações que se infiltram em negócios legítimos do Governo, como, no clássico exemplo, do controle da recolha de lixo.²⁵

26

Há, como exemplo de organização criminosa empresarial, empresas que têm todas as suas características lícitas, mas seu DNA ilícito. Empresas que são criadas de forma legal, mas são alimentadas, também e principalmente, com dinheiro proveniente de atividades ilícitas. Melhor exemplo não haveria que o da Máfia Ítalo-Americana. Estas organizações criavam empresas em nomes de "laranjas" e, além de alimentá-las com dinheiro ilícito, ainda obtinham vantagem frente aos seus concorrentes, seja por ameaças diretas a eles e/ou a seus familiares, seja por reduzirem os custos da atividade legal da empresa, por meio de ameaças a fornecedores para reduzir os preços ou, até mesmo, obter "matéria-prima" roubada/furtada.

Atualmente, usam-se as formas 'Rede', 'Endógena' e 'Empresarial' de forma conjunta para a lavagem de dinheiro, cada uma delas em uma dosagem diferente, dependendo dos interesses da organização. Essas organizações mistas utilizam especialistas que detêm habilidades incríveis em 'lavar' e 'reciclar' dinheiro.²⁷

²⁵ Ibid, p. 32.

²⁶ FERRANTE, Louis. **O Poderoso Chefe Corporativo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61: “O personagem ficcional Tony Soprano tinha um emprego ao qual comparecia como consultor de uma empresa de gerenciamento de lixo; inúmeros mafiosos da vida real ganharam bilhões de dólares jogando lixo fora. Em Long Island, Nova York, Salvatore Avellino, capo da Lucchese, descartava o lixo tão bem que os governantes locais permitiram que ele e seus amigos fizessem literalmente seu serviço sujo durante décadas, sabendo que eles mesmos não poderiam fazer melhor. Quando os federais pensaram Avellino, ele havia recolhido lixo em quantidade suficiente para encher a Cratera de Barringer no Arizona, com pouco mais de um quilômetro de circunferência.”

²⁷ Segundo a Cartilha do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) sobre lavagem de dinheiro (disponível em <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view>), “os mecanismos mais utilizados no processo de lavagem de dinheiro envolvem teoricamente essas três etapas independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente. (1) Colocação – a primeira etapa do processo é a colocação do dinheiro no sistema econômico. Objetivando ocultar sua origem, o criminoso procura movimentar o dinheiro em países com regras mais permissivas e naqueles que possuem um sistema financeiro liberal. A colocação se efetua por meio de depósitos, compra de instrumento negociáveis ou compra de bens. Para dificultar a identificação da procedência do dinheiro, os criminosos aplicam técnicas sofisticadas e cada vez mais dinâmicas, tais como o fracionamento dos valores que transitam pelo sistema financeiro e a utilização de estabelecimentos comerciais que usualmente trabalham com dinheiro em espécie. (2) Ocultação – a segunda etapa do processo consiste em dificultar o rastreamento contábil dos recursos ilícitos. O objetivo é quebrar a cadeia de evidências ante a possibilidade da realização de investigações sobre a origem do dinheiro. Os criminosos buscam movimentá-lo de forma eletrônica, transferindo os ativos para contas anônimas – preferencialmente, em países amparados por lei

O objetivo de qualquer dessas organizações criminosas gira em torno de poder e dinheiro. Dinheiro gera poder e poder gera dinheiro. Quando estas organizações chegam a nível mafioso, quando estão bem estruturadas, elas passam a se alastrar por outros ramos da sociedade, saindo do submundo e partindo em direção à legalidade. A máfia italiana infiltrou-se na política, na polícia, no poder judiciário. Seguiu os mesmos passos, a máfia ítalo-americana, infiltrando-se em órgãos públicos e em outros ramos da sociedade²⁸. No Brasil, o grupo organizado que se sabe estar mais avançado neste quesito é o Primeiro Comando da Capital. A organização ainda está em um estágio pré-máfia²⁹, sendo que começou a perceber que o sucesso futuro da organização depende das suas relações lícitas.³⁰

É evidente que a ação de qualquer desses grupos se dá de forma a evitar a ação da Justiça, como já citado, essas organizações adaptam facilmente às lacunas da lei, de forma que

de sigilo bancário – ou realizando depósitos em contas “fantasmas”. (3) Integração – nesta última etapa, os ativos são incorporados formalmente ao sistema econômico. As organizações criminosas buscam investir em empreendimentos que facilitem suas atividades – podendo tais sociedades prestarem serviços entre si. Uma vez formada a cadeia, torna-se cada vez mais fácil legitimar o dinheiro ilegal. O caso de Franklin Jurado (EUA, 1990-1996) ilustra o que seria um ciclo clássico de lavagem de dinheiro. Economista colombiano formado em Harvard, Jurado coordenou a lavagem de cerca de US\$ 36 milhões em lucros obtidos por José Santacruz-Londono com o comércio ilegal de drogas. O depósito inicial – o estágio mais arriscado, pois o dinheiro ainda está próximo de suas origens – foi feito no Panamá. Durante um período de três anos, Jurado transferiu dólares de bancos panamenhos para mais de 100 contas diferentes em 68 bancos de nove países, mantendo os saldos abaixo de US\$ 10 mil para evitar investigações. Os fundos foram novamente transferidos, dessa vez para contas na Europa, de maneira a obscurecer a nacionalidade dos correntistas originais, e, então, transferidos para empresas de fachada. Finalmente, os fundos voltaram à Colômbia por meio de investimentos feitos por companhias europeias em negócios legítimos, como restaurantes, construtoras e laboratórios farmacêuticos, que não levantariam suspeitas.”

²⁸ CAWTHORNE, Nigel. *A História da Máfia*. São Paulo: Madras, 2012, p. 73-74. “Capone também mantinha a influência política fortalecida por Colosimo e Torrio. Um dos seus aliados era Len Small, governador de Illinois, que absolveu ou concedeu liberdade condicional a mais de mil contrabandistas e outros criminosos. [...] Outro camarada de Capone era “Big Bill” Thompson, prefeito republicano de Chicago de 1915 a 1923. Durante a Lei Seca, ele se declarou extremamente contra a Volstead, o que foi muito bem aceito por diversas pessoas, especialmente pelos contrabandistas. [...] Dos 100 milhões de dólares anuais (de Capone), 30 milhões de dólares iam para propinas para oficiais da polícia, funcionários públicos e políticos. Em 1927, ele deu a “Big Bill” Thompson 260 mil dólares para que ele voltasse a se candidatar à prefeitura. Ele venceu Dever por 83 mil votos. Capone também incluía jornalistas em sua folha de pagamento. [...] Capone também conquistou a opinião pública fazendo boas ações. Ele apoiou os mineiros em greve na Pensilvânia e pagou pelo reparo do teto de uma igreja. Além disso, participou de sindicatos e empresas trazendo pessoas de fora da comunidade italiana para seu grupo.”

²⁹ “O PCC hoje é uma pré-máfia. Ele se equipara às máfias siciliana, calabresa e outras pela questão territorial, mas ele ainda não é uma organização transnacional. O PCC é uma organização transfronteiriça, ele se comunica com o Paraguai, [...] Ele ainda não tem capacidade para reciclar o dinheiro. Falo de reciclagem, não lavagem.” Entrevista com o desembargador aposentado Walter Fanganiello Maierovitch – primeiro não italiano a receber a Medalha de Combate à Máfia pelo Governo da Itália http://brasil.elpais.com/brasil/2014/08/07/politica/1407421840_758721.html.

³⁰ Recentemente foi descoberto o caso sobre o envolvimento do Deputado Estadual de São Paulo Luiz Moura (PT) com integrantes da organização criminosa com a finalidade de lavar dinheiro para a organização (<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2014/07/30/deputado-luiz-moura-e-suspeito-de-lavar-dinheiro-do-pcc.htm>), ou ainda, em 2010, o caso em que o irmão da advogada de Daniel Vinicius Canônico, um dos integrantes da Sinfonia Final (Cúpula máxima do PCC), iria ser contratado para trabalhar como assessor do Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski. (<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/10/1355689-stf-deixa-de-contratar-irmao-de-advogada-do-pcc-apos-ser-alertado.shtml>).

a Justiça está sempre a persegui-las. Com a falha da Justiça e do Estado em combatê-las, em determinados locais, estas organizações criminosas criam verdadeiros Estados paralelos provendo o que o Estado não provê, seja por mau funcionamento ou mesmo não funcionamento estatal. A organização destes grupos chega aos níveis de uma empresa, contando com rede de fornecedores e distribuidores. Para combater estas novas formas de criminalidade, as “empresas criminosas”, o Estado deve utilizar-se de meios preventivos e reativos, tantos nas frentes policiais, como legislativa e administrativa.

Quando se examinam com maior profundidade as conexões entre enriquecimento e a finalidade política dos grupos organizados, percebe-se um circuito fechado, no qual o primeiro e fundamental intuito da organização criminosa é acumular riquezas; essa riqueza de origem ilícita se transforma em poder econômico e, como consequência, político; e o poder político, por sua vez, é utilizado como nova fonte de acúmulo de riquezas.

Dessa forma, é possível concluir que as organizações criminosas praticam três tipos de crimes: os crimes principais; os crimes secundários ou de “suporte”; e a lavagem de dinheiro. Os crimes principais são aqueles em que as organizações criminosas buscam obter lucros em larga escala, como tráfico de entorpecentes, extorsões, contrabando e descaminho, exploração de jogos de azar, receptações em grande escala, falsificação de dinheiro, roubo/furtos de carga, entre outros. Já os crimes secundários são aqueles cometidos para dar o “suporte” necessário para que os crimes principais sejam bem executados. Normalmente, são crimes que não produzem lucro, mas garantem a execução dos crimes principais, os quais geram. Entre os crimes secundários estão a corrupção e a concussão, os homicídios, as ameaças, o tráfico de influência e as lesões corporais. A lista dos crimes de terceiro nível conta com apenas um crime: o de lavagem de dinheiro. O crime de lavagem de dinheiro é essencial para qualquer organização criminosa organizada, pois todas têm a necessidade de transformar o seu dinheiro ilícito em lícito. É possível afirmar que esse é o único crime cometido por todas as organizações criminosas necessariamente. Esta afirmação é comprovada pela necessidade das organizações se lançarem ao mundo lícito, da economia legal. Quando um bem é adquirido com recursos obtidos de forma ilícita, não está protegido pelo ordenamento jurídico, podendo ser sequestrado e confiscado. Da mesma forma, os ganhos ilícitos apenas têm aplicação no mundo criminoso, não podendo entrar no sistema legal. Adentrando no mundo financeiro legal, provavelmente não haverá contestação das autoridades em relação aos bens adquiridos legalmente.

Conforme comenta Marcelo Mendroni,

[...] as organizações criminosas se apresentam, a rigor, como uma complexa conotação de holding, divididas internamente em várias secções (atividade criminosa própria, corrupção política, lobbies ilegais, criminalidade econômica etc.), dotada de interação permanente entre os setores do mundo político-econômico e ambiente criminal. Torna-se evidente destarte uma aproximação interdisciplinar para compreender e distinguir fenômeno criminal dessa natureza e deste porte. Na verdade, cada seção corresponde a uma especificidade de ação e de estrutura. Às famílias mafiosas correspondem gestões de atividades econômicas propriamente ditas, por exemplo, contrabando, tráfico de entorpecentes etc.; às organizações políticos-clientelistas o comércio de decisões políticas; aos grupos empreendedores e financeiros o exercício de negócios peculiares; a alguns poderes ocultos, serviços secretos ilícitos de pressões, de repartição de poder e de atividades de controle e condicionamento, sempre com domínio territorial exclusivo em relação a outras famílias mafiosas.³¹

2.3.2 Elementos caracterizadores das organizações criminosas clássicas

2.3.2.1 Estrutura hierárquico-piramidal

As organizações criminosas tradicionais, normalmente, têm uma estrutura hierárquica que se dá de forma piramidal. Situando-se o chefe no ápice da pirâmide, ainda no topo da pirâmide, logo abaixo, encontram-se os subchefes. Em um nível intermediário, encontram-se os gerentes e, na base da pirâmide, estão os chamados “aviões”.³²

Os chefes são pessoas poderosas, normalmente, com muito dinheiro e bens, posição social privilegiada e/ou grande influência política (ciclo “dinheiro → influência política → mais dinheiro”). Os subchefes, assim como que os chefes, têm bastante influência e poder e são figuras que raramente aparecem, vivem ocultos sob a imagem de “laranjas” que gerenciam a organização repassando as ordens vindas de cima. Dessa forma, as organizações criam uma espécie de isolamento dos chefes e subchefes em relação a elas, de forma que, na tentativa de algum órgão público tentar montar um caso contra a organização, o Estado terá grandes dificuldades em ter “acesso” ao chefe e subchefe, pois são peças ocultas e raramente serão conectadas a algum crime cometido pela organização. Este tipo de isolamento se dá, pois o chefe e os subchefes são considerados, de certa forma, peças insubstituíveis da organização, ao contrário dos gerentes e “aviões”, que acabam respondendo pelos crimes.³³

Os gerentes são pessoas de confiança dos chefes, normalmente, com boa capacidade de comando, sendo quem recebe as ordens do topo da pirâmide e as transmite. Apesar da confiança dos chefes, estes sempre tentam ter os gerentes sob seu domínio, mantendo “contratos de gaveta” ou procurações, que serão usados, caso necessário³⁴. Os gerentes tomam

³¹ MENDRONI, op. cit., p. 41.

³² Ibid, p. 45

³³ Ibid, loc. cit.

³⁴ Ibid, loc. cit.

conta dos negócios de fachada, seus nomes são usados para a abertura de empresas, com o intuito de lavar e reciclar dinheiro, realizar transações financeiras, entre outras manobras que beneficiem a organização.

Os “aviões”, por sua vez, são pessoas com determinadas qualificações, por exemplo se a organização é especializada em furto/roubo de veículos, necessitarão de pessoas com esta expertise. De toda a organização são os sujeitos mais dispensáveis, sendo facilmente substituídos por outra pessoa.³⁵

2.3.2.2 *Divisão de funções*

Da mesma forma como uma empresa tem suas várias secções, é dividida em setores, as organizações criminosas também têm suas divisões, normalmente com base nas especialidades dos integrantes.

Marcelo Mendroni cita, como exemplos de divisão de tarefas, os seguintes:

[...] tráfico de drogas: aquisição da droga, mistura, revenda, distribuição; roubo de veículos: subtração, “esquentamento” ou desmanche, revenda; receptação de armas: obtenção das informações, abordagem/subtração, revenda; roubo de cargas: obtenção de informação privilegiada, falsificação de documentos (p. ex.: notas fiscais etc.), monitoramento, subtração, revenda da carga etc. Cada etapa deverá ser desempenhada pelo respectivo executor com habilidade própria e conforme as ordens passadas pela gerência – e deverão ter destino por eles preestabelecido.³⁶

2.3.2.3 *Membros restritos*

Por óbvio, a restrição de membros faz parte de um grupo criminoso, inclusive, com a importância de ser condição de sobrevivência e manutenção da organização criminosa. Os membros dos grupos criminosos organizados são pré-selecionados pelas suas habilidades, mas, normalmente, são escolhidos por indicação de algum membro da própria organização. Entre as qualificações requeridas pelas organizações estão “a disposição para cometer ações criminosas, obedecer a regras, seguir ordens e manter segredos”³⁷. Os novos integrantes, ainda, são submetidos a teste e provações até se firmarem no grupo.

Marcelo Mendroni comenta sobre a participação de mulheres no mundo das máfias italianas. Formalmente, mulheres não podem fazer parte dos quadros da máfia, mas participam da vida criminosa mesmo sem as formalidades. Entre as tarefas desenvolvidas pelas mulheres estão a manutenção da comunicação entre os chefes presos e o resto da

³⁵ Ibid, loc. cit.

³⁶ Ibid, p. 46-47.

³⁷ Ibid., p. 47.

organização, preparar assassinatos, abrigar fugitivos.

2.3.2.4 Participação de agentes públicos

Esta é uma das características de que organizações mais desenvolvidas têm grande necessidade. A partir de determinado ponto de desenvolvimento, uma organização criminosa não consegue mais se desenvolver sem o “auxílio” de agentes públicos corruptos. Quando estes não integram diretamente a organização, tomando parte nas empreitadas criminosas, são corrompidos de forma que viabilizam a execução das ações criminosas.

2.3.2.5 Orientação para a obtenção de dinheiro e poder

Volta-se àquela questão do dinheiro que gera influência política que gera mais dinheiro, que é a característica presente em qualquer organização criminosa, necessitando todas elas lavar e reciclar o seu dinheiro. Não há organização criminosa que não tenha este objetivo.

2.3.2.6 Domínio territorial

O domínio territorial é necessário às organizações, pelo menos no início de sua empreitada criminosa. Marcelo Mendroni aponta algumas situações que levam uma organização a ter um domínio territorial, como ser naquela região onde estão os “contatos” da organização, onde estão também os agentes públicos que integram ou facilitam as ações criminosas, onde empresários e comerciantes sabem que o serviço público é corrupto ou ineficiente no combate àquele tipo de organização.

2.3.3 Meios de atuação das organizações criminosas

2.3.3.1 Diversificação de atividades

Conforme já explanado, as organizações criminosas têm alta capacidade de adaptação. Por isso, grandes organizações criminosas não podem depender de apenas uma atividade criminosa, pois, em uma eventual atuação da Justiça que prejudique ou impeça o seu funcionamento, a organização ficará, conseqüentemente, sem obter o seu principal objetivo: dinheiro.

2.3.3.2 *Mescla de atividades lícitas com atividades ilícitas*

As atividades ilícitas estão presentes em todas as organizações criminosas desenvolvidas a partir de um determinado estágio. A mescla de atividades lícitas com ilícita é necessária para que o grupo consiga lavar o arrecadado de forma ilegal. Uma das formas mais comuns de lavagem de dinheiro realizado por essas organizações é a mistura entre o dinheiro obtido de forma lícita, em uma empresa legalmente constituída pelo grupo, e o dinheiro arrecadado da empreitada criminosa. Essas empresas desenvolvem a atividade econômica para que foram constituídas, embora, usualmente, em pequena escala, sejam “sustentadas” pelo dinheiro ilícito injetado. Assim, quando, e se, a Justiça chegar àquela empresa, ela terá grande dificuldade em conseguir separar o que é dinheiro de origem lícita e ilícita.

2.3.3.3 *Uso de violência*

O uso de violência pode se dar por qualquer grupo criminoso organizado, desde aqueles “especializados” em tráfico de entorpecentes, roubos e furtos até aqueles que praticam crimes “menos” violentos, como fraude a licitações. O uso de violência é aceitável internamente pelas organizações criminosas, no entanto, causa grande comoção popular, que passa a rogar por justiça. Assim, as organizações criminosas, normalmente, fazem uso da violência apenas como último recurso, quando ameaças e corrupções (quando possível) já não surtem mais os efeitos necessários. Além da comoção popular, ataques violentos colocam as autoridades em alerta máximo e isso prejudica o andamento dos “negócios”.

Há muitos meios e formas que aqueles que pertencem aos quadros das organizações criminosas podem utilizar-se para praticar um crime violento, por exemplo, a forma “clássica” de assassinatos cometidos pela Máfia, muito representada no cinema, em que um grupo de criminosos cerca o carro da vítima e dispara centenas de vezes. Já a forma mais utilizada pela Máfia para cometer assassinatos é o estrangulamento, por ser uma forma “mais limpa” de cometer o homicídio.³⁸

³⁸ FALCONE, Giovanni; PADOVANI, Marcelle. **Coisas da Cosa Nostra – A máfia vista por seu pior inimigo**. Rio de Janeiro: Rocco, 2012, p. 37 – “No geral, considera-se que a máfia privilegia certas técnicas de homicídio em relação a outras. É um erro. Ela sempre escolhe a forma mais rápida e menos arriscada. Esta é a sua única regra. Não há nenhuma preferência ou fetiche por uma técnica ou por outra. O melhor método continua sendo a *lupara bianca*, a morte pura e simples da vítima escolhida, sem deixar traços do cadáver e nenhum sangue. É uma realidade que deixa estupefato qualquer um que tenha visto um filme sobre a máfia, no qual não economizam os rios de sangue. Repito, quando pode, a máfia prefere operações discretas, que não chamam a

Uma organização criminosa é tão desenvolvida quanto menos crimes violentos ela necessite cometer. Quando a organização chega a determinado nível de desenvolvimento, já consolidada na sua “área de atuação”, tendo seus “contatos” lícitos e ilícitos de forma estável, neste momento, provavelmente, a quantidade de crimes violentos que ela deverá/precisará utilizar será pequena.

2.4 AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL

2.4.1 Exemplos de organizações criminosas brasileiras

2.4.1.1 O Cangaço

O primeiro grupo organizado aos moldes de organização criminosa que se tem conhecimento no Brasil foi o Cangaço, uma luta revolucionária itinerante que buscava justiça e vingança pela desigualdade social vivida no Nordeste do País. O termo cangaço deriva da palavra cangaceiro que, por sua vez, tem origem na palavra canga³⁹. A palavra cangaceiro era usada para descrever camponeses pobres que viviam no sertão nordestino, os quais usavam roupas e chapéus de couro, carregavam espingardas e revólveres. O termo era usado de forma pejorativa, pois seriam pessoas que não se adaptariam ao estilo de vida costeira, onde se encontravam as maiores cidades.⁴⁰

O mais famoso líder do cangaço foi Virgulino Ferreira da Silva, mais conhecido por Lampião, que ingressou na vida criminosa ainda jovem, quando sua família se viu obrigada a vender a sua fazenda por pressão dos coronéis. Na época, Lampião e seus irmãos entraram para o bando do cangaceiro Sinhô Pereira. Dois anos mais tarde, ele assumiu a liderança do grupo e iniciou os seus ataques sangrentos. Embora fosse extremamente violento, tinha fama de generoso e amigo dos pobres, pois realizava festas nas quais distribuía presentes e dinheiro.⁴¹

Para o Governo, Lampião era um mal a ser combatido, um extremista, mas para a

atenção. Eis a razão pela qual o estrangulamento se afirmou como a principal técnica de homicídio da Cosa Nosta. Nada de tiros, nada de barulho. Depois de estrangulada, a vítima é dissolvida em um barril de ácido, em seguida esvaziado em um poço, num canal de escoamento, ou num lixo qualquer. O raciocínio dos mafiosos é lógico e simples: se considerarmos que atrair alguém a uma emboscada, marcando um encontro numa garagem, numa casa de campo ou numa grande loja de departamentos –, vencer a resistência e as suspeitas não é fácil –, por que correr o risco de colocar em alerta todos que estão próximos usando uma pistola? Muito melhor o estrangulamento: nem barulho, nem sujeira, nem pistas.”

³⁹ OLIVIERI, Antonio Carlos. **O Cangaço**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 9: Canga é o conjunto de arreios que amarram o boi ao carro. Segundo Antonio Carlos Olivieri, é provável que esse nome tenha surgido porque os bandoleiros usavam espingardas a tiracolo ou com as correias cruzadas no peito, lembrando a canga do boi.

⁴⁰ Ibid, p. 10-33

⁴¹ Ibid, loc. cit.

população, principalmente para os pobres do sertão, ele representava valores como bravura, senso de honra e heroísmo. Lampião foi morto em uma emboscada, após um informante policial delatar a posição do cangaceiro. Lampião e seus companheiros tiveram suas cabeças cortadas e preservadas em aguardente e cal para serem exibidas pelo Nordeste como sinal de poder do Estado.⁴²

2.4.1.2 O Jogo do Bicho

Outro exemplo de organização criminosa presente no Brasil é a associação para o jogo do bicho. Diferente da configuração atual, o jogo do bicho foi criado em 1892, pelo Barão João Batista Vianna Drummond, fundador do Jardim Zoológico do Rio de Janeiro. A ideia por trás da criação do jogo era nobre, o Barão tentava atrair um número maior de pessoas para o seu zoológico, de forma a compensar o corte de verbas por parte do Governo. Assim, resolveu criar uma espécie de sorteio, os ingressos de entrada no zoológico teriam o desenho de um animal entre 25 escolhidos e seria feito o sorteio da figura de um dos animais no final do dia, o que, de certa forma, estimulava as pessoas a passarem o dia no local e, por consequência, consumir os diversos serviços oferecidos pelo estabelecimento. O ganhador receberia uma quantia equivalente a 20 vezes o valor da entrada. Até esse momento, o pacato jogo não representava “perigo” algum, no entanto, a partir de 1894, os visitantes poderiam adquirir quantos bilhetes tivessem interesse, deixando o jogo de ser considerado um simples sorteio e passando a ser um jogo de azar. O jogo se tornou uma mania na cidade do Rio de Janeiro, sendo então proibido em 1895 pela Prefeitura do Município. A proibição, que deveria ter reduzido a prática do jogo na cidade, acabou, da mesma forma como aconteceu com a Lei Seca Americana, fortalecendo os bicheiros locais, que passaram a vender os bilhetes e a realizar os sorteios por conta própria. O jogo do bicho se instalou a nível nacional em pouco tempo, tendo o seu auge na década de 1980, quando o lucro com as apostas era estratosférico. Nesse momento, alguns bicheiros passaram a unir-se com o crime organizado, lançando tentáculos a outras áreas antes inexploradas por eles, como o tráfico de drogas e armas, os jogos eletrônicos, a especulação imobiliária, o transporte clandestino com peruas e vans e prostituição. O jogo do bicho é proibido no País pela Lei de Contravenções Penais, que, no seu artigo 58, diz que o indivíduo que “explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração” sofrerá uma pena de

⁴² Ibid, loc. cit.

prisão simples, de quatro meses a um ano, sem prejuízo de multa. Percebe-se que a pena para a exploração ou prático do jogo do bicho é demasiadamente baixa, sendo esse um dos motivos por que o jogo se mantém popular por mais de um século, mesmo sendo proibido pelo Estado.⁴³

2.4.1.3 A Falange Vermelha

Mais recentemente, surgiram novas organizações criminosas, estruturadas e violentas, elas implantam o terror como lei nas áreas onde atuam.

A primeira organização a surgir nestes moldes foi a Falange Vermelha, fundada no Presídio da Ilha Grande, em 1967, por chefes de quadrilhas especializadas em roubos a bancos⁴⁴. Doze anos depois, em 1979, da evolução do grupo Falange Vermelha nasceu o Comando Vermelho Rogério Lengruber, ou simplesmente Comando Vermelho, também no Presídio de Ilha Grande. Rogério foi também um dos fundadores da Facção Falange Vermelha. O nascimento do Comando Vermelho se deu a partir do contato entre presos comuns, de alta periculosidade, e presos políticos⁴⁵. No início da década de 1980, alguns presos foragidos começaram a colocar em prática os ensinamentos aprendidos com os presos políticos, assim passaram a organizar diversos roubos a bancos, empresas e joalherias. A partir desse momento, o Comando Vermelho cresceu e tomou proporções internacionais com ligação a narcotraficantes na Colômbia, Venezuela e Bolívia. Entre os integrantes do grupo, alguns líderes tornaram-se mais conhecidos, como Fernandinho Beira-Mar e Elias Maluco. Atualmente, o grupo se dedica, especialmente, ao tráfico de drogas nas favelas dominadas pelo grupo.⁴⁶

2.4.1.4 O Terceiro Comando

A partir do Comando Vermelho surgiu outra organização criminosa, o Terceiro Comando, uma dissidência do Comando Vermelho, fundado, também, em Bangu 1, no ano de 1988, por presos que não aceitavam a prática de sequestros e o cometimento de crimes

⁴³ SILVA, op. cit. p. 9

⁴⁴ Ibid, loc. cit.

⁴⁵ <http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/faccoes-criminosas-do-rio-tiveram-origem-nos-presidios.d04970e46f6ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html> – acessado em 15.2.2016

⁴⁶ SILVA, op. cit., p. 9

comuns nas áreas de domínio da organização.⁴⁷

2.4.1.5 A *Facção Amigo dos Amigos*

Mais tarde, na década de 1990, surgiu a facção Amigos dos Amigos, também conhecida por ADA. O nome original da facção era “Amigos dos Azuis”, pois os integrantes tinham alianças com policiais militares corruptos, mas, mais tarde, trocou de nome. Logo após a sua criação, essa organização criminosa aliou-se ao Terceiro Comando, até a sua extinção, na tentativa de conter o avanço do Comando Vermelho.⁴⁸

2.4.1.6 O *Primeiro Comando da Capital*

O Primeiro Comando da Capital (PCC) deve ser a organização criminosa mais conhecida no País, possivelmente por dois motivos: o primeiro se dá pelo fato de ter tentáculos praticamente em todos os estados brasileiros, além de ter integrantes e aliados fora do País; e o segundo motivo seria pela grande publicidade que as suas ações geram. O grupo tem por atividade principal o tráfico de entorpecentes e como atividades secundárias roubos a bancos e carros-fortes, extorsões, promoção de rebeliões em penitenciárias dominadas pelo grupo e assassinatos, principalmente de policiais. A facção surgiu no ano de 1993, no Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, na época a prisão mais segura do Estado de São Paulo. Durante uma partida de futebol dentro do presídio, alguns detentos se envolveram em uma confusão e alguns detentos morreram. Então, ali mesmo, alguns presos resolveram celebrar um pacto de confiança, nascendo, assim, o PCC.⁴⁹

No ano de 2001, o grupo, por intermédio do líder “Sombra”, demonstrou a sua força e poder de coordenação ao promover rebeliões em 29 presídios paulistas ao mesmo tempo. Cinco meses depois, “Sombra” foi espancado até a morte por integrantes do próprio PCC em razão de uma disputa interna pelo comando geral da organização. A partir daí, então, a facção foi comandada por “Geleirão” e “Cesinha”, dois dos oito integrantes que fundaram o grupo, os quais foram responsáveis pela aliança feita com o Comando Vermelho em 2002. Por serem considerados radicais, pois utilizavam atentados para intimidar autoridades, foram depostos do comando da facção, que passou a ser gerida por Marcos Willians Herbas Camacho,

⁴⁷ Ibid, loc. cit.

⁴⁸ Ibid, loc. cit.

⁴⁹ Ibid, loc. cit.

conhecido por “Marcola”. Além de depostos, os dois ex-líderes foram jurados de morte pela facção por terem feito denúncias à polícia e criado o Terceiro Comando da Capital.

Em 2006, após o Governo do Estado de São Paulo isolar os líderes do PCC no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) do Governo Federal, o Estado de São Paulo encontrou o caos. Conforme cita Alessandro Visacro,

Em maio de 2006, a organização Primeiro Comando da Capital (PCC) desencadeou uma onda de atentados terroristas em São Paulo. Somente nas primeiras vinte e quatro horas da ofensiva criminosa, aconteceram 58 ataques, simultâneos à eclosão de 28 rebeliões em presídios de todo o Estado. Ao longo de três dias, foram realizados 184 atentados, especialmente contra policiais, agentes penitenciários e prédios públicos. Bombas incendiárias foram utilizadas contra agências bancárias. Dezenas de ônibus foram queimados. Até mesmo um quartel do corpo de bombeiros e uma escola tornaram-se alvos dos ataques. O número de mortos chegou a 81, dos quais 38 eram criminosos. Mais de 60 estabelecimentos carcerários foram tomados por rebeliões de detentos. A onda de violência alastrou-se para outros estados da Federação. No Mato Grosso do Sul, rebeliões em quatro presídios fizeram quinhentos reféns. No Paraná, presos amotinaram-se em cinco casas de detenção. Os acontecimentos ganharam destaque na imprensa internacional – ‘O terror parou São Paulo, a maior cidade brasileira’.⁵⁰

Durante os quatro dias de ataques, escolas cancelaram as aulas, meios de transportes pararam. O que parecia ser impossível aconteceu, a cidade de São Paulo ficou deserta. Estes acontecimentos mostram a força que o crime organizado pode ter sobre a região afetada por suas ações e a ineficiência do Estado em combatê-lo.

Segundo um censo divulgado pelo Jornal Estadão, o PCC conta, atualmente, com quase 8 mil integrantes, sendo 6 mil presos. Os dados ainda mostram que a facção tem conexões no Paraguai e na Bolívia. Além disso, o PCC conta com uma estrutura muito bem definida e organizada, sendo comandada pela “Sintonia Final Geral”, composta por oito integrantes da organização. A facção ainda tem a “Sintonia dos Gravatas”, que são os advogados que prestam auxílio jurídico; o Setor Financeiro, que cuida deste o dízimo devido por cada integrante da organização até cestas básicas e pensões que a organização paga a familiares de integrantes falecidos, passando pelo controle da venda de entorpecentes, cigarros contrabandeados e do controle transporte, com vans e peruas.⁵¹

Não raramente, é divulgado na mídia algum caso de corrupção envolvendo agentes públicos ou políticos, configurando o modelo de organização criminosa endógena. Por exemplo, o caso já citado do Deputado Estadual do Estado de São Paulo que tinha

⁵⁰ VISACRO, Alessandro. **Guerra Irregular – Terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história**. 1ª Ed., São Paulo: Editora Contexto, 2009, p. 326.

⁵¹ Disponível em <http://www.estadao.com.br/infograficos/pcc-como-funciona-a-facciao-sua-cupula-e-influencia,cidades,196354> – acessado em 28.1.2016

envolvimento com o PCC em um esquema para explorar o transporte de vans e peruas.⁵²

2.4.1.7 O Caso do Mensalão

Pode ser citado, ainda, o Caso do Mensalão que consistia na compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional em troca de apoio. A organização era dividida em três núcleos: o político-partidário, o publicitário e o financeiro. Foram denunciados mais de quarenta envolvidos no esquema, sendo eles acusados de formação de quadrilha, de lavagem de dinheiro, de evasão ilegal de divisas, de corrupção ativa e passiva e de peculato. Entre os acusados havia parlamentares de cinco partidos (PT, PP, PL, PTB e PMDB). No final da ação penal, 25 pessoas foram condenadas, entre eles dois deputados, um ex-diretor do Banco do Brasil e dois ex-dirigentes do Partido dos Trabalhadores.⁵³

2.4.1.8 A Operação Lava Jato

Mais recentemente, a Operação Lava Jato, deflagrada, em março de 2014, pela Polícia Federal, com o objetivo de desarticular um esquema de evasão de divisas, lavagem de dinheiro, formação de cartel, organização criminosa, corrupção e outros crimes financeiros praticados por executivos da Petrobras, de grandes empreiteiras e operadores. Segundo consta no site do Ministério Público Federal, esta é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que já se presenciou no País. Estima-se que o valor dos recursos desviados dos cofres da Petrobras esteja na casa de bilhões de reais. A operação foi dividida em etapas, sendo que na primeira foram investigadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Em determinado momento dessas investigações, documentos recolhidos como provas indicavam um grande esquema de corrupção na estatal. Nesse momento começou a segunda parte da investigação, que comprovou que o esquema na empresa durava pelo menos dez anos, onde grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina a altos executivos da empresa e outros agentes públicos. Os valores das propinas variavam entre 1% a 5% dos contratos bilionários superfaturados, dependendo do cargo do agente corrompido. Em nova etapa das investigações, após serem citados em delações premiadas, alguns agentes políticos passaram a ser investigados. Em março de 2015,

⁵² Disponível em <http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/sp-deputado-do-pt-reuniu-se-com-membros-do-pcc-diz-jornal.8ce5ca2e2a726410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html> – acessado em 28.1.2016

⁵³ Disponível em <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf>

o Procurador-Geral da República apresentou 28 petições ao Supremo Tribunal Federal para a abertura de inquéritos criminais em relação a 55 pessoas, das quais 49 são titulares de foro especial pela prerrogativa de função.⁵⁴

2.4.2 A legislação brasileira relativa às organizações criminosas

2.4.2.1 Aspectos históricos

Até o ano de 1995, o Brasil não contava com uma lei específica sobre o combate ao crime organizado. Em 3 de maio de 1995, foi aprovada e sancionada a Lei 9.034, que dispunha sobre “a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticados por organizações criminosas”. Essa lei continha diversas falhas, como não definir o que seria crime organizado – afastando-se, assim, do Projeto de Lei nº 3.519/1989, o qual tinha no seu 2º artigo a definição de crime organizado, embora ampla e aberta, abrindo, assim, o leque de interpretações. Ela, também, não definiu crimes que seriam praticados por organizações criminosas e não delimitou a matéria sobre criminalidade organizada. A rasa delimitação que houve foi no artigo 1º em que comparava organização criminosa com quadrilha ou bando. Ao fazer essa comparação, o legislador deu mesmo tratamento às organizações criminosas que aquele dispensado às quadrilhas e bandos. No entanto, aquelas têm estrutura complexa e praticam crimes, normalmente, de grande porte, grandes operações, como tráfico de entorpecentes e fraudes fiscais; estas, por sua vez, praticam crimes de pequeno ou médio porte, como furto ou roubo de relógios.

A lei trazia, no seu artigo 2º, como meios de investigação e obtenção de provas, a ação controlada, onde a interdição policial seria retardada para melhor observação e que a ação policial se concretizasse no momento de maior eficiência para o fornecimento de provas e informações; e o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. O inciso I, que tratava da infiltração de agente policial, foi vetado com a justificativa de que “contraria o interesse público, uma vez que permite que o agente policial, independentemente de autorização do Poder Judiciário, se infiltre em quadrilhas ou bandos para a investigação de crime organizado”.

Mais tarde, em 2001, foi aprovada a Lei 10.217, que alterava os artigos 1º e 2º da Lei 9.034, inserindo nesta, mais precisamente no seu artigo 2º, os incisos IV e V, que tratavam, respectivamente, da admissão da captação e a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos

⁵⁴ Disponível em <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>

ou acústicos, e o seu registro e análise e da admissão da infiltração de agentes de polícia ou de inteligência nas organizações criminosas.

Essa lei, ainda, trata de questões de organização do combate ao crime organizado e questões processuais, como no seu artigo 4º, que os órgãos de polícia judiciária deverão ter estruturas especializadas no combate às organizações criminosas. Já, no seu artigo 6º, essa lei estabelece que o indivíduo que colaborar espontaneamente com as investigações poderá receber uma redução de pena de um a dois terços. O dispositivo seguinte dispõe que não será concedida liberdade provisória, mesmo com o pagamento de fiança, a integrante que tenha participado intensa e efetivamente da organização criminosa. O artigo 9º comenta que o réu não poderá apelar em liberdade e o artigo 10 que o regime inicial do cumprimento de pena deverá ser fechado.

Em 2012, sobreveio a Lei n. 12.694, a qual dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. Esta medida visa a garantir o cumprimento da justiça. O primeiro artigo da lei estabelece que o juiz pode decidir pela formação do colegiado para qualquer ato do processo. Ainda no artigo primeiro, está explicitado que o juiz poderá convocar o julgamento colegiado indicando os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física em decisão fundamentada. A competência do colegiado ficará limitada ao ato para o qual foi convocado e as reuniões do colegiado podem ser sigilosas quando houver risco de que a publicidade do ato resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial. Talvez o ponto mais importante desta lei é o seu artigo 2º, que, diferentemente das Leis n. 9.034/1995 e 10.217/2001, define que organização criminosa é a associação de 3 (três) ou mais pessoas estruturalmente ordenada, caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter vantagem, direta ou indireta, de qualquer natureza, por meio da prática de crimes, cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou de caráter transnacional.

2.4.2.2 A Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013

Por fim, a lei que atualmente vige sobre crime organizado é a Lei 12.850, aprovada no ano de 2013, que define organizações criminosas e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e procedimentos penais.

Essa lei define organização criminosa como a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada ou caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o 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.

Percebe-se que a definição constante nessa lei é semelhante à presente na Convenção da Organização das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em 15 de novembro de 2000, em Nova York. Assim, é possível extrair de ambas as definições os requisitos necessários para que se caracterize a organização criminosa antes referida, ou seja, o requisito estrutural, o requisito finalístico e o requisito temporal, o qual não está presente explicitamente na legislação brasileira, mas encontra-se na Convenção aprovada.

O requisito estrutural fica evidente quando o legislador optou por exigir o número mínimo de integrantes, quatro ou mais pessoas. Além disso, é necessário uma estrutura mínima entre os integrantes para que a organização funcione de forma fluida. Para isso, há a divisão de atividades entre os integrantes, mesmo que de forma informal. Por isso, normalmente, as organizações criminosas contam com o chefe ou líder da organização, isto é, alguém que planeja os crimes e dá ordens de forma que a organização tenha fluidez. A lei, sabiamente, cita que a divisão de tarefas na organização criminosa pode ser informal, de modo que não é necessária uma organização criminosa meticulosamente organizada, bastando simples ordens verbais. O crime de participação em organização criminosa é um crime formal, o que significa dizer que, estando constituída a organização, não é necessário que cometam algum crime finalístico para caracterizar o crime de participação na organização, bastando, apenas, a intenção de obter o proveito ilícito.

O requisito finalístico se caracteriza quando, por óbvio, a organização criminosa está constituída, já que a sua intenção é a de cometer crimes. Neste ponto, o legislador restringiu a gama de crime aos que têm pena máxima acima de 4 (quatro) anos ou aqueles de caráter transnacional. Os crimes praticados em solo brasileiro por organizações criminosas que têm pena máxima menor que 4 (quatro) anos poderão ser tipificados como associação criminosa. Neste quesito, o legislador também contemplou a figura do terrorismo ao punir, no art. 1º, § 2º, II, os atos de suporte, preparatórios e de execução que ocorram ou possam ocorrer em território brasileiro. O legislador inovou quando possibilitou que as organizações criminosas não buscassem apenas o cometimento de crimes, mas também de infrações penais, abarcando, assim, também, as contravenções penais, desde que combinadas com outros delitos, fazendo que a pena alcance o patamar exigido pelo legislador. Neste caso, por exemplo, entrariam as organizações que exploram os jogos de azar, que, por si sós, não atingiriam o requisito da pena exigido pelo legislador, pois a exploração de jogos de azar tem pena máxima de 1 (um) ano. Mas se sabe que, para a exploração de jogos de azar, normalmente, as organizações

precisam cometer outros crimes, como a corrupção de agentes policiais e autoridades municipais.

Analisando a definição de organização criminosa, presente no art. 1º, § 1º, percebe-se que o legislador não faz menção expressa quanto ao requisito temporal. Assim, é necessário recorrer ao texto da Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Brasil, que, na sua definição de crime organizado, menciona no item “a” que grupo criminoso é aquele estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e, no item “c”, que grupo estruturado é o grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração. Percebe-se, então, que o requisito temporal é implícito, sendo, dessa forma, necessário que a organização exista a algum tempo de forma estável, pois, se dispensado esse requisito, há o risco de punir-se o simples concurso de agentes.

Portanto, para a caracterização de uma organização criminosa, é necessário o cumprimento dos mencionados três requisitos.

O artigo 2º, ainda dentro do capítulo I, que trata das organizações criminosas de forma geral, lista uma série de crimes gerais de participação na organização criminosa. O caput do artigo trata sobre o crime de participação em organização criminosa com os verbos “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”. A pena estabelecida para esse crime é de “3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”. Este é um crime contra a paz pública e a segurança interna do Estado, pois o mal causado pelas organizações criminosas é extenso, principalmente pelas características apresentadas por estes grupos, como a lei do silêncio, a corrupção de agentes públicos e lavagem de dinheiro. Essas características acabam por dificultar a prevenção e a repressão estatal a esse tipo de organização, o que gera certo pânico social.

O § 1º do art. 2º da mencionada Lei tipifica, também, a conduta daquele que “impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa”. De início, vale destacar que esse parágrafo tem constitucionalidade duvidosa, pois, mostra-se desproporcional impor a mesma pena para aquele que é integrante de organização criminosa e para aquele que unicamente embaraça a investigação. Analisando os verbos contidos no referido parágrafo, tem-se que impedir é evitar que a investigação aconteça e embaraçar é tornar mais difícil a investigação sobre a atuação da organização criminosa. O objetivo de se colocar este crime na legislação se dá para tentar garantir a fluência da administração da justiça, tendo o Estado grande interesse no regular andamento das investigações. No entanto, deve-se ter cuidado com o direito à não autoincriminação, que

resulta do direito ao silêncio, pois, de certa maneira, o indivíduo estará embaraçando a investigação, embora não por estar acobertando as ações criminosas das organizações, mas sim para não se auto incriminar.⁵⁵

A própria lei, do artigo 18 ao 21, destaca que crimes podem ser cometidos durante a investigação, como revelar a identidade de colaborador, imputar falsamente a prática de infração à pessoa que sabe ser inocente, descumprir o sigilo das investigações e omissão de dados cadastrais.

O artigo 2º ainda prevê como causa especial de aumento de pena o emprego de arma de fogo, podendo o juiz aumentar a pena até a metade, com base na quantidade e o poder destrutivo das armas. O § 3º do artigo prevê que o líder da organização deverá ter a sua pena agravada, mesmo que, em momento algum, tenha praticado atos de execução, cabe ao juiz decidir o quantum da pena que será aumentado. Poderá o juiz, ainda, aumentar a pena, de 1/6 a 2/3, se houver: a participação de criança ou adolescente, levando em conta a formação moral ainda incompleta dos jovens; a participação de funcionário público, aproveitando-se a organização dessa condição; a destinação dos lucros das infrações penais para o exterior, considerando que, por se tratar de organização com ligações internacionais, ela é mais sofisticada e, portanto, prejudicial; a conexão com outras organizações, que também demonstra certa sofisticação; provas da transnacionalidade da organização, o que demonstra alto grau de sofisticação e acaba por dificultar as investigações.

Ainda, conforme o artigo 2º, o juiz, com base em suficientes indícios, pode, de ofício ou mediante provocação ministerial, afastar cautelarmente o funcionário público do seu cargo, emprego ou função, mantendo a sua remuneração, quando assim for necessário para a investigação ou a instrução processual. Quando transitada em julgado a sentença, condenando o funcionário público de participação em organização criminosa, este, como efeito secundário da condenação penal, perderá o seu cargo, função ou emprego ou mandato eletivo e terá interditado o seu direito para exercer cargo ou função pública por um prazo de oito anos subsequentes ao cumprimento da pena.

O Estado tenta a todo custo evitar o envolvimento de seus agentes com organizações criminosas, já que estas têm como uma das principais características o alto poder de corrupção. Mais preocupante ainda é quando o agente público corrompido é integrante dos quadros das polícias, pois esses agentes têm informações privilegiadas sobre a atuação da Polícia no combate ao crime organizado. Nesse norte, a legislação estabelece que, além de ser

⁵⁵ SILVA, op. cit. p. 29.

aberto um processo na Corregedoria da Polícia, será designado um membro do Ministério Público para acompanhar as investigações.

3 PRODUÇÃO DA PROVA SOBRE AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este capítulo tratará da produção da prova sobre as organizações criminosas. Dividido em dois itens, o primeiro abordará os aspectos gerais da prova no processo penal brasileiro, ou seja, as noções básicas sobre prova, o seu conceito, os seus elementos, o seu objeto, as suas fontes e os seus meios e a questão do ônus da prova. O segundo item cuidará dos instrumentos de produção de prova sobre as organizações criminosas no processo penal brasileiro, isto é, da tendência restritiva do Estado e dos seus limites e dos meios de obtenção de prova em relação ao crime organizado, como a colaboração premiada, a ação controlada, as interceptações ambiental e telefônica e a obtenção de dados sigilosos.

3.2 ASPECTOS GERAIS DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.2.1 Noções introdutórias

As provas obtidas durante a investigação criminal têm como principal função “a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo”⁵⁶. A função designada às provas tem, por sua vez, outro objetivo que é o convencimento do magistrado acerca da procedência ou improcedência do pedido.

Para a obtenção das referidas provas, disponibilizam-se inúmeros meios ou métodos, os quais devem tentar chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos em evidência. Esses meios têm os seus limites estabelecidos nos princípios constitucionais, como o da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

3.2.2 O conceito de prova

Greco Filho afirma que “a prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém”⁵⁷. A palavra “prova” tem sua origem do latim *probatio*, que provém do verbo *probare*, que, por sua vez, significa examinar, persuadir, demonstrar. As provas têm como finalidade o convencimento do juiz, o qual é o seu destinatário. Para que as provas

⁵⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 327

⁵⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 211

entrem no processo, devem elas ser obtidas pelos meios próprios, os quais são regulados pelo Código de Processo Penal. Os meios de obtenção de prova devem ser, então, adequados e idôneos, bem como formalmente corretos.

Segundo Vicente Greco Filho⁵⁸, as provas podem ser classificadas quanto ao objeto, quanto ao sujeito de que a emanam e quanto à preparação.

Quanto ao objeto, as provas podem ser diretas ou indiretas. As primeiras têm por finalidade demonstrar o fato principal da demanda. Já as provas indiretas, também chamadas de provas de indícios, são aquelas que têm por finalidade comprovar fatos secundários ou circunstanciais, dos quais se pode extrair a convicção da existência do fato principal.

Quanto ao sujeito do qual emanam a prova, estas podem ser pessoais ou reais. As pessoais são as provas que consistem em depoimentos de testemunhas e das partes, já as reais são as provas obtidas de objetos ou coisas.

Quanto à preparação das provas, podem ser casuais ou simples e pré-constituídas. As provas pré-constituídas são aquelas previamente constituídas com o objetivo probatório em futura demanda.

3.2.3 Os objetos das provas

Os objetos de provas, conforme Vicente Greco Filho, são os fatos, mas nem todos os fatos devem ser submetidos à atividade probatória⁵⁹. Os fatos que devem ser apresentados ao juiz para a constituição de prova são apenas os pertinentes ao processo, os quais suscitam interesse da parte em registrá-los. Os fatos impertinentes, que não estejam relacionados à causa, devem ter a sua prova recusada, pois nada mais farão que causar ao magistrado trabalho inútil.

Além de analisada a pertinência dos fatos que originarão as provas, Vicente Greco Filho explica que deverá ser ponderado se o fato é relevante, ou seja, se tem força para influenciar a decisão do magistrado sobre a causa⁶⁰. Os fatos irrelevantes são também impertinentes.

No processo penal, diferente do que acontece no processo civil, deve ser objeto de prova os fatos notórios quando estes correspondem a elementares do tipo penal. Da mesma forma, mesmo que não haja controvérsia sobre determinado fato, é necessário que se faça

⁵⁸ Ibid, p. 211-223

⁵⁹ Ibid, p. 213

⁶⁰ Ibid, p. 213

prova sobre este fato.

Por outro lado, não é preciso que se produza prova sobre determinados fatos em que a presunção é absoluta. Sendo ela relativa, a parte contrária a quem ela beneficia é responsável por produzir a prova.

3.2.4 Os meios de prova

Para Greco Filho, “os meios de prova são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato”⁶¹. O Código de Processo Penal disciplina os meios de prova – como o exame de corpo de delito e outras perícias, o interrogatório do acusado, as testemunhas, o reconhecimento de pessoas ou coisas –, mas além dos meios legais, pode-se admitir como meio de prova outras formas de produção, não expressadas no Código de Processo Penal, como, por exemplo, a inspeção judicial.

Por outro lado, não devem ser admitidas as provas produzidas por meio que não sejam previstos em lei e/ou não sejam adequados aos princípios do processo moderno, como ordálias ou juízos divinos. Também não devem ser admitidas as provas em que a ilicitude decorra da imoralidade ou impossibilidade da produção de prova ou da ilicitude da obtenção do meio de prova.

3.2.5 O ônus da prova

O Código de Processo Penal traz a regra prevista sobre o ônus da prova no sistema legal brasileiro, a qual incumbe às partes a prova de suas alegações, sendo facultado ao juiz determinar a produção de provas de ofício, inclusive antes do início da ação penal, quando consideradas urgentes e relevantes.

Nesta senda, cabe à acusação fazer prova do fato constitutivo de sua pretensão ou direito, que são as elementares do tipo e a autoria do fato. Os “fatos constitutivos são aqueles que, se provados, levam à consequência jurídica pretendida pelo autor”⁶². A relevância dos fatos em relação aos quais devem ser produzidas provas se dá no direito material, no qual estão definidos as relações jurídicas e os fatos geradores de direitos subjetivos.

⁶¹ Ibid, p. 214

⁶² Ibid, p. 221

Por outro lado, ao réu cabe a produção de prova de fatos extintivos, impeditivos ou modificativos da pretensão acusatória, isto é, dos fatos que poderiam extinguir, impedir ou modificar a pretensão da acusação. Além disso, cabe, também, ao réu a possibilidade de produção de prova ou contraprova de fato constitutivo, de forma a comprovar a diferente forma de desenvolvimento ou até mesmo inexistência do fato alegado pela acusação.

Embora, normalmente, o ônus da prova caiba a quem acusa, quando se lida com o crime organizado, esta regra processual deve ser relativizada. Há uma tendência mundial em passar ao acusado o ônus da prova acerca de seus bens e valores. O acusado teria a obrigação de comprovar a origem lícita do bem, caso não obtenha sucesso, os bens seriam confiscados ou sequestrados até a comprovação lícita dos bens pelo investigado.

A Convenção de Viena de 1988, da qual o Brasil é signatário, já prevê a inversão do ônus da prova.

Além do Brasil, é possível mencionar Alemanha, Reino Unido, Suíça, México, Estados Unidos e Itália, como exemplos de países que tem previsto em sua legislação a inversão do ônus da prova. Esta última, com o seu Código Antimáfia, adotou medida extremamente rigorosas no combate ao crime organizado, entre as quais a inversão do ônus da prova quanto aos bens do suposto mafioso. Os bens e valores são confiscados, haja vista a desproporção entre a renda declarada ou sua atividade econômica e seus bens e valores e, caso o investigado não consiga comprovar a origem lícita de seus bens, estes serão confiscados pelo Poder Público.

A União Europeia também tem seguido a tendência mundial no ponto da inversão do ônus da prova quanto ao crime organizado. Segundo a legislação europeia, caso o investigado venda o bem visado pelas autoridades, é possível o confisco de dinheiros ou de outros bens que tenham valores equivalentes ao do bem alienado.

Sobre a inversão do ônus da prova, Marcelo Mendroni entende que:

Por certo que a lei é rigorosa, mas não poderia ser de outra forma. Para crime graves e complexos – são exigidas leis rigorosas e eficientes. Muitas vezes alardeiam inconstitucionalidade e falta de critério de proteção dos direitos individuais, mas enganam-se e esquecem-se de racionar com os motivos maiores da implantação destes mecanismos nas legislações de inúmeros Países – todos semelhantes –, a proteção da sociedade.⁶³

Ao contrário do que muitos dizem, a inversão do ônus da prova não é inconstitucional, pois não viola o princípio da presunção de inocência. É necessário compreender que este princípio está adstrito ao princípio constitucional do devido processo legal. A Constituição

⁶³ MENDRONI, op. cit., p. 223

Federal de 1988, no seu artigo 5º, diz que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, neste caso, o próprio processo legal estabelece a privação de liberdade e bens do investigado, portanto, não há nenhuma irregularidade nisso. Além disso, o art. 4º, §2º⁶⁴ da lei 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores, trata da inversão do ônus da prova, pois condiciona a liberação dos bens do acusado somente quando comprovada a licitude da origem dos bens. Com esse comando legislativo, é necessário não apenas a comprovação da propriedade do bem, o que se dá por meio de certidões, documentos, posse, mas também é necessário demonstrar a origem lícita dos bens, demonstrando o dinheiro disponibilizado para a compra do bem e, conseqüentemente, a origem lícita do dinheiro utilizado. Caso não comprovada a origem lícita do bem, na sentença, o juiz decretará o perdimento do bem em favor da União ou Estado-Membro.

3.3 OS INSTRUMENTOS DE PRODUÇÃO DE PROVA SOBRE AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.3.1 As tendências de mudanças na legislação processual relativa às organizações criminosas

As conseqüências do crime organizado foram além do direito material, adentrando também no plano processual. Fez-se necessário essa mudança para que se pudesse desenvolver estratégias diferenciadas para aprimorar as formas de obtenção de prova relacionadas ao crime organizado. Jean Ziegler compreende

[...] que a repressão do crime organizado vai bem além da busca da eficiência penal, pois trata-se de uma questão de Estado. Pelo seu gigantesco poder financeiro, a criminalidade organizada influencia secretamente a área econômica, a ordem social, a administração pública e a justiça. Em alguns casos, chega a ditar a sua lei e seus valores à política. Desse modo, a independência da justiça, a credibilidade da ação política e, por fim, a função protetora do Estado de Direito vão desaparecendo. A corrupção torna-se um fenômeno aceito. O resultado é a institucionalização progressiva do crime organizado, com o risco concreto de o Estado ver-se em breve incapaz de garantir os direitos e liberdades cívicas dos cidadãos. Em suma, perigo para o Estado de Direito não reside no ato criminoso em si, mas na real possibilidade que o crime organizado tem de influenciar em processos de decisões democráticas.⁶⁵

Atualmente, compreende-se na doutrina que não é possível dar ao crime organizado o

⁶⁴ § 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. – Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm

⁶⁵ ZIEGLER, Jean. **Os Senhores do Crime: Novas Máfias Contra a Democracia**. Tradução Manuela Torres. Lisboa: Terramar, 1998.

mesmo tratamento que o direcionado à criminalidade individual, pois estes não são suficientes para a persecução penal das organizações criminosas em razão das características peculiares destas.

No entendimento de Juan Muñoz Sanches essas organizações recorrem a meios logísticos modernos, tornam-se isoladas do ambiente externo e, como consequência deste isolamento, resultam razoavelmente imunes aos convencionais meios de investigação, como perícias, interrogatórios, observações⁶⁶. Essa imunidade que cerca estas organizações fez com que os órgãos policiais partissem em buscar de novos meios de investigação. Nesta mesma linha de pensamento, Maria Dolores Delgado García entende que com a evolução das organizações criminosas, foi preciso buscar novos métodos de investigação, pois os tradicionais mostraram-se insuficientes para o combate deste modelo de criminalidade⁶⁷.

Aqui, faz-se pertinente o seguinte apontamento de Vicente Garrido:

[...] desgraçadamente as modalidades de crime organizado gozam de boa saúde. A comunidade internacional não parece contar com bons reflexos para adiantar-se aos acontecimentos e sua tecnologia muitas vezes está atrasada em relação aos métodos que empregam esses criminosos. O império da lei parece cambalear ante esses gigantes do crime, já que muitas vezes os interesses políticos parecem ser predominantes ante o bem-estar dos cidadãos que dizem proteger.⁶⁸

Além da grande complexidade e variedade que integram os atos cometidos pelas organizações criminosas, os integrantes desses grupos são especializados em evitar a produção de provas por parte da polícia.

Conforme cita Vittorio Grevi,

[...] a arma disparada para matar alguém é destruída, para evitar comparações com outros episódios de fogo; o automóvel utilizado não é apenas roubado, mas incendiado, para não deixar vestígios; o assassino, proveniente de muito longe, é desconhecido no ambiente onde age; os suspeitos procuram álibis convincentes e agem por meio de terceiros; os telefonemas dos sequestradores não duram mais que tanto tempo para permitir a identificação de sua origem; as fontes testemunhais, quando raramente existem, vêm intimidadas ou oprimidas; no interior do grupo criminoso as informações são extremamente restritas, para evitar os danos decorrentes de um possível dissociado no futuro.⁶⁹

Isso mostra o imenso empenho do crime organizado em impedir a produção de prova pelas autoridades.

Nos últimos anos, com o desenvolvimento tecnológico e com a autorização de meios

⁶⁶ MUÑOZ SANCHEZ, Juan. **El Agente Provocador**. Valência, Tirant lo Blanc, 1995.

⁶⁷ DELGADO GARCÍA, Maria Dolores. **El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada**. In: CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz (Org). *La criminalidad organizada ante la justicia*. Sevilha: Universidad de Svilla, 1996.

⁶⁸ GARRIDO, Vicente et al. **Principios de criminología**. Valência: Tirant lo Blach, 1999.

⁶⁹ SILVA, op. cit., p. 33.

não convencionais de produção de prova, como a interceptação ambiental, os integrantes de grupos organizados têm adquirido equipamentos eletrônicos, normalmente de tecnologia superior aos equipamentos utilizados pelas polícias, para detectar ou neutralizar microfones e câmeras escondidas em ambientes frequentados pelos criminosos. Com isso, comprometem a produção de prova, pois as autoridades não têm investimento suficiente para comprar equipamento de última tecnologia. Além disso, como outro exemplo, há organizações em que os integrantes se comunicam em outras línguas ou mesmo em dialetos, o que, por óbvio, dificulta o trabalho policial, que não dispõe de tradutor para inúmeras línguas. Ainda, tem-se a difícil prova testemunhal, a qual raramente ocorre, pois quando a testemunha sobrevive, normalmente, está demasiadamente aterrorizada para falar o que sabe sobre o grupo. O alto poder de intimidação, corrupção e a lei do silêncio, marcantes características das organizações criminosas, instauram o medo nas testemunhas, que são intimidadas, não têm plena certeza que podem confiar em membros do poder público, além da lei do silêncio implantada no território em que a organização atua. Normalmente, contra as testemunhas são utilizadas técnicas violentas de intimidação, mas também podem receber ofertas de dinheiro ou mesmo outras promessas por parte da organização. Não se pode esquecer o famoso caso do ex-mafioso Tommaso Buscetta, no qual, pelo fato do ex *capo* da *Cosa Nostra* ter sido um dos principais delatores no Maxiprocessos⁷⁰, 36 membros de sua família, dentre eles mulheres, crianças e adolescentes, foram mortos por seus ex-companheiros de Máfia, como forma de vingança. Tudo isso implica reconhecer que a prova testemunhal é algo bastante difícil de conseguir.

Paolo Tonini⁷¹ afirma que, embora seja difícil encontrar uma razão filosófica que justifique o uso da colaboração premiada, há muitas outras razões práticas que fundamentam a sua utilização, como o fato de não se conseguir provas por outros meios investigativos, a necessidade de combater as organizações criminosas e a possibilidade de se aproveitar dos conflitos internos.

Diante do medo inferido pelas organizações criminosas às testemunhas e da alta complexidade das ações destes grupos, que utilizam, inclusive, tecnologia de ponta, os entes investigativos se viram obrigados a procurar novas formas de obtenção de provas, razão pela

⁷⁰ O Maxiprocessos aconteceu em meados de 1980, contando com 474 réus. Para este processo foi construído um tribunal subterrâneo especial perto da prisão de Ucciardone, em Palermo. O tribunal fora construído com concreto reforçado, cercado por arame farpado e protegido por mais de 3 mil soldados e um tanque. Havia cerca de mil espectadores, os quais poderiam assistir ao julgamento em uma galeria especial com vidro à prova de bala. Como resultado do processo, o qual durou 22 meses, mais de mil testemunhas foram ouvidas, 344 réus foram condenados e sentenciados a mais de 2.665 anos de prisão, sem contar 19 sentenças de prisão perpétuas concedidas aos mais importantes chefes da Máfia Siciliana.

⁷¹ SILVA, op. cit., p. 34

qual surgiram a colaboração premiada, a infiltração de agentes, a ação controlada, o acesso a registro pessoais, como dados bancários, financeiros e fiscais, a interceptação telefônica e outras medidas, como a criação de programas de proteção a testemunhas. O uso de meios não convencionais de investigação contra o crime organizado é, claramente, justificado por si só. Por muitas décadas, alguns países europeus sofreram com o crime organizado, em grande parte pela ineficiência do Estado em conseguir provas contra os integrantes das organizações. Essa ineficiência, por sua vez, se deu em parte pela falta de interesse de alguns agentes públicos em dismantelar essas organizações, mas, principalmente, pelo fato de o Estado utilizar os meios convencionais de investigação, os quais não surtiam efeito algum e as investigações empacavam em determinado momento.

Juan José López Ortega assegura que

[...] hoje em dia constitui uma realidade aceita a afirmação de que os métodos convencionais de investigação são insuficientes para combater certas formas de delinquência, motivo pelo qual as autoridades recorrem à infiltração policial, estabelecendo relação com o autor previsível da infração, para intervir no próprio processo de realização da atividade delituosa.⁷²

Neste sentido, José María Paz Rubio⁷³ entende que as formas de cometimento de crime evoluíram nos últimos tempos. Por isso, em face da ação do crime organizado, é preciso que se superem as técnicas de investigação, por parte da polícia, e que as substituam por outras que sejam eficazes no combate às organizações do crime em alta escala. Outros meios de investigação que surgiram como consequência da dificuldade são as interceptações telefônica e ambiental, a quebra de sigilo bancário e fiscal dos investigados, todos dependendo de prévia autorização judicial, pois violam a intimidade do investigado e, por isso, podem resultar em prejuízo a sua privacidade. Conclui-se que essas “novas” formas de investigação são, de longe, as mais eficazes no combate às organizações criminosas, pois, principalmente, a quebra de sigilo bancário tem sido bastante eficaz no rastreamento de transações financeiras, muitas delas internacionais, com a intenção de lavagem e reciclagem de dinheiro ilícito.

Por causa da evolução da criminalidade organizada, nos últimos tempos, tem-se visto uma alteração na tendência legislativa, a qual tem se mostrado cada vez mais disposta a relativizar alguns direitos fundamentais para uma maior eficiência na persecução penal. Uma medida que vem sendo adotada são as audiências judiciais à distância, tanto para a colheita de depoimento de uma testemunha como para o depoimento do próprio acusado. A colheita do

⁷² Ibid, p. 35

⁷³ Ibid, loc. cit.

depoimento da testemunha à distância se dá para que ela não sofra represálias do grupo criminoso, já do acusado se dá pelos constantes resgates de presos ou fugas. Em alguns países, já é possível, inclusive, a colheita de testemunho à distância e anônimo, embora com isso fique prejudicada a ampla defesa dos acusados. Além desta medida, outras como a ampliação dos prazos das prisões cautelares, que se faz necessária pela prejudicialidade que a liberdade de um dos integrantes da organização pode trazer para a apuração dos fatos, ou ainda a incomunicabilidade dos investigados por algumas horas após serem presos, de forma a não alertarem os companheiros. Ainda há outra medida que vem sendo aplicada, talvez, entre todas, a que seja a mais facilmente aceita, que afeta a questão patrimonial do investigado, é a que trata da inversão do ônus da prova quanto à origem dos bens, direitos e valores de propriedade do acusado.

3.3.2 Tendências restritivas de direitos fundamentais pelo Estado em relação às organizações criminosas

De início, vale destacar o entendimento de Eduardo Araujo da Silva, segundo o qual,

Nota-se, pois, das consequências do crime organizado no plano processual penal, uma inegável tendência de restrição de certos direitos fundamentais dos investigados e acusados, na busca de maior eficiência penal. Para justificar essa tendência, entende-se que a apuração da criminalidade organizada exige medidas diferenciadas daquelas utilizadas para a repressão da criminalidade tradicional, o que poderá conduzir a restrições de direitos constitucionais.⁷⁴

Entende, nessa mesma linha, Jesús-María Silva Sánchez, o qual afirma que, “frente ao fenômeno da criminalidade organizada, impõe-se que algumas garantias processuais sejam 'reinterpretadas', razão pela qual, nos dias atuais, entende inevitável reformas antigarantistas para a apuração de certas formas de crime”⁷⁵. Assim, se não forem tomadas essas medidas contra o crime organizado, no futuro, medidas mais prejudiciais e radicais contra as liberdades individuais e instituições constitucionais poderão ser adotadas.

No contexto internacional, entende-se que o Estado não deve restringir os direitos e liberdades fundamentais dos seus cidadãos, embora, excepcionalmente, isso deve ser autorizado para que o Estado consiga deter criminosos que participam de determinadas formas de criminalidade. A compreensão geral é que, nesses casos, “a balança necessariamente deve pender em favor dos interesses do Estado”, principalmente, pelo

⁷⁴ SILVA, op. cit., p. 38.

⁷⁵ ANDRADE, J. C. Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1985.

simples fato de que esse tipo de criminalidade coloca em risco os direitos fundamentais de toda a população. Essa relativização se dá também por ser função do Estado proporcionar a pacificação social, sendo necessário, por isso, combater o crime organizado. Deve-se, portanto, compatibilizar as garantias processuais ao novo paradigma criminal imposto pelas características da criminalidade organizada.

J. C. Vieira de Andrade entende que:

[...] o fundamento teórico dessa tendência restritiva está no fato de que assim como os direitos fundamentais do cidadão, o bem-estar da comunidade e a prevenção e repressão criminal também possuem assento constitucional e não podem ser sacrificados por uma concepção puramente individualista. Os direitos fundamentais, enquanto valores constitucionais, não são absolutos nem ilimitados, visto que a comunidade não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga os direitos a uma ideia de responsabilidade e integra-os no conjunto de valores comunitários, afigurando-se constitucionalmente lícito ao legislador ordinário restringir certos direitos de indivíduos pertencentes a organizações criminosas que claramente colocam em risco os direitos fundamentais da sociedade.⁷⁶

Nesse sentido, entende Suzana de Toledo Barros que:

[...] as colisões de direitos fundamentais podem envolver direitos individuais e bens jurídicos da comunidade, faz referência à denominada “cláusula da comunidade”, através da qual os direitos individuais estão sempre limitados, desde que coloquem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade; contudo, para a sua consideração, impõe-se a ponderação dos valores constitucionais diante de um caso concreto, para que sejam evitados os efeitos catastróficos de cláusula gerais permissivas de uma ação estatal visando restringir direitos fundamentais, como aquelas do tipo “em razão de segurança pública” ou “para assegurar a moralidade pública”.⁷⁷

Apesar de serem necessárias novas formas de investigação contra o crime organizado, é preciso encontrar-se um ponto de equilíbrio entre os interesses do Estado e os direitos individuais durante a repressão à criminalidade organizada. Atualmente, este ponto de equilíbrio é um dos maiores desafios enfrentados pelo processo penal, pois tanto o crime organizado quanto as ações para combatê-lo são um perigo para a Democracia. De um lado, tem-se o crime organizado que espalha seus tentáculos por todos os órgãos públicos de forma a garantir os seus interesses, já, de outro, tem-se a relativização dos direitos fundamentais para que se tenha uma efetiva investigação deste fenômeno social. Ambos, Estado e crime organizado, podem ser um risco à Democracia, razão pela qual se faz necessário encontrar um ponto de equilíbrio, pois tanto não há direitos fundamentais absolutos como não se pode ter um Estado com poderes ilimitados. A história mundial contém inúmeros exemplos de restrições aos direitos fundamentais em razão de interesse do Estado, o que implica

⁷⁶ Ibid, p. 213.

⁷⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 167-168.

reconhecer que a matéria deve ser tratada com extrema cautela tanto pelo legislador quanto pelo juiz da causa.

A restrição de direitos por parte do Estado deve ter um limite absoluto, o qual, atualmente, é tido como sendo a inviolabilidade da vida humana e a integridade física e moral dos investigados. José Miguel Sardinha⁷⁸ entende ser impossível uma lei que seja restritiva a ponto de prejudicar o direito à vida e à integridade física dos cidadãos, pois assim estaria violando a ideia de dignidade da pessoa humana, que faz parte do chamado núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias do todo e qualquer sistema constitucional de direitos fundamentais.

3.3.3 Meios de busca de provas em relação ao crime organizado

Conforme já mencionado, os meios convencionais de obtenção de prova não são suficientes contra o crime organizado, razão pela qual foi preciso o desenvolvimento de novas formas de obtenção de prova, as quais sejam eficazes contra estas empresas criminosas.

Entre estas novas formas de investigação são possíveis citar a colaboração premiada; a ação controlada; o acesso a registros, dados cadastrais e documentos; a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos; as interceptações de comunicações telefônica e telemáticas; e o afastamento de sigilos financeiro, bancário e fiscal.

3.3.3.1 A colaboração premiada

A colaboração premiada, também conhecida como cooperação processual, é basicamente um “acordo” entre as partes, ou seja, entre o Ministério Público e o investigado ou membro de uma organização criminosa que voluntariamente se dispõe a prestar informações à Justiça.

O termo acordo para a colaboração premiada é utilizado de forma errada, pois a colaboração não se concretiza com a simples proposta do Ministério Público e a anuência do colaborador. A cooperação, na realidade, envolve uma terceira parte que pode ou não aceitá-la: o juiz. O magistrado não participa da “negociação” entre as partes, mas recebe os termos da cooperação e decide se concederá ou não algum benefício como troca.

A cooperação se dá ainda na fase da investigação criminal e tem duas funções: a

⁷⁸ SILVA, op. cit., p. 44-45

preventiva e a repressiva. A colaboração preventiva é aquela em que o integrante da organização criminosa confessa às autoridades todos os seus crimes e ainda ajuda a evitar que novos delitos se concretizem. Já a colaboração repressiva é aquela na qual o cooperador assiste concretamente às autoridades a coletar provas contras os demais integrantes da organização, de forma a possibilitar a prisão dos demais.⁷⁹

Há quem diga que a utilização da colaboração premiada seria uma prática antiética. Marcelo Mendroni discorda desse entendimento:

Não concordamos com este raciocínio porque se busca exatamente a aplicação de um instrumento previsto em lei – trazido, portanto, ao mundo jurídico, que tem a finalidade de tornar mais eficiente a aplicação da justiça, exatamente nos casos considerados mais graves, que abalem de forma mais agressiva a ordem pública. Permite-se a afrouxamento de uma punição pela facilitação da ação da justiça em face do objeto de coibir a continuidade ou majoração da prática criminosa de maior vulto e/ou intensidade. Bem aplicado, torna a investigação mais rápida e mais eficiente. Além do mais, pode-se considerar que a “ética” seja um valor moral de menor agressividade do que a prática de um crime, ou melhor, do crime que comporta a aplicação da medida de delação premiada. Na hipótese do confronto de ambos, não parece incoerente sacrificar tópicos de ética em troca de restauração da ordem pública abalada pela prática do crime grave.⁸⁰

De outro lado, também, não se fere o princípio da proporcionalidade ou da igualdade quando se aplicam penas diferenciadas a criminosos que praticaram o mesmo crime, conforme o previsto no art. 59 do Código Penal.

Outro ponto levantado seriam as falsas delações por parte do cooperador, o qual, com a intenção de prejudicar os seus companheiros, imputar-lhes-ia falsos delitos. Para lidar com essa situação, está previsto, no Código Penal, no artigo 339, que dispõe sobre a denúncia caluniosa. Também a calúnia prevista no artigo 138 desse mesmo diploma legal e, quando se tratar da apuração de crimes do crime organizado, a falsa imputação de crime a outros integrantes pode ser adequada com o art. 2º, §1º da lei 12.850/13, que trata do crime de obstrução à justiça, além do art. 19 dessa mesma lei, que trata do crime de falsa imputação de crime a pessoa que sabe ser inocente ou revelar informações sobre a organização que sabe se inverídica, isso tudo sob o pretexto de colaboração com a justiça.

A colaboração premiada já é largamente utilizada em países como a Inglaterra, os EUA, a Itália e a Espanha.

No país inglês, a delação premiada foi empregada pela primeira vez em 1775, quando o juiz entendeu admissível o testemunho de um dos acusados contra os cúmplices do crime e, em troca dessa cooperação, o colaborador saiu impune do crime. Nesse país, o colaborador é

⁷⁹ Ibid, p. 52

⁸⁰ MEDRONI, op. cit., p. 132.

conhecido como *crown witness*, podendo-se entender, em uma tradução livre, como “testemunha da coroa”, ou seja, a testemunha teria algo parecido com fé pública.

Nos EUA, a colaboração premiada também tem sido largamente utilizada, principalmente em casos envolvendo a máfia ítalo-americana, nos quais se ofereciam acordos em troca de denúncias que levassem os chefões à prisão. Grande parte dos integrantes de organizações criminosas que aceitam testemunhar recebem a oferta para entrar no *Witness Security Program*, famoso Programa de Proteção a Testemunhas, criado na década de 1970 e gerido desde aquela época pelos U.S. Marshals – agência federal que tem a função de além do serviço de proteção à testemunha, também de escoltar presos da justiça federal, de resgatar presos e de gerenciar bens apreendidos de empresas criminosas. Desde a sua criação, o programa já protegeu cerca de 6.800 testemunhas.

Na Itália, o caso mais famoso de colaboração premiada ocorreu durante o *Maxiprocesso*, no qual dois ex-mafiosos, Tommaso Buscetta e Salvatore Contorno, testemunharam contra seus ex-companheiros, levando 474 réus a julgamento. Em troca de seus testemunhos, os dois *pentitis* entraram no *Witness Security Program* americano, pois, à época, a Itália estava carente de um programa com aqueles moldes. Cabe destacar aqui o esforço extra-humano do magistrado Giovanni Falcone, o qual fora abandonado pelo Estado Italiano, sociedade e até mesmo pelos seus próprios companheiros de profissão, para que o processo fosse adiante e a luta contra a Máfia não morresse por desinteresse de alguns. Falcone, inclusive, negociou com o Governo Americano a inserção dos dois colaboradores no Programa de Proteção a Testemunhas, algo impensável à época, sendo eles parte dos poucos estrangeiros que ingressaram no programa americano.

Além do direito interno de inúmeros países, a colaboração premiada também está prevista na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000, na qual, mais precisamente no seu artigo 26, item 2, está previsto que cada Estado Parte poderá reduzir a pena do acusado que cooperar de forma substancial nas investigações ou no julgamento dos autores de infrações constantes na Convenção. Esta previsão mostra, mais uma vez, o esforço e a tendência mundial na busca de meios eficazes de combate ao crime organizado.

A colaboração premiada, no direito brasileiro, está prevista em inúmeras leis, tais como na lei de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998, alterada pela lei nº 12.683/2012), na lei de crime hediondos (Lei nº 8.072/1990), na lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo (lei 8.137/1990), no crime de extorsão mediante sequestro (art. 159, §4º do Código Penal, inserido pela lei nº 9.269/1996), na lei de tóxicos (lei

nº 11.343/2006) e na lei de combate ao crime organizado (lei 12.850/2012).

No Brasil, a primeira tentativa de disciplina da colaboração premiada na sua real dimensão, e não apenas como um meio de perdão judicial ou redução de pena, deu-se com a Lei nº 9.807/1999, antiga lei que tratava sobre o tráfico ilícito de produtos entorpecentes. Com a lei 12.850/2012, o instituto da colaboração premiada fora colocada em prática em sua real dimensão.

A colaboração premiada pode se dar em três momentos. Na fase pré-processual, o que pode implicar na discricionariedade regradada na propositura da ação penal. Pode ser na fase judicial, isto é, durante o processo propriamente dito, a requerimento da parte, conforme previsto no *caput* do art. 2º. E, também, na fase pós-processual, quando já iniciada a execução da pena.

O art. 4º da lei nº 12.850/2012 disciplina os pressupostos de validade da colaboração premiada. São eles: a efetividade e eficácia da colaboração e a voluntariedade do colaborador.

A voluntariedade do colaborador é o ponto mais sensível no plano prático da cooperação. Para dar início à colaboração, é necessário que o acusado se prontifique a cooperar com as autoridades, primeiramente, porque, da mesma forma como é possível a ocorrência de excessos durante a extração de confissão durante as investigações, é possível que ocorram excessos na busca de uma colaboração eficiente, o que, inevitavelmente, levará à ilicitude das provas obtidas a partir da cooperação. O colaborador investigado fica altamente vulnerável durante a cooperação, tanto pelo risco que corre com a organização criminosa quanto pelos excessos que podem ocorrer por parte das autoridades, por isso, é extremamente necessário que o juiz responsável pelo caso participe de todos os momentos em que o colaborador agir. É interessante também pelo fato de mais tarde o testemunho do colaborador ter maior valoração diante do juízo. Por isso, além da participação do juiz, faz-se necessária a presença do defensor do colaborador para que o ato seja regular, sobretudo quanto à livre iniciativa do colaborador.

O segundo pressuposto necessário para que a colaboração premiada se efetive é o da efetiva cooperação, o qual, segundo Eduardo Araujo da Silva,

[...] consiste no seu dever de colaborar de forma permanente com as autoridades, colocando-se integralmente à sua disposição para a elucidação dos fatos investigados. Isso implica a necessidade de comparecer perante a autoridade policial ou judicial todas as vezes que for solicitada a sua presença, ou ainda acompanhar atos de diligências, quando necessário.⁸¹

Ainda para Eduardo Araujo da Silva esse é um requisito sensível, pois nem sempre é

⁸¹ SILVA, op. cit., p. 57-58.

possível classificar com precisão em que proporções o cooperador está ajudando as autoridades.

O terceiro pressuposto necessário para a efetivação da colaboração é a eficácia das declarações, previstas nos incisos do art. 4º da Lei 12.850/12, como identificar os integrantes da organização, revelar a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas e prevenir delitos futuros cometidos. No entanto, não é necessário que se cumpram todos os incisos do referido artigo, mas sim, apenas, um dos incisos já se faz suficiente para a configuração do instituto da colaboração premiada. Por isso, a colaboração sobre fatos que não tenham importância sobre o vital funcionamento da organização criminosa ou fatos secundários não dão razão para a concessão do benefício. Entretanto é importante que se não se confunda efetividade com eficácia das declarações, pois pode ser que o cooperador preste efetivo auxílio às autoridades sem que essa ajuda possa resultar em nenhum avanço efetivo nas investigações. No entendimento de David Teixeira Azevedo, neste caso, deve-se conceder, pelo menos, uma diminuição de pena do colaborador.⁸²

O quarto e último pressuposto necessário para que se configure o instituto da colaboração premiada são as circunstâncias favoráveis, disciplinadas no art. 4º, §1º da Lei 12.850/2012, o qual dispõe que “a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”. Portanto, é necessário que se faça uma análise criteriosa acerca do acusado que deseja ser colaborador e dos crimes os quais o mesmo tenha participado.

Após o entendimento de que há a possibilidade de fazer o acordo de colaboração com o investigado, o delegado de polícia ou o representante do Ministério Público têm legitimidade para requerer ou representar ao juiz sobre o pedido de concessão de perdão judicial ao cooperador. Em face do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, o dispositivo da lei 12.850/2012 que concede também ao delegado de polícia a possibilidade de firmar o acordo de colaboração é inconstitucional. Portanto, apenas o representante do Ministério Público pode dispor da possibilidade de oferecer o acordo de colaboração ao investigado, mediante a homologação judicial.⁸³

O acordo de colaboração entre o Ministério Público e o colaborador pode ser realizado a qualquer tempo no processo, e até mesmo antes.

Quando realizado na fase pré-processual, o prazo para o oferecimento da denúncia

⁸² Ibid, loc. cit.

⁸³ Ibid, p. 59

pode ser suspenso por 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até que sejam cumpridas as medidas da colaboração. O objetivo desta medida é aumentar o tempo de investigação sobre a organização criminosa. O acordo de colaboração na fase de investigação pode ter duas consequências: a ausência de oferecimento da denúncia ou a concessão de perdão judicial na sentença.

Na fase processual, o acordo pode ser realizado, a pedido, a qualquer tempo. As partes deverão apresentar o acordo ao juiz para que seja homologado. No acordo, deve ser feito o pedido de perdão judicial ou redução de pena, podendo ser realizado em audiência judicial, quando cumpridos os requisitos.

Na fase pós-processual, isto é, durante a execução da pena, é possível a realização de um acordo de colaboração apenas para fins de redução de pena ou progressão de regime. É necessário se ter cautela nesta fase processual, pois alguns condenados tentam realizar acordos que, em relação aos seus fins, são ineficazes para a justiça.

Após confeccionado o acordo de colaboração, inicia-se a cooperação do investigado. É necessário ter-se extrema cautela com a valoração da palavra do colaborador, conforme se pode depreender do art. 4º, §16, no qual está expresso que nenhuma sentença condenatória será proferida com base apenas nas declarações do cooperador, de modo que são necessárias outras provas que confirmem os fatos declarados. Embora esteja sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade e ainda suscetível ao crime de falsa colaboração, é necessário ter-se grande cautela com as declarações do colaborador, pois, por se tratar de crime organizado, as informações repassadas podem estar viciadas, induzindo ao erro toda uma investigação. Dessa forma, toda declaração do colaborador deve passar por rigoroso controle por parte do tribunal.

A proteção do colaborador e seus familiares é de suma importância para a justiça, pois, além de elucidar inúmeros crimes não resolvidos, ganha credibilidade por conseguir proteger aquele que se dispôs a ajudar a justiça. O artigo 5º da Lei 12.850/12 lista os direitos do agente colaborador, entre eles estão ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações preservados; ser conduzido separadamente dos corréus; participar de audiências sem contato visual com os outros acusados. Por causa da cultura de supressão de provas do crime organizado, característica importante, é necessário manter em segurança o colaborador e seus familiares, pois a prova oral está entre os mais importantes meios de prova contra as organizações criminosas. Muitas vezes, devido ao risco ocasionado pelo deslocamento do colaborador, este é ouvido à distância, em audiência telemática, não se colocando em risco, assim, nem o colaborador nem seus familiares.

3.3.3.2 A ação controlada

A ação controlada, também conhecida como entrega vigiada, consiste no retardamento estratégico e na espera do melhor momento para a ação policial, de modo que, em um primeiro momento, evita-se a prisão de integrantes da organização criminosas, mesmo que estejam cometendo crimes em flagrante, de forma a aguardar o momento mais propício para a prisão, quando será possível prender integrantes mais influentes da organização ou até mesmo os seus líderes. Cada vez mais é aceitável aos agentes policiais retardarem a ação para, controlando a situação, tentar prender o chefe. Exemplo bastante prático é o tráfico de drogas em que a Polícia deixa de prender o “traficante de esquina” para tentar prender o fornecedor do material entorpecente.

Em conjunto com o art. 303 do Código de Processo Penal, o qual prevê o flagrante delito enquanto não cessar a permanência da conduta criminosa, da ação controlada surge a expressão “flagrante prorrogado” ou “retardado”, que, basicamente, é o controle do momento em que será realizado o flagrante do indivíduo.

A previsão legal desta técnica investigativa de obtenção de prova, evita que os agentes policiais sejam responsabilizados penalmente pelo crime de prevaricação, pois, na verdade, retardaram ou deixaram, deliberadamente, de agir frente a uma prática delituosa em curso. A ação de retardar a prisão visa uma maior possibilidade de êxito na obtenção de provas por causa da espera para o melhor momento de ação. A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional prevê, também, entre os métodos especiais de investigação, a ação controlada. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção também prevê a utilização da entrega vigiada, no artigo 2, item “i”, a qual é compreendida como

[...] a técnica consistente em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, o atravessem ou entrem nele, com o conhecimento e sob a supervisão de suas autoridades competentes, com o fim de investigar um delito e identificar as pessoas envolvidas em sua ocorrência.⁸⁴

O legislador brasileiro já previra a ação controlada na revogada lei de combate ao crime organizado, Lei nº 9.034/1995, e também na revogada lei de drogas, Lei nº 10.409/2002, na qual o agente policial poderia não atuar em relação a tóxicos que transitassem pelo território brasileiro, com fins de obtenção de melhores provas ou colaboração com outros países, desde que sob supervisão policial.

A atual Lei de Drogas, Lei 11.343/2006, exige que a ação controlada seja autorizada

⁸⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm

pelo judiciário, após ouvido o Ministério Público. É pertinente destacar que a autorização judicial se faz necessária, primeiramente, para definir o início da ação controlada, segundo, porque, por exemplo, imagine-se que um grupo de maus policiais dá guarida ou proteção a um grupo criminoso, caso não tenham autorização judicial, se descobertos durante o acobertamento, podem alegar que estavam em uma ação controlada. Portanto, salvo em casos em que o policial demonstre que não havia tempo hábil para a autorização judicial, é necessária a autorização por parte do judiciário para a segurança dos direitos dos investigados e, principalmente, para a regular obtenção das provas, de forma a serem regularmente admitidas em juízo.

A lei de combate ao crime organizado, Lei nº 12.850/2012, também prevê a ação controlada como meio de obtenção de prova e, da mesma forma como a lei de drogas, necessita de autorização judicial. Note-se que o artigo que trata da ação controlada, possivelmente, esteja eivado de inconstitucionalidade, pois permite também que seja a ação controlada realizada também no âmbito administrativo, por agente da Receita Federal, o que vai de encontro ao artigo 144, §1º, inciso I, e §4º, da Constituição Federal.⁸⁵

A lei de combate ao crime organizado exige dois pressupostos para que a ação controlada seja considerada regular: a observação e o acompanhamento da ação dos investigados e a prévia autorização judicial, previstos, respectivamente, art. 8º, *caput* e seu §1º. Os agentes policiais não deverão sair da passividade das condutas, ou seja, deverão apenas observar os acontecimentos sem interferência alguma, pois, dessa forma, poderão ser acusado de provocar as situações em que os crimes foram cometidos, configurando flagrante preparado. Além de não interferirem nas ações dos investigados, os policiais não deverão agir de forma a violar princípios constitucionais, desde que não tenham autorização judicial e não possam prorrogar a ação policial por tempo indeterminado, sob pena de levantarem suspeitas sobre o real interesse no atraso da ação policial. Quanto ao requisito necessário da autorização judicial, este se faz necessário porque a ação controlada pode, muitas vezes, atingir direitos constitucionais, como a privacidade e a intimidade, além de evitar eventuais excessos que possam ser cometidos durante as investigações, de modo que, assim, as provas obtidas pelos agentes policiais terão maior idoneidade quando apresentadas ao magistrado. Sem contar que, caso os policiais sejam acusados de prevaricação, estarão amparados por uma autorização judicial.

⁸⁵ O art. 144 da Constituição Federal reserva às Polícias Judiciárias a função da obtenção de provas, por isso, é vedado aos agentes da Receita Federal agirem no âmbito administrativo para a obtenção de prova.

3.3.3.3 Outros meios de prova

Além dos meios de obtenção de prova já expostos - colaboração premiada e ação controlada -, e da infiltração de agentes policiais que será trabalhada no próximo capítulo, há ainda outras formas de obtenção de provas sobre o crime organizado, como o acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações; a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos; as interceptações de comunicações telefônicas e telemáticas; o afastamento de sigilos bancários, financeiro e fiscal; e a cooperação entre agências.

3.3.3.3.1 O acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações

O art. 15 da Lei n. 12.850/2012 trata do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações contidas no cadastro de empresas. O dispositivo legal estabelece que podem ser requisitados apenas dados relativos à qualificação pessoal, à filiação e ao endereço mantido por empresas. Nada além desses dados devem liberados aos investigadores, pois implicarão indevida invasão à vida privada da pessoa investigada. Por outro lado, se houver autorização judicial, qualquer uma dessas informações que invade a vida privada do cidadão pode ser liberada pelas empresas sobre o indivíduo. Caso haja qualquer resistência por parte da empresa em divulgar estes dados solicitados pelo Ministério Público, pelo juiz ou pelo delegado de polícia, nos termos do art. 21 da mesma lei, poderá ser recusada a liberação de dados para a autoridade que os solicitar.

O artigo seguinte trata sobre a liberação de informações contidas no banco de dados de empresas de transporte, tanto de reservas quanto de registro de viagens. Tendo em mente a grandiosidade das ações do crime organizado, é razoável imaginar que alguns integrantes dessas organizações viajam frequentemente para manter seus negócios ilícitos, de modo que essas informações tornam-se vitais para a elucidação do tamanho dos tentáculos da organização no país e no exterior.

Por fim, o artigo 17 trata sobre os registros que as empresas concessionárias telefônicas deverão manter à disposição das autoridades, dados estes que conterão o número de telefone de origem e o número de destino de cada ligação internacional, interurbana e local. Com certeza, nesse quesito haverá invasão estatal na vida privada, razão pela qual, apenas mediante ordem judicial fundamentada, estas informações que violam a intimidade do

investigado podem ser reveladas.

3.3.3.3.2 A captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos

A captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos também é uma forma bastante comum de obtenção de prova contra o crime organizado. Essa forma de obtenção de prova permitiu a prisão de Toto Riina, mafioso italiano foragido por mais de 27 anos e se trata de medida que é encontrada também em outros ordenamentos jurídicos, como o italiano, americano, alemão e francês.

Faz-se pertinente a descrição de Eduardo Araujo da Silva sobre essa medida investigatória:

Na prática, o instituto permite que os agentes da polícia ou eventualmente do Ministério Público, mediante prévia autorização judicial, instalem aparelhos de gravação de som e imagem em ambientes fechados (residências, locais de trabalho, estabelecimentos prisionais etc) ou abertos (ruas, praças, jardins públicos etc.), com finalidade de não apenas gravar os diálogos travados entre os investigados (sinais acústicos), mas também de filmar as condutas por eles desenvolvidas (sinais ópticos). Ainda poderão os policiais registrar sinais emitidos através de aparelhos de comunicação, como rádios transmissores (sinais eletromagnéticos), que tecnicamente não se enquadram no conceito de comunicação telefônica, informática ou telemática.⁸⁶

Este modelo de medida investigativa tem grande importância porque é possível, muitas vezes, a gravação de conversas entre integrantes da organização criminosa e até a gravação de imagens, com ou sem áudio, envolvendo a prática de crimes, tendo, então, grande valoração da prova obtida.

Embora essa medida investigativa esteja prevista na Lei nº 9.034/1995, deixou o legislador de discipliná-la, não regularizando a medida em nenhuma seção da Lei de Combate ao Crime Organizado. Portanto, sem uma disciplina específica por parte do legislador, o mais racional a se fazer é, por analogia, aplicar as cautelas contidas na lei que disciplina a interceptação de ligações telefônicas, pois da mesma forma são dois meios de violação à intimidade e a vida privada dos investigados. Dessa forma, ao autorizar um terceiro a gravar conversas, ações e comunicações de terceiros sem o seu consentimento, possivelmente teve o legislador a intenção de pautá-lo pelo princípio da proporcionalidade, ante a sua inegável potencialidade lesiva.

⁸⁶ SILVA, op. cit., p. 109

3.3.3.3.3 As interceptações de comunicações telefônicas e telemáticas

As interceptações de comunicações telefônicas e telemáticas provavelmente são a forma mais eficiente e importante no combate ao crime organizado. Embora normalmente os grandes chefes raramente utilizem telefones ou quando utilizam, dificilmente falam de seus negócios escusos, sempre é possível adquirir valiosas informações através da interceptação telefônica dos números pertencentes aos integrantes destas organizações. Este meio de obtenção de prova, por óbvio, restringe o direito constitucional à intimidade do investigado, de modo que é sempre necessária a autorização judicial para realizar a interceptação. Para que seja aprovada a interceptação, é necessário que se tenham indícios suficientes de autoria ou de participação do titular do terminal telefônico a ser interceptado, que seja demonstrada a impossibilidade de utilizar-se de outro meio de obtenção de prova e que a infração cometida supostamente pelo investigado seja punida com reclusão.

Quando for possível a utilização de outro meio para obter as provas que seja menos gravoso aos direitos constitucionais do investigado, a interceptação telefônica deve ficar em segundo plano, até que se comprove a ineficiência da medida adotada. As interceptações telefônicas, pela lei, são autorizadas pelo prazo de 15 (quinze) dias, sem prejuízo de necessárias renovações desde que com novos pedidos fundamentados.

Por razões óbvias, os pedidos de interceptações telefônicas, diligências, gravações e transcrições devem permanecer em sigilo durante as investigações, inclusive processados em autos apartados para manter em sigilo a privacidade do cidadão investigado e para não prejudicar as investigações em curso. O sigilo, no entanto, não deve ser estendido até a fase processual, pois dessa forma seria uma grave ofensa ao devido processo legal.

Com o advento da tecnologia os meios de comunicação evoluíram, de modo que, atualmente, muitas organizações criminosas deixaram de utilizar telefones e passaram a utilizar meios de comunicação pela internet, como o *Skype* e *e-mail*. Por analogia, nada impede a interceptação das comunicações realizadas por meio da *internet*, desde que mediante autorização judicial, inclusive, a maioria das comunicações por internet já vêm transcritas.

A possibilidade de sucesso das interceptações telefônicas é, com certeza, maior que o dos outros meios de investigação de crime organizado. A maioria das organizações criminosas é blindada a agentes infiltrados e eventuais testemunhas, quando não juradas pelo silêncio, são ameaçadas de morte, desistindo de testemunhar. Os informantes, também, sofrem o mesmo problema das testemunhas. Assim, muitas vezes, as interceptações telefônicas são a única

forma de penetrar em uma organização, conseguindo-se, por um meio de prova com forte valor probatório, sem interpretações de indivíduos, testemunhas ou agentes infiltrados.

3.3.3.3.4 O afastamento de sigilos bancários, financeiro e fiscal

Outra forma de investigação é o afastamento de sigilo financeiro, bancário e fiscal do investigado, pois, não raras as vezes, a evolução patrimonial do investigado está diretamente ligada ao enriquecimento ilícito, principalmente quando os investigados são funcionários públicos.

O sigilo bancário é uma obrigação que os bancos têm de não divulgar as informações que contém dados do indivíduo, salvo com justa causa. Esse direito do cidadão pode ser extraído do direito à intimidade. As movimentações bancárias, financeiras e patrimoniais podem mostrar detalhes íntimos da vida privada do cidadão. No entanto, quando houver interesse público, como a investigação de uma infração penal, superior ao direito à intimidade do investigado, porque nenhum direito é absoluto, a balança deve pesar para o interesse público. Por ferir direito fundamental, a quebra do sigilo bancário, fiscal e patrimonial não pode prescindir de decisão judicial fundamentada, de modo que, quando autorizada, deve o juiz, também, definir as pessoas que devem ser atingidas pela medida e o prazo das informações.

A Lei Complementar nº 105/2001, que “dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras”, traz um rol exemplificativo, igual ao apresentado na Lei de Combate aos Crimes de Lavagem de Dinheiro, sobre os crimes que ensejam a quebra de sigilo bancário. A lavagem de dinheiro e o sigilo bancário, de certa forma, andam juntos na conversão de bens, tanto na lavagem como na reciclagem de dinheiro. Dessa forma, baseado no rol exemplificativo, que traz apenas crimes mais graves, não é todo crime que enseja a quebra do sigilo bancário.

A quebra de sigilo bancário de empresas é algo que deve ser considerado, pois é bastante comum que empresas sejam utilizadas para a lavagem de dinheiro para organizações criminosas. As empresas de fachada normalmente mesclam o dinheiro lícito de sua atividade fim com o dinheiro ilícito advindo da organização criminosa.

3.3.3.3.5 A cooperação entre agências

Por fim, outra forma de investigação e obtenção de prova prevista na Lei de Combate ao Crime Organizado é a cooperação entre instituições, públicas e privadas, nacionais e internacionais. Este meio não tem por fim a obtenção direta de provas, mas sim, possibilitar a obtenção de provas mediante o conjunto das informações compartilhadas. O ideal seria, por parte do poder público, a criação de um banco de dados nacional, integrado com órgãos estaduais, que contivesse dados sobre organizações criminosas, empresas suspeitas e seus sócios e fatos comprovadamente ligados às organizações criminosas.

4 A ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo tratará especificamente do instituto da infiltração policial em organizações criminosas. Dividido em dois itens, o primeiro abrangerá a atuação do agente infiltrado nas organizações criminosas, no qual se discorrerá, primeiramente, sobre o conceito de infiltração policial, sobre os aspectos processuais da autorização para a infiltração policial nas organizações criminosas e sobre os direitos e deveres do agente policial infiltrado. No segundo item, tratar-se-á da aplicação do princípio da proporcionalidade na análise da atuação do agente infiltrado, ou seja, partindo-se da aplicação desse princípio no direito penal e processual penal, discorrer-se-á sobre os limites da atuação do agente infiltrado, sobre a valoração da prova obtida pelo agente infiltrado e sobre os desvios de conduta do agente infiltrado, todos à luz do princípio da proporcionalidade.

4.2 A ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

4.2.1 Conceito de infiltração policial

A infiltração policial consiste, basicamente, na integração de um agente policial ou de serviço de inteligência, com prévia autorização judicial, a uma organização criminosa, o qual passará a agir como se fosse um de seus integrantes, participando das suas atividades diárias, das conversas, das tomadas de decisões e também da execução de ações criminosas, por meio das quais terá melhores condições de compreendê-la e, conseqüentemente, combatê-la mediante o repasse de informação às autoridades.⁸⁷

Para Eduardo Araujo da Silva a infiltração policial

Consiste numa técnica de investigação criminal ou de obtenção de prova, através da qual um agente do Estado, mediante prévia autorização judicial, se infiltra numa organização criminosa, simulando a condição de integrante, para obter informações a respeito de seu funcionamento.⁸⁸

Ainda segundo esse autor, essa técnica de investigação contém três características fundamentais: a dissimulação, que seria a ocultação por parte do agente de sua condição oficial de agente do Estado e a sua real intenção; o engano, com o qual o agente infiltrado obterá a confiança dos reais agentes criminosos da organização; e, a interação, na qual o

⁸⁷ MENDRONI, op. cit., p. 184

⁸⁸ SILVA, op. cit., p. 92

agente policial infiltrado necessitará ter uma relação direta com os integrantes-autores em potencial.⁸⁹

A ONU, em documento publicado para dar suporte à Conferência das Nações Unidas para o combate ao Crime Transnacional Organizado, define agente infiltrado como

Um agente infiltrado ou oficial infiltrado é um oficial da lei que finge ser um criminoso para o fim de obter informações, tipicamente pela infiltração em uma organização criminosa. O máximo de cuidado deve ser tomado para avaliar os riscos devido ao enorme perigo e dificuldades inerentes à questão e somente policiais adequadamente treinados deveriam ser empregados para tal finalidade.⁹⁰

A infiltração policial tem por finalidade principal dar maior eficácia às investigações criminais, identificando, neutralizando e destruindo as estruturas de macro criminalidade que ameaçam as instituições democráticas. Por outro lado, essa forma de obtenção de prova está longe de ser comemorada, pois, para muitos, o agente infiltrado “está perto de um herói, ao passo que para outros não está longe de um vilão”⁹¹.

Uma das grandes razões do sucesso das organizações criminosas é o fato de elas conseguirem camuflar de forma eficiente as suas atividades e operações, tornando extremamente difícil o acesso a informações que possam levar ao desmantelamento da organização. A utilização deste meio extraordinário de investigação se justifica pelo fato de que os meios tradicionais de investigação da criminalidade não são eficazes no combate à criminalidade organizada.⁹²

4.2.2 Aspectos processuais da autorização para a infiltração policial nas organizações criminosas

Nos artigos 10 ao 12 da Lei n. 12.850/2013, definiram-se os parâmetros que devem ser seguidos para que esta importante forma de investigação seja devidamente autorizada pelo Poder Judiciário e tenha efetividade na persecução penal.

O art. 10 dessa lei inicia com “a infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação”. Deste trecho depreende-se, primeiramente, que, para que se tenha uma infiltração policial, é necessário que haja previamente uma investigação policial acerca da organização em foco. É necessário aqui se tenha instaurado o inquérito policial, neste caso,

⁸⁹ SILVA, op. cit., p. 92

⁹⁰ http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/2013_CTOC_COP_WG7/CTOC_COP_WG.7_2013_2_E.pdf

⁹¹ PACHECO, p. 107.

⁹² FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade Organizada – Comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 184.

em sigilo, para que se tenha a operação de infiltração. Com isso pretende o legislador evitar investigações informais, principalmente, na forma infiltrada, a qual é de grande lesão aos direitos fundamentais do investigado, como a privacidade e intimidade.⁹³

Ainda do art. 10 é possível extrair-se que o sujeito ativo da infiltração deve, necessariamente, ser “agente de polícia”. A lei anterior que tratava sobre as investigações referentes ao crime organizado, Lei 9.034/1995, trazia a permissão para que “agentes de inteligência” se infiltrassem em organizações criminosas, como os agentes da ABIN (Agência Brasileira de Inteligência) e da SISBIN (Sistema Brasileiro de Inteligência), o que, para muitos autores, configurava-se um erro legislativo, pela simples razão de que estes agentes “possuem como função precípua as atividades de inteligência estatal, ou sejam, aquelas voltadas para subsidiar o Governo brasileiro e suas instituições, acerca de eventuais perigos à preservação da soberania nacional”⁹⁴. Por isso, atualmente, somente é possível atuar como agente infiltrado os integrantes das instituições policiais constantes no *caput* do art. 144⁹⁵ da Constituição Federal. Mais especificamente, os agentes das polícias federal e civil, as quais, em nosso sistema legal, exercem a atividade de polícia judiciária⁹⁶, ou seja, atuam no campo das investigações dos crimes, uma vez que, enquanto as polícias militares atuam no policiamento ostensivo, as polícias rodoviárias e ferroviárias atuam, respectivamente, no patrulhamento das rodovias e ferrovias.

Com base no art. 1º, §1º, da lei 12.850/2013, o número mínimo para se configurar organização criminosa é de quatro integrantes, portanto, o agente infiltrado deverá ser, pelo menos, o quinto, caso contrário, não estará configurada a organização criminosa. Isto, pois, faltarão o critério objetivo do número de integrantes na organização criminosa porque o agente policial infiltrado “não é, em essência, um delinquente agindo contra a lei e praticando deliberadamente e com dolo de ânimo delitivo”⁹⁷.

A infiltração policial pode ser representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa – Comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 76.

⁹⁴ FERRO; PERREIRA; GAZZOLA, op. cit., p. 194

⁹⁵ BRASIL. Constituição da República. Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

⁹⁶ É necessário lembrar que as Polícias Militares também desempenham as funções de polícia judiciária no tocante aos crimes militares praticados por seus agentes, podendo, portanto, haver a necessidade de infiltração em organizações criminosas que envolvam policiais militares.

⁹⁷ FERRO; PERREIRA; GAZZOLA, op. cit., p.194

representante do Ministério Público. Quando requerida pelo órgão ministerial, antes da decisão judicial, deverá haver a manifestação do delegado de polícia acerca da viabilidade da operação de infiltração. Quando a representação partir da autoridade policial, deverá o membro do Ministério Público manifestar-se acerca do cumprimento das exigências contidas na Lei 12.850/13. O pedido deverá conter, conforme o art. 11 da mesma lei, um relatório que descreva de forma detalhada o histórico investigativo, também demonstrando que as outras formas de investigação e obtenção de provas menos invasivas aos direitos fundamentais foram devidamente esgotadas e mostraram-se ineficazes. No detalhamento do caso concreto, é necessário o apontamento de indicativos da prática de infrações penais, não é necessária a certeza da materialidade, mas indícios, e, se possível e mesmo que superficiais, dados sobre as pessoas que devem ser investigadas e os locais em que a operação será desenvolvida.⁹⁸ Portanto, é proibido que seja pretendida a infiltração policial sob o argumento abstrato de “investigar a organização criminosa” ou “investigar os crimes praticados pela organização criminosa”. O pedido deve, sempre, ser baseado em evidência já coletada contra a organização criminosa, as quais demonstrem um mínimo de atividade suspeita.⁹⁹

Após o pedido, cumpridas as formalidades necessárias, virá a autorização judicial. A infiltração policial é um instituto que apenas poderá ser colocado em prática, caso tenha uma autorização judicial. A art. 10 da Lei 12.850/13 prescreve que a decisão judicial deve ser circunstanciada, motivada e sigilosa. Circunstanciada, pois “deve abranger todas as circunstâncias e particularidades referentes ao caso concreto”¹⁰⁰. Motivada porque, além de ser requisito para decisões judiciais¹⁰¹, o magistrado deverá justificar o motivo pelo qual está autorizando a restrição de direitos fundamentais do investigado em prol da investigação policial. O sigilo é requisito óbvio, pois, caso o magistrado decida pela infiltração e esta decisão não seja sigilosa, toda a operação policial de infiltração será colocada em risco, o que pode acarretar, inclusive, em perigo ao policial que realizará a infiltração e seus familiares. A autorização judicial deve ainda restringir o campo de atuação do agente policial infiltrado, de forma a legitimar a sua participação junto à organização criminosa, além de delimitar o prazo de duração da operação de infiltração e pessoas que serão alvo dela.

Acerca da decisão judicial que autoriza a operação de infiltração, entende Marcelo

⁹⁸ Ibid, p. 200

⁹⁹ MENDRONI, op. cit., p. 195

¹⁰⁰ FERRO; PERREIRA; GAZZOLA, op. cit., p.196

¹⁰¹ BRASIL, Constituição da República. Art. 93, IX, CF - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Sem grifo no original)

Batlouni Mendroni que:

Pode conter, extensivamente, autorização expressa para que o agente, sendo favoráveis as condições e sem risco pessoal, apreenda documentos de qualquer natureza, desde papéis a arquivos magnéticos; e, dispondo de equipamentos correspondentes, realize filmagens, fotografias e escutas, ambientais e telefônicas. São meios de prova dos quais a Polícia não pode prescindir e nada os impede, ao contrário, tudo favorece, sejam realizados pelo agente mediante expressa e prévia autorização judicial. Seria, a contrário senso, absolutamente inviável a necessidade de que o agente tivesse que buscar autorização judicial para cada situação vivida na infiltração, não só pelo evidente risco de *periculum in mora*, mas também pela absoluta impossibilidade fática. São também providências que se encaixam com o princípio da proporcionalidade, pois se o agente pode estar infiltrado no meio dos criminosos, não há razão para que não possa, via de extensão e em compatibilidade com a sua função investigativa, recolher as provas que forem possíveis à demonstração cabal da situação criminosa vivenciada.¹⁰²

Ainda no art. 10, § 2º, é citada a obrigatoriedade de a autoridade policial fornecer ao magistrado material que demonstre a existência de indícios de prática de infrações penais por parte da organização criminosa, as quais devem ter penas máximas superiores a quatro anos ou sejam infrações de caráter transnacional, conforme o art. 1º, § 1º. Quando se tiver dados acerca dos integrantes da organização criminosa, estes devem ser disponibilizados para que a persecução seja mais efetiva. Dessa forma, também se evita que outras pessoas além dos investigados tenham seus direitos fundamentais afetados pela investigação. O § 2º ainda inovou ao condicionar a autorização da operação de infiltração policial ao exaurimento de outras formas de investigação menos lesivas aos investigados. Utiliza-se, portanto, no caso da infiltração policial, o critério da *ultima ratio*, o qual deve ser sempre aplicado aos meios extraordinários de investigação. Este é o modelo seguido pelo ordenamento jurídico argentino, o qual utiliza a infiltração policial junto ao princípio da subsidiariedade, ou seja, somente quando outros meios de obtenção de prova não funcionam.¹⁰³

O parágrafo seguinte, § 3º do art. 10, trata do tempo da operação policial. O dispositivo diz que a infiltração deve ser autorizada pelo prazo de seis meses, podendo ser eventualmente renovada. A Lei 9.034/1995, a qual tratava sobre crime organizado e fora revogada pela atual Lei 12.850/2013, não trazia a previsão legal do prazo de duração da operação de infiltração. A nova lei sobre crime organizado supre essa lacuna legislativa que havia na lei anterior. O prazo de seis meses deverá ser utilizado pelo agente infiltrado para construir laços e obter dados, provas e informações que sejam úteis a ponto de desarticular a organização. Caso, o agente policial infiltrado não consiga atingir o seu objetivo durante o prazo autorizado de seis meses, é possível que haja a renovação do prazo desde que seja

¹⁰² MENDRONI, op. cit., p. 185

¹⁰³ FERRO; PERREIRA; GAZZOLA, op. cit., p. 202

imprescindível para o êxito da operação policial, principalmente em organizações de cunho internacional, nas quais seis meses poderá ser pouco tempo para se conhecer todos os integrantes da organização.

Outro quesito, constante no art. 11 da referida lei, estabelece que, se possível, deve constar na representação ou parecer policial o alcance das tarefas do agente policial infiltrado. Sempre que possível, a autoridade policial deverá informar ao magistrado “o que se pretende alcançar através da utilização da técnica policial de infiltração, os objetivos a serem atingidos, as expectativas no tocante à busca de provas e informações sobre a estrutura e *modus operandi* do grupo delitivo, etc”¹⁰⁴. Essas informações podem ser vitais ao magistrado que terá maior conteúdo para refletir sobre o pedido de infiltração policial.

O art. 12 da mencionada lei trata, basicamente, sobre o sigilo da operação de infiltração. O artigo começa falando sobre o sigilo da distribuição dos autos ao magistrado e que eles não devem conter nenhuma informação que possa identificar a operação e o agente policial que será infiltrado na organização criminosa. O sigilo, obviamente, também se estende à nova identidade falsa que o agente infiltrado utilizará. Esta “nova” identidade deverá ser fornecida pelo Estado por meio de documentos originais, o que dará ainda mais confiabilidade à falsa história criada pelo agente para infiltrar-se na organização. Por isso, o alto sigilo desta identidade se faz necessário para o sucesso da operação. O sigilo das informações sobre o plano operacional também são de extrema importância para o bom desenvolvimento da operação. Estes dois pontos são tão importantes que o legislador inclusive os tipificou no art. 20 da Lei 12.850/13¹⁰⁵.

Para André Carlos e Reis Friede, o conteúdo constante no art. 12, § 3º, da Lei de combate ao crime organizado, apesar se referir a uma operação de infiltração já em andamento, pode ser considerado um requisito pelo magistrado ao analisar o pedido de infiltração policial. O risco ao agente infiltrado presente neste modelo de investigação é enorme, razão pela qual os autores entendem que, se

os riscos extrapolam os níveis aceitáveis, a operação de infiltração policial sequer deverá ser objeto de representação (do delegado de polícia) ou requerimento (do Ministério Público). Caso o seja, não deverá ser autorizada pelo magistrado.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Ibid, p. 209

¹⁰⁵ BRASIL. Lei 12.850/2013. Art. 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

¹⁰⁶ CARLOS, André; FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 23

4.2.3 Os direitos do agente infiltrado

O art. 14 da Lei 12.850/2013, nos seus quatro incisos, trata sobre os direitos do agente policial infiltrado.

O inciso I diz que o agente pode “recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada”. Da redação do inciso é possível extrair, quanto à voluntariedade da infiltração por parte do agente policial, que é do agente a decisão, quando convocado ou recrutado, a faculdade de aceitar ou não aceitar infiltrar-se na organização criminosa. A voluntariedade da aceitação do agente policial é justificada pelo fato de o agente ter vontade livre e consciente de que trabalhará em um ambiente perigoso e hostil e que deverá se afastar do seio familiar, dedicar-se à rotina do grupo criminoso e, possivelmente, praticar delitos como forma de obter a confiança da organização criminosa. Além disso, caso o Estado pudesse obrigar seus agentes a se infiltrar, as chances de fracasso da operação seriam consideravelmente maiores, pois o agente estaria executando uma operação para a qual não está motivado, além de, provavelmente, não estar preparado, com possibilidade, inclusive, de o agente virar-se contra o Estado e começar a trabalhar para a organização que deveria estar investigando.

Ainda no inciso I do mesmo artigo, é possível o agente infiltrado fazer cessar a operação de infiltração. É direito do agente policial infiltrado fazer cessar a operação de infiltração quando “ocorrer alguma situação de hostilidade e perigo no ambiente interno da organização, fatores estes que podem expor a risco eminente a integridade física e até mesmo a vida do agente policial”¹⁰⁷. Caso o agente policial infiltrado veja que sua identidade falsa corre risco de ser descoberta ou qualquer outra situação que o impeça de continuar trabalhando dentro da organização, poderá cessar a operação de infiltração, informando, assim, o seu superior imediato, o qual comunicará o Ministério Público e o magistrado o qual autorizou a operação.

O inciso II do mesmo artigo trata especificamente da proteção do agente policial infiltrado, dando-lhe o direito a “ter sua identidade alterada, [...], bem como usufruir das medidas de proteção a testemunha”¹⁰⁸. Não poderia ser diferente, pois se mostra fundamental o direito do agente infiltrado de utilizar falsa identidade, porquanto, uma vez dentro da organização criminosa, deve prevalecer a lei do silêncio e quando a operação de infiltração for revelada, caso o agente não tenha sua identidade protegida, sua própria vida e de seus

¹⁰⁷ FERRO; PERREIRA; GAZZOLA, op. cit., p. 225

¹⁰⁸ BRASIL. Lei 12.850/2013. Art. 14, II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas.

familiares estariam em risco. Com o artifício da identidade falsa e a utilização de técnicas de engano e dissimulação, o agente policial infiltrado conseguirá se infiltrar com a finalidade de obter a confiança dos integrantes da organização criminosa e coletar informações suficientes para a persecução penal. Caso necessário, o agente policial infiltrado poderá também fazer de medidas de proteção aplicadas no programa de proteção à testemunha, em sua maioria previstas na Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Seguindo este entendimento, é possível também estender aos familiares do agente policial infiltrado o artifício do uso de identidade falsa e, até mesmo, da proteção durante e após a operação de infiltração.

No inciso III do mesmo artigo, é tratado sobre as informações do agente policial infiltrado. O texto legal diz que são direitos do agente “ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal”. Ninguém melhor que o agente que se infiltrou na organização criminosa para ajudar a acusação a reconstruir os fatos ocorridos durante a investigação, portanto seu testemunho é suma importância para a elucidação dos fatos. Interpretando o dispositivo legal, percebe-se que o legislador preferiu preservar a identidade do agente policial que se infiltrou na organização mesmo durante o processo criminal, o que para muitos autores, como para Ana Luiza Almeida Ferro, Flávio Cardoso Pereira e Gustavo dos Reis Gazzola, incorre na grave lesão ao direito de ampla defesa e contraditório dos acusados¹⁰⁹, acreditam que a imagem e qualificação do agente deve ser divulgada durante o processo, mesmo que em sigilo, somente dando acesso às partes¹¹⁰. Por outro lado, Marcelo Batlouni Mendroni entende que não há motivo para que a identidade do agente seja revelada, mesmo aos advogados, pois “os réus se defendem de fatos e não de pessoas” e, ainda, porque “coloca em risco todas as medidas protetivas previstas em Lei, fulminando-a de inaplicável”¹¹¹.

O último inciso do mencionado artigo trata do direito do agente policial infiltrado de não ter revelada a sua identidade, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem a sua prévia autorização por escrito. Nesse ponto, o legislador falhou porque poderia ter considerado como crime o descumprimento do disposto neste inciso, o que o fez com a figura do colaborador, no qual o art. 18 da mesma lei trata como crime revelar a identidade e filmar ou fotografar o colaborador. Segundo Ana Luiza Almeida Ferro, Flávio Cardoso Pereira e Gustavo dos Reis Gazzola, “resta assim, exposta a integridade física e a própria vida do agente infiltrado, sem qualquer possibilidade de repressão penal contra a

¹⁰⁹ FERRO; PERREIRA; GAZZOLA, op. cit., p. 229

¹¹⁰ Ibid, p. 228-229

¹¹¹ MENDRONI, op. cit., p.200

divulgação acerca de seus dados de identificação”¹¹². Portanto, o legislador mostrou-se despreocupado com a integridade física do agente policial que irá se infiltrar na organização criminosa.

4.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO

4.3.1 O princípio da proporcionalidade e sua aplicação no direito penal e processual penal

Nos últimos tempos, a aplicação do princípio da proporcionalidade no processo penal tem sido cada vez mais aceita, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. A aceitação dessa aplicação se deu após intenso debate, ainda não finalizado, sobre a “possibilidade ou não de utilização do princípio da proporcionalidade no processo penal, justamente em razão do choque aparente de princípios constitucionais”¹¹³. Rafael Pacheco entende que “é fato, os meios mais eficientes para obtenção de provas vulneram alguns dos direitos e garantias fundamentais, dessa forma, o difícil caminho a ser trilhado é identificar o ponto de equilíbrio quando do conflito entre esses direitos e o fim buscado pela investigação”¹¹⁴.

Esse debate tem como ponto central o choque entre, de um lado, o princípio constitucional da vedação da obtenção das provas ilícitas no processo, para o qual as provas colhidas devem obedecer aos preceitos legais, e o princípio da presunção de inocência, o qual, também, age como limitador na produção de provas e o magistrado deve desconsiderar todas as provas obtidas de forma que não esteja presente em lei, e de outro, algum outro princípio constitucional de igual valor, o qual também precisa ser resguardado pelo Estado. Assim, em situações excepcionalíssimas, é possível mitigar os dois primeiros princípios em razão de outro princípio. Neste momento, faz-se necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade no processo penal, sendo possível, assim, a favor da convalidação da prova coletada. A convalidação das provas colhidas, em prejuízo do réu, tem por finalidade a proteção de outro princípio de igual valor, “sob pena de prejuízo ainda maior à ordem jurídico-constitucional, em razão do objeto jurídico que se busca proteger”¹¹⁵.

Uma das situações na qual o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado no

¹¹² FERRO; PERREIRA; GAZZOLA, op. cit., p. 231

¹¹³ SOUSA, Marllon. **Crime Organizado e infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas**. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 111

¹¹⁴ PACHECO, Rafael. **Crime Organizado – Medidas de Controle e Infiltração Policial**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 120

¹¹⁵ SOUSA, op. cit., p.111

processo penal é no momento em que o magistrado autoriza ou não a operação de infiltração policial. Eduardo Araujo da Silva entende que o magistrado, ao autorizar ou não a medida investigativa, deve se basear no princípio da proporcionalidade. Como bem posto pelo autor, atualmente está vencida a questão se o Estado deve ou não restringir direitos fundamentais de seus cidadãos, a pergunta que se dá agora é em que medida deve o Estado restringir os direitos. Neste momento, surge o princípio da proporcionalidade como ponderador dos interesses estatais e lesão aos direitos fundamentais dos cidadãos¹¹⁶. Por ser um pouco impreciso, a doutrina alemã passou a adotar alguns requisitos ou subprincípios para a utilização do princípio da proporcionalidade, são eles a idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A idoneidade se subdivide em adequação qualitativa (aptidão da ação para atingir os fins previstos) e quantitativa (duração e intensidade compatíveis com a finalidade buscada) da ação restritiva de direitos fundamentais. A necessidade pode ser reconhecida também como subsidiariedade, ou seja, se esta é a única forma de atingir o fim previsto, caso haja outra forma menos gravosa de alcançar a finalidade prevista esta deve ser utilizada. A proporcionalidade em sentido estrito é sopesar se o interesse do Estado é proporcional à lesão aos direitos fundamentais do indivíduo.¹¹⁷

Não se pode confundir a eventual utilização do princípio da proporcionalidade como regra ou fundamental princípio de processo penal a ser utilizado conforme a vontade do magistrado. A aplicação do princípio da proporcionalidade deve se dar de forma excepcional, por meio da interpretação de garantias constitucionais, utilizando-se de uma redução teleológica do princípio da vedação das provas ilícitas quando este estiver em conflito com situações que exijam tutela integral por parte do Estado, de forma que a simples aplicação formal dos dispositivos legais restará como estímulo à impunidade e causará danos concretos à vítimas no futuro. Ana Luiza Almeida Ferro, Flávio Cardoso Pereira e Gustavo dos Reis Gazzola acentuam “que a proporcionalidade é essencial para dotar de harmonia o processo penal e conseqüentemente, para alcançar o equilíbrio relativo à tensão de forças entre a

¹¹⁶ SILVA, op. cit. p. 46-47: a noção de proporcionalidade em matéria de processo penal apenas pode ser extraída da Constituição da República de forma explícita, na medida em que o legislador disciplinou nitidamente tratamentos distintos para diversas matérias: considerou inafiançáveis certas formas de crimes graves (art. 5º, inciso XLIII) e, contrariamente, admitiu a adoção de procedimento diferenciado e da transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo (art. 98, I); consentiu a violabilidade das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que autorizada judicialmente (art. 5º, Incisos XI e XII), embora tenha tutelado, como regra, a preservação da intimidade e a vida privada dos cidadãos (art. 5º, inciso X); possibilitou a violabilidade do domicílio durante o dia por determinação judicial, após a fixação como regra de sua inviolabilidade (art. 5º, inciso XI). Essa noção, ainda, pode ser extraída da própria concepção do Estado Democrático de Direito, o qual, como referido, deve assegurar a proteção de um núcleo mínimo dos direitos fundamentais.

¹¹⁷ Ibid, p. 45-49

eficácia estatal e os direitos e garantias fundamentais do cidadão”¹¹⁸. O princípio da proporcionalidade deve ser tratado como uma “regra de operacionalização concreta” de outros princípios constitucionais quando aplicados ao caso concreto e não como princípio autossuficiente e independente.¹¹⁹

Robert Alexy, autor alemão que tem grande influência nos ordenamentos jurídicos latino-americanos, entende que a “técnica da ponderação de princípios constitui, senão a mais perfeita, a mais adequada técnica de solução de colisões entre princípios fundamentais”¹²⁰, de forma que é necessário sacrificar ou limitar alguns direitos para que seja mantida a ordem jurídico-constitucional. Os princípios fundamentais constitucionais têm eficácia irradiante e devem ser concretizados e ter eficácia máxima, no entanto, por serem praticamente absolutos, faz-se necessário que entre em cena a ponderação desses princípios, de modo que se apliquem da melhor forma tanto individual como coletivamente. Pelo fato de o ordenamento jurídico brasileiro conter inúmeros direitos fundamentais, a colisão entre esses princípios é inevitável e constante, sendo possível concluir que não existe no ordenamento jurídico nacional direito que não possa ser reduzido teleologicamente quando em conflito com outro direito ou garantia.

Não alheio ao ordenamento ao qual está inserido e por estar intimamente ligados aos princípios constitucionais, no âmbito do processo penal também ocorre com frequência conflitos entre princípios fundamentais e também nestes casos deve-se aplicar a ponderação como forma de solução para pôr fim ao conflito. No entanto, a aplicação da ponderação de princípios no processo penal deve acontecer de forma mais restrita que em outras áreas do direito.

A utilização do princípio da proporcionalidade em favor do réu não se mostra como um problema, sendo largamente aceito pela doutrina e jurisprudência. Por outro lado, é vedado o uso do referido princípio para convalidar provas contra o réu por lesionar os princípios da presunção de inocência e da ampla defesa, e também porque a acusação sempre deverá agir baseada dos preceitos legais expressos no ordenamento. No entanto, este entendimento vem sendo gradualmente mitigado, de forma que, em determinadas situações, é possível a restrição de garantias fundamentais, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. Marllon Souza entende “pela possibilidade de aplicação da técnica de ponderação de princípios, utilizando-se da máxima da proporcionalidade contra o réu, em

¹¹⁸ FERRO; PERREIRA; GAZZOLA, op. cit., p. 215

¹¹⁹ SOUSA, op. cit., p. 112

¹²⁰ Ibid, loc. cit.

casos de extrema excepcionalidade e gravidade concreta, em caso de princípios imediatamente ligados”¹²¹. A aplicação casuística deste princípio se dá em situações extremas e não no combate a criminalidade qualquer, somente em casos de grande gravidade, no qual há conflito entre princípios constitucionais. Portanto, a partir deste entendimento, há a possibilidade de admissão de provas ilícitas *pro societate*, inclusive por derivação.¹²²

Neste sentido, entendeu o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo, que:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.¹²³

Ainda nesse sentido, há o *Habeas Corpus* julgado pela mesma Corte, sob relatoria do Ministro Moreira Alves, o qual entende

Estando, portanto, afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”) com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna).¹²⁴

Ainda no mesmo acórdão, o relator transcreve parte do parecer da Procuradoria-Geral da República

Evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu representou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa.

Analisando estes acórdãos Rafael Pacheco entende que:

Não se trata de acolhimento de prova ilícita e sim da hipótese de ausência de ilicitude da prova, visto que aqueles que a produziram agiram, inicialmente, movidos pelo sentimento de legítima defesa de seus direitos fundamentais previamente ofendidos. Nestes casos concretos os Ministros não deixam que parem quaisquer dúvidas sobre a necessidade, mesmo que excepcionalmente, de se restringir direitos individuais que, nos seus dizeres, não se revestem absolutos

¹²¹ Ibid, p. 115

¹²² Ibid, loc. cit.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 23.452/RJ – Rel. Min. Celso Mello. Brasília, 16.9.1999, p. 86, DJU Brasília, 12.5.2000.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 74.678-1/SP. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 10.6.1997. p. 241, DJU Brasília, 15.8.1997.

quando em conflito com outros direitos fundamentais. [...] Como se vê, a teoria da proporcionalidade vem sendo largamente admitida em nossa corte maior, nesses exemplos, e em outros tantos, repita-se, não como aceitação da prova ilícita, mas na afirmação da relatividade dos direitos constitucionais. [...] A máxima da proporcionalidade, apanágio do Estado Democrático de Direito, tem, enfim, por objetivo, limitar o alcance dos direitos fundamentais quando em conflito com outros direitos fundamentais. Trata-se de importante mecanismo de regramento e limitação às necessárias medidas restritivas para o enfrentamento da criminalidade organizada e manutenção da essência desses mesmos direitos e não de sua supressão.¹²⁵

A jurisprudência acolhe, largamente, o instituto de provas ilícitas quando em benefício do réu. Entretanto, tem admitido, também, esse tipo de prova em benefício da sociedade, assim limitando algum direito fundamental, como no caso tratado no *Habeas Corpus* n° 70.814/SP, em que o Ministro Celso de Melo entende que a interceptação de correspondência dos condenados realizada pela direção do presídio, sob argumento de segurança pública e/ou disciplina prisional, é lícita, pois um direito do preso não pode servir como meio protetor para o cometimento de atos ilícitos.¹²⁶ Ainda neste sentido e em caso muito parecido, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Adhemar Maciel admite as provas obtidas através de interceptações telefônicas, autorizadas por ordem judicial, realizadas em relação a sentenciado que se encontrava preso. Embora o condenado justificasse violação do princípio constitucional da intimidade, o Ministro entendeu que a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo “não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade”¹²⁷. É clara a utilização do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade diante da colisão de princípios constitucionais, como nos julgados apresentados.

Marllon Sousa entende que:

[...] defende-se aqui a possibilidade de utilização de mitigação do princípio da vedação da utilização de provas ilícitas a favor da acusação, sempre que o bem jurídico afetado merecer tutela especial do ordenamento jurídico, como se dá com a proteção integral da criança e do adolescente, por exemplo.

Quando se trata de conflitos de princípios constitucionais, é necessário “ter em mente não só os atos praticados, mas principalmente os reflexos para o futuro”¹²⁸. A ponderação de princípios fundamentais individuais e coletivos deve ser utilizada sempre em situações excepcionalíssimas, com elevado grau de gravidade, analisando-se cada caso

¹²⁵ PACHECO, op. cit., p. 124-126

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 70814/SP. Rel. Min. Celso Mello. Brasília, 1.3.1994. DJU Brasília, 24.6.1994.

¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 3982/RJ. Rel. Min. Adhemar Maciel. Brasília, 5.12.1995. DJU Brasília, 26.2.1996.

¹²⁸ SOUSA, op. cit., p. 119

minuciosamente, de forma que uma prova, eventualmente, colhida de maneira ilícita deva ter sua nulidade afastada. Conclui Ana Luiza Almeida Ferro, Flávio Cardoso Pereira e Gustavo dos Reis Gazzola que “é primordial assinalar que de modo algum se poderá contestar que qualquer medida de investigação restritiva de direitos fundamentais, deva declinar a observância do princípio de proporcionalidade”¹²⁹.

4.3.2 Os limites da atuação do agente infiltrado em face do princípio da proporcionalidade

De início, vale destacar que os limites os quais devem delinear a ação policial já estão pré-determinados no ordenamento jurídico nacional, tanto na Constituição Federal quanto no Código de Processo Penal e legislação esparsa. Portanto, devem os órgãos persecutórios limitar-se a ações que não firam os direitos fundamentais dos investigados.

O agente infiltrado, por ser representante do Estado, não deve, nem pode, se sentir à vontade praticando crimes. A atuação do agente deve ser balizada em um ponto de equilíbrio entre os princípios do Estado de Direito e os interesses estatais. Novamente, volta-se à utilização do princípio da proporcionalidade. O Estado deve combater o crime organizado de forma eficiente, mas isso não quer dizer que seus agentes podem praticar qualquer tipo de infração penal sob esta justificativa, o que pode levar, inclusive, ao cometimento de crimes muito mais gravosos que os próprios crimes cometidos pela organização criminosa. As ações do agente policial infiltrado devem ser proporcionais aos fins buscados pela persecução penal, pois, a partir de certo ponto, as atitudes do agente passam a ser tão criminosas quanto as dos investigados, senão mais por estar “legitimado” pelo Estado.¹³⁰

Outro tema de grande debate e relevância quando se trata de infiltração de agentes é o receio de o mesmo se tornar um agente provocador, ou seja, no ímpeto, ou até mesmo na má-fé, de conseguir provas contundentes, o agente policial infiltrado provoca ou instiga condutas criminosas por parte dos investigados, ao contrário da sua real função, que seria apenas observar as condutas delituosas praticadas pelos envolvidos.

Marllon Sousa afirma que:

[O agente provocador] pode ser definido como todo agente (seja das forças de segurança pública ou não) que, no desempenho irregular de suas funções, instiga uma conduta criminosa de terceiro, tomando todas as medidas para que o autor seja imediatamente surpreendido em flagrante delito. Na realidade, cuida-se de ato nulo,

¹²⁹ FERRO; PERREIRA; GAZZOLA, op. cit., p. 215

¹³⁰ SILVA, op. cit., p. 97-98

dando causa ao chamado crime impossível.¹³¹

Eduardo Araujo da Silva identifica os seguintes elementos constitutivos do delito provocado:

(a) a incitação por parte do agente provocador para determinar a vontade delituosa do indivíduo provocado (elemento objetivo); (b) a vontade de o agente provocador determinar a prática de um crime para possibilitar a punição do seu autor (elemento subjetivo); (c) a adoção de medidas de precaução para se evitar que o crime provocado se consuma.¹³²

Marcelo Batlouni Mendroni entende que:

Não há que se confundir a figura do “agente infiltrado” com a do “agente provocador”. Aquele recebe ordem e autorização para infiltrar-se na organização criminosa com o intuito de manter a atividade passiva de observância e análise, passando a atuar ativamente, em conjunto ou em apoio com os seus membros somente quando inevitável para que não seja descoberto. Este parte desde logo para a ofensiva, atuando ativamente como “provocador” da prática criminosa sem integrar ou participar da organização criminosa, mas estimulando ou induzindo o agente criminoso a praticar o delito.¹³³

Entende-se que a provocação das condutas criminosas por parte de agentes do Estado é um atentado em desfavor da dignidade do cidadão, tratando-se de um abuso por parte do Estado que deveria oferecer aos seus tutelados a segurança jurídica. Essa instigação por parte do Estado resta por violar princípios e normas constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica, além de um dos objetivos da República Federativa, que é de “promover o bem de todos”.

No Brasil, o flagrante preparado, o qual advém da provocação de agente do Estado ou terceiro a mando deste, torna o crime impossível, conforme súmula 145 do Supremo Tribunal Federal¹³⁴.

Nos Estados Unidos, a interpretação desta ação policial não é tão rigidamente compreendida, pois entende a Suprema Corte Americana que, se o acusado já tivesse uma predisposição para cometer ações criminosas, ou seja, a vontade não nasceu da intervenção do agente estatal, o acusado poderá responder pelo crime praticado.¹³⁵

No entanto, os agentes estatais podem, algumas vezes, fazer uso da provocação de forma proposital, mesmo sabendo da sua inviabilidade para o futuro e eventual processo contra o agente provocado. Como exemplo, pode-se dizer que, se o policial realiza prisão em

¹³¹ SOUSA, op. cit., p. 45

¹³² SILVA, op. cit., p. 99

¹³³ MENDRONI, op. cit., p. 190-191

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 145: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

¹³⁵ SILVA, op. cit., p. 100-101

flagrante em uma compra provocada de drogas, o crime da venda de drogas, neste caso, será considerado impossível. No entanto, o agente provocado poderá responder da mesma forma por crime de tráfico de drogas, pois as drogas já estavam mantidas em depósito, uma das dezoito ações possíveis do art. 33 da Lei 11.343/2006. Neste ponto, é incabível falar-se em provocação por parte do agente estatal, pois as drogas já estavam em depósito antes mesmo da ação provocada pelo policial.^{136 137 138}

As ações do agente policial infiltrado também se distinguem do agente policial que apenas se aproxima, de forma isolada e esporádica, de algum integrante da organização criminosa para descobrir fatos sobre um crime que já fora cometido. Distingue-se também daquele agente policial que, previamente, sabendo de algum crime que será cometido por integrantes de uma organização criminosa, aproxima-se destes para observar e, no momento exato, realizar a prisão. Essas figuras são admitidas pela legislação pátria, pois não há a instigação por parte do policial. Esta última figura é conhecida pela doutrina e pela jurisprudência como flagrante esperado, no qual não há intervenção policial até o momento que será efetuada a prisão, diferentemente do flagrante preparado, que ocorre quando o agente policial induz terceiro ao cometimento de algum delito e, quando consumado, toma as providências para efetuar a prisão deste terceiro.¹³⁹

Há, ainda, outras formas de condutas indevidas por parte do agente policial, como ameaças ou intimidações para que o terceiro cometa algum crime, o que, inevitavelmente, leva à ilicitude da prova. Outro desvio de atitude que pode ser cometido pelo agente policial é a colheita de informações de caráter privado da vida do investigado, sem relação alguma com a investigação de práticas delituosas, sem interesse algum ao processo, informações estas que devem ser extraídas dos autos e com a devida responsabilização do agente policial.¹⁴⁰

¹³⁶ PACHECO, op. cit., p. 140.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n° 9.839/SP. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 6ª Turma. DJ 28.8.2000: RHC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME DE EFEITO PERMANENTE. FLAGRANTE PREPARADO. IRRELEVÂNCIA PARA CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. SÚMULA 145/STF. 1. Não há falar em nulidade do flagrante, sob a alegação de ter sido preparado ou provocado, pois o crime de tráfico de entorpecentes, de efeito permanente, gera situação ilícita que se prolonga com o tempo, consumando-se com a mera guarda ou depósito de comércio, restando inaplicável o verbete da súmula 145/STF. 2. RHC improvido.

¹³⁸ Pacheco afirma, ainda, que, na maioria das vezes, o induzimento policial a venda de drogas pelo traficante é feito para deslindar a guarda ou depósito criminoso. De maneira que o estímulo policial provocante é posterior ou concomitante a um crime já consumado ou em fase de consumação permanente. Os comportamentos do traficante, nas hipóteses de guarda, depósito, etc., não são induzidos pelo agente policial. Em consequência há delito e pode ser lavrado o auto de prisão em flagrante, mas somente em relação à guarda ou depósito da droga, isto é, no tocante às condutas não provocadas pelo simulador. (PACHECO, op. cit. p. 141).

¹³⁹ SILVA, op. cit., p. 102

¹⁴⁰ Ibid, p. 103-104

4.3.3 A valoração da prova obtida pelo agente infiltrado sob o prisma do princípio da proporcionalidade

O depoimento de agentes policiais sempre causou grande discussão no âmbito jurisprudencial, pois o policial, por ter participado das diligências, não será imparcial em suas manifestações em juízo. No entanto, com base no art. 202 do Código de Processo Penal, é possível que qualquer pessoa seja considerada testemunha, razão pela qual não se pode recusar o devido valor ao depoimento policial, ressalvadas as hipóteses de suspeição ou impedimento. Por óbvio, a valoração dada ao testemunho do agente estatal não deverá ter caráter absoluto, porque é inegável que sua participação nas investigações afetará a sua parcialidade quanto aos fatos em julgamento. Portanto, o magistrado que ouvirá os testemunhos do policial que trabalhou de forma infiltrada deverá atentar-se a dois elementos fundamentais na valoração do depoimento do policial: o primeiro é a “inexistência de interesse de afastar eventual ilicitude em suas diligências”; e, o segundo, “a comprovação de seu depoimento por outros meios de prova, salvo impossibilidade de fazê-lo”.¹⁴¹

Quanto ao primeiro elemento, deve estar atento o magistrado se o agente policial infiltrado não agiu como agente provocador, instigando os agentes criminosos à prática delituosa. Seria de grande interesse do agente estatal omitir esse fato ao juízo, pois as consequências disso seriam a absolvição ao acusado e uma possível sanção administrativa e até penal. Entretanto, é importante ressaltar que a provocação causada pelo agente infiltrado resultará na contaminação somente das provas colhidas a partir de sua conduta abusiva e não de evidências eventualmente já colhidas na investigação. O agente policial infiltrado terá interesse também em omitir eventuais ameaças aos integrantes da organização para que cometessem algum delito ou mesmo para entregassem outros comparsas, ou ainda, ter-se utilizado de meios ilícitos para obtenção de provas, como violação de domicílio sem o devido mandado judicial, interceptações telefônicas irregulares e outras ações ilegais.¹⁴²

Além disso, os depoimentos dos agentes policiais devem estar em consonância com as provas coletadas, podendo-se dar maior valor aos testemunhos policiais. Evidente que há situações diferenciadas que merecem um tratamento adequado, como em casos que ocorrem em locais onde não há testemunhas ou em que estas se sintam intimidadas por represálias. Nestes casos, os testemunhos dos policiais não podem, nem devem, ser desconsiderados de início, tratando-se de analisar a eventual convergência entre os seus testemunhos, o

¹⁴¹ Ibid, p. 104

¹⁴² Ibid, p. 104-105

interrogatório do acusado e as circunstâncias da prisão. As mesmas regras aplicam-se aos agentes policiais infiltrados, os quais serão ouvidos como testemunhas de acusação, devendo as suas considerações estar alinhadas com outras provas constituídas no processo, a não ser que fique comprovada a impossibilidade da produção de outras provas, quando o juiz poderá considerar somente a palavra do policial.¹⁴³

4.3.4 A análise dos desvios de conduta do agente infiltrado à luz do princípio da proporcionalidade

4.3.4.1 As hipóteses teóricas para a análise da conduta do agente infiltrado

De início, vale destacar que agente policial, ao se infiltrar regularmente na organização criminosa, não deverá responder pelo crime constante no art. 2º da Lei 12.850/13.

Contudo, por algum tempo, a doutrina divergiu – e continua, ainda, divergindo – a respeito da natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente policial infiltrado.

As quatro correntes que tratam do assunto são as que tratam a exclusão da responsabilidade penal 1) pela via da atipicidade da conduta, 2) pela via da causa de exclusão de ilicitude ou de antijuridicidade do estrito cumprimento do dever legal, 3) pela via da causa de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa e 4) pela via da causa da escusa absolutória (exclusão da punibilidade).¹⁴⁴

Há autores que entendam que o disposto no parágrafo único do dispositivo em análise sobre a responsabilidade do agente policial infiltrado deveria ser a atipicidade da conduta.

André Carlos e Reis Friede entendem que:

A partir da análise a respeito das categorias da teoria geral do delito, é possível conjecturar, num primeiro momento, que o agente, ao se infiltrar na organização criminosa, obtendo e repassando à Polícia informações (integrantes, atividades, estrutura, *modus operandi*, financiamento, esquema de lavagem de capital, etc) sobre a máquina delituosa, permitindo o seu desmantelamento, não praticaria crime algum, por ser tratar simplesmente de *fato atípico*. Tal solução comportaria, ainda, uma dupla análise, a saber:

- a) Levando-se em contra o *tipo objetivo*, é possível argumentar que a infiltração policial não gera risco juridicamente proibido. Ao contrário, o reduz, faltando, no caso, nos termos da teoria da imputação objetiva, critério de imputação do resultado.
- b) Já sob o prisma do *tipo subjetivo*, pode-se afirmar que o comportamento do agente infiltrado não se reveste de dolo, posto que não age com a vontade livre e consciente de concretizar os elementos do tipo objetivo esculpido no art. 2º da Lei nº 12.850/13. Ao contrário, o que se almeja, na realidade, é reprimir a atividade

¹⁴³ Ibid, p. 105

¹⁴⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013**. 1ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 114-115

delituosa e obter provas dos delitos cometidos pela organização.¹⁴⁵

Como se pode perceber, neste entendimento, há outras derivações: a primeira é aquela que entende que a conduta deveria ser atípica por ausência de dolo por parte do agente, já que age apenas com a intenção de auxiliar as investigações e a condenação dos reais integrantes do grupo criminoso. Com este entendimento faltaria a imputação subjetiva. De outra banda, a segunda corrente compreende que a atipicidade da conduta poderia emanar da ausência de imputação objetiva, pois a conduta do agente infiltrado limitou-se a uma atividade de risco juridicamente permitida, por isso, sem relevância penal.¹⁴⁶

Outro entendimento sobre a responsabilidade penal do agente infiltrado é que, eventualmente, praticasse algum crime durante a operação de infiltração, delito este relacionado à sua missão, a conduta deveria ser analisada com amparo dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo assim, quando cabível, o reconhecimento da causa de exclusão da antijuridicidade consistente no exercício do estrito cumprimento do dever legal.¹⁴⁷

A terceira corrente sustenta que foi adotada explicitamente pelo parágrafo em comento, causa de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Conclui-se que se o agente policial infiltrado não participar da ação criminosa, poderá comprometer toda a operação de infiltração, sem colocar em pauta que pode colocar em risco a sua vida. O entendimento de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto é no sentido de que:

Com essa solução, sendo o agente infiltrado induzido, instigado ou auxiliado a praticar um crime no âmbito da organização, respeitando a proporcionalidade e sem extrapolar a finalidade da investigação, sendo dele inexigível conduta diversa, exclui-se apenas a culpabilidade do injusto por ele praticado, permanecendo típico e ilícito, possibilitando, de acordo com a teoria da acessoriedade limitada (ou média), a punição dos partícipes (integrantes da organização) pelo delito praticado.¹⁴⁸

A escolha do legislador, nesse caso, labora como uma cláusula geral de exclusão da culpabilidade, que deve ser aplicada aos fatos que não são abrangidos por outras causas de exculpação previstas na lei, para isso, basta que o agente comprove que não havia como agir conforme a lei, para que seja eximido da responsabilidade penal. Este entendimento fortalece a imagem que se não agente infiltrado não participasse do crime junto da organização criminosa, comprometeria todo o propósito da operação, portanto, “não lhe seria cabível optar pela não realização” dos crimes. Outro benefício deste entendimento é que o fato criminoso

¹⁴⁵ CARLOS; FRIEDE, op. cit., p. 78-79

¹⁴⁶ CUNHA; PINTO, op. cit., p. 115

¹⁴⁷ FERRO; PERREIRA; GAZZOLA, op. cit., p. 219

¹⁴⁸ Ibid, p. 115

ainda pode ser imputado aos integrantes da organização delitiva, pois a exclusão da culpabilidade se dá de forma pessoal, somente para o agente policial infiltrado, do qual era inexigível conduta diversa, sempre que verificado pelo juízo a obediência à devida proporcionalidade da ação.¹⁴⁹

André Carlos e Reis Friede afirmam que:

O estado, ao inseri-lo no mundo do crime, de modo a dismantelar a organização criminosa, sabe que o infiltrado, muito provavelmente, concorrerá, de alguma forma, nos termos do art. 29, *caput*, do CP¹⁵⁰, para as ações desenvolvidas pela máquina delituosa, estando plenamente ciente, de antemão, de que não poderá exigir dele uma conduta em consonância com o Direito. Aliás, o que o Estado espera do agente infiltrado é justamente que ele desempenhe bem a complexa tarefa de se infiltrar, convencendo os verdadeiros integrantes a respeito da sua falsa identidade. Por conseguinte, o Estado sabe perfeita e previamente que não poderá exigir do policial infiltrado outro comportamento, a não ser que o mesmo contribua, embora com finalidade diversa, para a prática delituosa, objetivando, em última análise, dismantelar a organização criminosa.¹⁵¹

Por fim, a quarta corrente afirma que o agente policial infiltrado tem suas ações resguardadas por uma escusa absolutória, “na medida em que, por razões de política criminal, não é razoável nem lógico admitir a sua responsabilidade penal”.¹⁵²

Há, no entanto, um debate entre essas correntes, pois, para a segunda corrente, parte-se da ideia de que inexistente a responsabilidade penal por parte do agente infiltrado, em face da incidência da causa de exclusão de antijuridicidade pelo estrito cumprimento de dever legal. No entanto, parte da doutrina entende que o agente policial teria a opção de recusar a tarefa da infiltração, conforme o constante no art. 14, I, da supracitada lei, e por isso não estaria caracterizado o dever legal.

Por outro lado, a terceira corrente sustenta que a exclusão de culpabilidade ocorreria por inexigibilidade de conduta diversa, invocando assim o parágrafo único do art. 13 da mesma lei. No entanto, André Carlos e Reis Friede compreendem que:

Invocar tal dispositivo para sustentar essa excludente de culpabilidade parece-nos estranho, tendo em vista que o Estado, ao inserir um de seus agentes no mundo crime, de modo a dismantelá-lo, jamais poderia, em face de uma contradição lógica, exigir dele um comportamento conforme o Direito, ou seja, a não infiltração na organização criminosa.¹⁵³

Por isso, esses autores optam pela primeira corrente explanada, escolhendo pela atipicidade da conduta.

¹⁴⁹ FERRO; PERREIRA; GAZZOLA, op. cit., p. 220

¹⁵⁰ Art. 29, *caput*, CP: Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

¹⁵¹ CARLOS; FRIEDE, op. cit., p. 81

¹⁵² Ibid, p. 114

¹⁵³ Ibid, p. 80

Na mesma linha de entendimento, Marllon Sousa compreende que:

Não se concorda com o fato de que o agente infiltrado, ao dar início à operação de infiltração, praticaria no mínimo, o delito de integrar organização criminosa, previsto no art. 2º da multicitada lei. Naquela ocasião, defendeu-se que o fato não seria típico, pela ausência de dolo ou, superada esta etapa, não passaria pelo crivo da ilicitude, por se entender que o fato está acobertado pela excludente do estrito cumprimento do dever legal, já prevista no Código Penal.¹⁵⁴

E continua esse autor:

Isso porque, consistindo o dolo na vontade livre e consciente de cometer o delito tal como descrito no tipo penal previsto em lei, entende-se não configurado na conduta do agente pelo fato de que ele integra a organização criminosa, de forma velada, não para o fim de cometer crimes, mas sim para angariar provas e dismantelar o grupo criminoso.

Noutro giro, ainda que, eventualmente, o agente infiltrado cometa algum delito, o tipo penal do art. 2º da Lei nº 12.850/2013 não estaria presente, posto que a conduta estaria albergada pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal, prevista no art. 23, III, do Código Penal.¹⁵⁵

4.3.4.1 A incidência do princípio da proporcionalidade na análise da conduta do agente infiltrado

Além dessas hipóteses teóricas de solução da participação do agente infiltrado nas atividades delitivas praticadas pela organização criminosa, deve-se sublinhar as disposições previstas no artigo 13 da Lei 12.850/13, cujo texto tem o seguinte teor: “O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados”.

É possível extrair da transcrição desse artigo que o agente infiltrado será responsabilizado penalmente por eventuais excessos cometidos durante a operação de infiltração na organização criminosa, de modo que, para que o agente não seja responsabilizado, deve ele sempre agir de forma compatível com a finalidade da investigação, ou seja, as suas ações devem sempre ser proporcionais ao fim proposto. Entende-se assim que o legislador não deu ao agente infiltrado carta branca para o cometimento de crimes.¹⁵⁶

Sobre o tema, entendem Ana Luiza Almeida Ferro, Flávio Cardoso Pereira e Gustavo Reis Gazzola que:

A operação encoberta deve estar encaminhada a descoberta da atividade criminosa, dos delitos praticados e da responsabilidade penal daqueles sujeitos implicados na organização criminosa; e em razão da necessidade, proporcionalidade e sua vinculação aos fins da investigação, o infiltrado estará isento de responsabilidade

¹⁵⁴ SOUSA, op. cit., p. 122-123

¹⁵⁵ Ibid, p. 108

¹⁵⁶ CARLOS; FRIEDE, op. cit., p. 76

penal. Entretanto, para se concretizar tal exclusão da culpabilidade ou da ilicitude do agente policial, deverá o mesmo não perpetrar atos de provocação de delitos e ainda, praticar crimes não graves, que mantenham relação direta com o objeto da investigação levada a cabo através da operação de infiltração.¹⁵⁷

Marllon Sousa, no entanto, sustenta que o legislador cometeu um erro ao se referir ao princípio da proporcionalidade no supracitado artigo, pois a aplicação deste princípio se daria somente no âmbito do processo e, assim, o magistrado deveria analisar as condutas do agente infiltrado sob o prisma dos três subprincípios do princípio da proporcionalidade que são: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Entretanto, vencida esta fase, entende que a atuação do agente infiltrado deve se basear na decisão judicial que autorizou a operação de infiltração, a qual deverá, mesmo que de forma sucinta, expor os limites e permissões das ações do agente policial infiltrado, tanto para buscar evidências de ações criminosas já realizadas como até mesmo para o cometimento de delitos.¹⁵⁸

Rafael Pacheco entende que “nem sempre será necessário praticar crimes, pois pode o infiltrado atuar em diversos níveis da organização, inclusive em uma de suas faces lícitas, pela qual poderá cumprir seu dever sem a necessidade imperiosa de delinquir”¹⁵⁹. No entanto, acredita que a preocupação de que o agente infiltrado possa ter que cometer crimes durante a investigação é “justa e prudente”¹⁶⁰. O autor ainda compreende que o cometimento de delitos por parte do agente se deve em grande parte pela profundidade da infiltração realizada, diferenciando as *light cover* e as *deep cover*¹⁶¹.

O autor compreende ainda os motivos pelos quais a prática de delitos pelo agente infiltrado é defendida, ou seja,

(esta) defesa é oriunda da preservação da medida, pois caso o agente infiltrado decida não participar da empreitada criminosa, pode comprometer a finalidade perseguida com a infiltração ou por em risco a própria vida, ou seja, não haveria alternativa senão a prática do crime.¹⁶²

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto entendem que “parece claro que até mesmo a prática de crime lhe é permitida, posto que, somente assim, se explica o teor do

¹⁵⁷ Ibid, p. 218-219

¹⁵⁸ SOUSA, op. cit., p. 120-121

¹⁵⁹ PACHECO, op. cit., p. 126

¹⁶⁰ Ibid, loc. cit.

¹⁶¹ Ibid, p 127: As *light cover* não duram mais de seis meses, não exigem permanência contínua no meio criminoso, demandam menos planejamento, os agentes mantêm sua identidade e seu lugar na estrutura policial. Podem constituir uma única transação ou somente um encontro para recolhimento de informações. As *deep cover* têm duração superior a seis meses, exigem total imersão no meio criminoso, os agentes assumem identidades falsas e os contatos com a família ficam irregulares podendo até ser suspenso totalmente. As *deep cover* são mais perigosas e envolvem problemas logísticos, humanos e éticos.

¹⁶² Ibid, p. 132

parágrafo único deste dispositivo, que não pune a conduta do agente infiltrado 'quando inexigível conduta diversa'".¹⁶³

Eduardo Araujo da Silva compreende que:

A punibilidade do agente que atua de forma infiltrada é uma das questões mais angustiantes do direito penal contemporâneo, pois para a total integração do agente numa organização criminosa, a hipótese de praticar alguns crimes não pode ser descartada. Como observa Juan Muñoz Sanches, ao buscar infiltrar-se no mundo da droga, o policial deve acostumar-se ao consumo e tráfico para se relacionar com aqueles que se dedicam a esses crimes; ao buscar relação com uma quadrilha de falsificadores, deverá possuir dinheiro ou documentos falsos e equipamentos destinados à falsificação de papéis. É necessário identificar um ponto de equilíbrio entre os interesses estatais e os princípios orientadores do Estado de Direito, pois se de um lado o Estado deve buscar reprimir com eficiência a criminalidade organizada, de outro não podem seus agentes praticar quais infrações penais, que até eventualmente podem ser mais gravosas que aquelas cometidas pela organização criminosa. Haveria um inevitável contrassenso, pois naturalmente não se afigura razoável conceber que o Estado possa, através de seus agentes, na atividade de persecução criminal, praticar condutas mais gravosas que aquelas apuradas.¹⁶⁴

O agente infiltrado tem o dever de seguir os limites impostos na decisão judicial autorizadora da infiltração, pois assim será possível visualizar os excessos praticados por ele, os quais podem ser pelo uso de violência ou grave ameaça ou em situações nas quais passa a ser agente provocador.

O entendimento de Marcelo Batlouni Mendroni é no sentido que “o infiltrado deve manter absoluta coerência entre os termos da medida autorizada e seus limites, e a ação desenvolvida no âmbito da infiltração”¹⁶⁵. E, continua, “se praticar excessos que absolutamente não guardem relação com a amplitude e os limites fixados pelo Juiz, responderá administrativamente e/ou judicialmente por tais excessos”¹⁶⁶.

Sobre os eventuais excessos cometidos pelo agente policial infiltrado, André Carlos e Reis Friede entendem que:

É possível que, durante o desenrolar da operação de infiltração, o agente infiltrado venha a se deparar com situações absolutamente estranhas e imprevisíveis, não lhe restando outra opção a não ser o cometimento de condutas em tese delituosas, o que demandará seja aferida eventual responsabilidade penal. A solução a respeito da responsabilidade penal do agente infiltrado, na presente hipótese, é extremamente polêmica e complexa, devendo ser analisada com todo o rigor possível.¹⁶⁷

Elucidando a situação, cabe bem o exemplo citado por Ana Luiza Almeida Ferro, Flávio Cardoso Pereira e Gustavo dos Reis Gazzola:

¹⁶³ CUNHA; PINTO, op. cit., p. 111-112

¹⁶⁴ SILVA, op. cit., p. 97

¹⁶⁵ MENDRONI, op. cit., p. 198

¹⁶⁶ Ibid, p. 198

¹⁶⁷ CARLOS; FRIEDE, op. cit., p. 82

O infiltrado na tentativa de obter informações sobre a venda de drogas por uma organização criminosa, já estando ambientado nesse grupamento delitivo, resolve violentar sexualmente um dos membros deste, a fim de que lhe conte detalhes sobre o *modus operandi* utilizado na empreitada criminosa.¹⁶⁸

Por óbvio, o crime praticado pelo agente infiltrado na tentativa de obter informações sobre o grupo criminoso, no exemplo, não corresponde ao objetivo de toda a investigação. Neste caso específico, deverá o agente responder pelo crime sexual sem a incidência de qualquer uma das causas de exclusão de ilicitude ou culpabilidade.

Analisando outro exemplo, citados autores afirmam que:

Um agente infiltrado promove uma invasão de domicílio contando com autorização judicial, para que possa buscar documentos que comprovem a prática de delitos graves pela organização criminosa. Lá estando, no interior da residência de um dos membros do grupo, resolve apoderar-se de alguns objetos de valor, furtando-os para seu uso particular.¹⁶⁹

Neste caso, o agente infiltrado deverá responder pelo crime de furto, pois de forma alguma o delito praticado condiz com algum objetivo da investigação, não nenhuma correspondência entre a ação do agente e a finalidade investigativa. No entanto, é bastante provável que a decisão judicial autorizadora da operação de infiltração tenha permitido que o agente adentrasse a residência dos integrantes do grupo a fim de obter provas que sustentem uma futura e eventual denúncia e condenação, razão pela qual, neste caso, o agente deve responder apenas pelo crime de furto, mas não pelo crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo¹⁷⁰.

O agente policial infiltrado não deve, em momento algum durante a operação, fazer uso de violência ou grave ameaça contra terceiros, salvo em situações extremas onde poderá agir de forma criminosa, sempre fazendo “o uso dos meios estritamente necessários ao caso e sempre tendo em mente o dever de lançar mão das condutas menos gravosas possíveis”¹⁷¹. Também não poderá agir de forma a instigar ou induzir os integrantes da organização a cometer ilícitos para que, em seguida, possa realizar a prisão em flagrantes dos indivíduos. Na situação ilustrada, as provas adquiridas da situação provocada pelo agente deverão ser declaradas nulas, além da punição, tanto penal quanto administrativamente do agente envolvido.

Marcelo Batlouni Mendroni observa que “nada poderia justificar o sacrifício de uma

¹⁶⁸ FERRO; PERREIRA; GAZZOLA, op. cit., p. 216

¹⁶⁹ Ibid, p. 217

¹⁷⁰ Neste caso, o fato de não responder pelo crime de furto qualificado se dá somente pela invasão ao domicílio, caso o agente necessite romper outro obstáculo para apoderar-se dos objetos de propriedade do investigado, passará a responder pela qualificadora.

¹⁷¹ SOUSA, op. cit., p. 121

vida em favor da infiltração do agente e este deverá utilizar-se de todas as suas habilidades para impedi-lo”.¹⁷² No entanto, esse autor, também, entende que:

Claro que, para um policial infiltrado, impossibilitado de impedir o pior, em caso extremo, como, por exemplo, com uma arma apontada para sua cabeça e a ordem do criminoso para que atire em outra pessoa, a solução estará nos princípios do direito penal, no caso, quer nos parecer, a excludente de culpabilidade pela coação moral irresistível.¹⁷³

Referido autor, ainda, compreende que, nas situações em que o agente se vê impedido de agir, como matar ou assaltar, deverá o agente utilizar a sua habilidade para escapar da referida ocasião e, se possível, buscar auxílio de seus companheiros policiais, que, provavelmente, estarão aguardando o desfecho da ocorrência para, se possível, realizar a prisão em flagrante dos criminosos.¹⁷⁴

Marllon Sousa entende que o agente infiltrado deve se basear sempre nos parâmetros determinados na decisão judicial para a atuação e, por isso, cita três máximas que devem direcionar o eventual cometimento de crime:

(a) ação deve ser fundamental para manutenção da falsa identidade do policial infiltrado; (b) para evitar a morte ou grave lesão; ou (c) o “crime” cometido pelo agente não pode envolver lesão ou grave ameaça à pessoa, salvo no caso da letra ‘a’.¹⁷⁵

O legislador agiu de forma bastante coerente, na redação do parágrafo único do art. 13 da Lei 12.850/13, não enumerando os crimes os quais o agente infiltrado poderia eventualmente praticar. Essa coerência se dá, pois, caso fossem listados os delitos “proibidos” de serem cometidos pelo agente infiltrado durante a operação de infiltração, é certo que as organizações criminosas – por terem alta capacidade de adaptação – criariam uma espécie de ritual para que o novo integrante do grupo criminoso provasse a sua “castidade” e comprometimento. É de comum entendimento que crimes com violência ou grave ameaça devem ser evitados a todo custo pelo agente infiltrado, mas agiu de forma correta o legislador em não proibi-los. Por exemplo, caso o agente policial infiltrado fosse proibido de cometer, em qualquer circunstância, crimes como homicídio ou estupro, a organização criminosa criaria um ritual que envolvesse algum desses crimes, mesmo que durante o seu cometimento o novo integrante do grupo criminoso estivesse sob coação moral irresistível. Portanto, é importante que não conste na lei “crimes proibidos” ao agente infiltrado.¹⁷⁶

¹⁷² MENDRONI, op. cit., p. 186

¹⁷³ Ibid, p. 186

¹⁷⁴ Ibid, p. 187

¹⁷⁵ SOUSA, op. cit., p. 122

¹⁷⁶ FERRO; PERREIRA; GAZZOLA, op. cit., p. 216

Como se percebe, o legislador não deu ao agente infiltrado carta branca para o cometimento de crimes. Pelo contrário, quando o Estado aceita que o agente se infiltre na organização, sabe, de antemão, que o agente deverá tanto conviver em meio a criminalidade quanto, eventualmente, praticar condutas criminosas, simplesmente, como forma de dissimulação para adquirir a confiança dos integrantes do grupo e, assim, ter maior facilidade em conseguir informações e descobrir a melhor forma de combatê-la.

5 CONCLUSÕES

O crime organizado tem se mostrado um problema recorrente nas sociedades modernas, pois as organizações criminosas praticam todos os tipos de crimes, entre os quais o tráfico de drogas, de armas, de seres humanos e de animais, os crimes de homicídios, de falsificação de documentos e dinheiro, de lavagem de dinheiro, de extorsões, de contrabando e de corrupção.

A quantidade e a qualidade de crimes cometidos por grupos organizado são infundas. Mesmo após séculos convivendo com essa modalidade de crime, não há, no mundo, uma definição que abranja todas as possibilidades de organizações criminosas, nem mesmo sobre as suas características.

Por isso, é comum que as definições de organizações criminosas espalhadas pelo planeta sejam gerais, apenas considerando alguns critérios objetivos, como é a lei brasileira, a qual define organização criminosa como a associação de quatro ou mais pessoas organizadas estruturalmente por uma divisão de tarefas com a intenção de obter vantagens de qualquer natureza através da prática de crimes cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou de caráter transnacional.

Com estes critérios objetivos, é possível diferenciar a organização criminosa da simples associação criminosa. Os conceitos abertos acerca de organização criminosa dão ao Estado certa vantagem no combate a esse modelo de criminalidade, essa vantagem surge, pois os grupos criminosos organizados possuem alta capacidade variante, evoluem em uma velocidade maior que a percepção, análise e combate por parte do Estado. A partir do momento em que, eventualmente, os conceitos fossem demasiadamente específicos e objetivos, essas organizações se modificariam de tal forma que não mais se encaixariam naquela definição, não podendo, portanto, ser perseguidas pelos órgãos investigadores.

Outro momento crítico envolvendo o crime organizado é a facilidade com que as organizações criminosas se infiltram tanto na economia formal como no serviço público. Na primeira, para a organização, faz-se preciso pela necessidade de lavar e reciclar o dinheiro obtido de forma ilícita. Já, em relação ao serviço público, essa necessidade se dá pela “inesgotável” fonte de dinheiro ou mesmo como forma de facilitar suas empreitadas criminosas.

Devido à grande organização desses grupos – muitas vezes, inclusive, maior que a própria organização estatal, a qual é bastante burocrática –, a produção de provas contra esses grupos se dá de forma extremamente difícil, por isso, faz-se necessário que surja no plano

processual novas formas de produção de provas. Essa é uma tendência mundial, em que as legislações passam a se ajustar conforme surge a necessidade de combate à criminalidade organizada.

Essas novas formas de investigação e obtenção de provas podem ser consideradas de certo modo mais agressivas, pois, para afastar a vantagem que as organizações criminosas possuem em relação ao Estado, é necessário que alguns direitos fundamentais dos investigados sejam relativizados.

Assim, não há no sistema constitucional brasileiro qualquer direito fundamental que seja absoluto e ilimitado. Dessa forma, se necessário ao Estado limitar, de forma coerente, alguns direitos fundamentais de um indivíduo investigado em favor de toda a comunidade, é possível que esta situação ocorra. Neste momento, é que surgem os meios extraordinários de investigação em face das formas ordinárias de obtenção de prova que se mostram ultrapassados e ineficientes no combate ao crime organizado.

Para o combate ao crime organizado, surgem essas novas formas de obtenção de provas como a cooperação premiada, a ação controlada, o acesso a registros e dados cadastrais, a captação de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos, a interceptações de comunicações, afastamento dos sigilos bancário, fiscal e financeiro.

Todos estes “novos” meios de investigação, de alguma forma, vulneram algum direito fundamental dos investigados, no entanto, essas medidas se fazem necessárias diante do risco que as organizações criminosas representam à democracia.

Entre esses meios extraordinários de obtenção de prova, está a infiltração policial, método este bastante complexo, pois vulnera direitos fundamentais do investigado, além de colocar diretamente em risco a integridade física e a vida do agente policial e porque eventualmente o agente policial infiltrado se encontrará em situações as quais deverá participar de alguma empreitada criminosa, isso, de certa forma, com a “autorização” do Estado.

Tanto para a autorização dessa medida como para os crimes cometidos pelo agente policial infiltrado, é necessário que se utilize o princípio da proporcionalidade como meio ponderador. No primeiro caso, esse princípio pode ser utilizado como ponderador entre os interesses do Estado e a lesão dos direitos do investigado, de forma a elucidar se a medida se faz proporcional em sentido estrito. No segundo, se os crimes cometidos pelo agente policial infiltrado, o referido princípio pode ser utilizado para se constatar se os atos praticados pelo agente são proporcionais ao fim proposto pela investigação.

É evidente que o agente deve ter a “liberdade” para o cometimento de crime enquanto

infiltrado, no entanto isso não pode ser confundido com uma “carta branca”. Muitas organizações criminosas, para aceitar um novo integrante ou mesmo para que ele prove a sua lealdade ao grupo, realizam provações ou testes, normalmente envolvendo o cometimento de algum crime. Dessa forma, caso o agente infiltrado fosse terminantemente proibido de cometer crimes, seria descoberto, colocando em risco a sua própria vida e toda a operação de investigação. Por isso, sempre que surgir alguma situação em que o agente precisará cometer algum delito, deverá de todas as formas tentar não cometer o crime, utilizando-se de todas as suas habilidades e treinamento para isso.

Por óbvio, como previsto no parágrafo único do artigo 13 da Lei de Combate ao Crime Organizado, quando for inexigível conduta diversa por parte do agente, este não deverá ser responsabilizado penalmente pelo crime cometido. Por outro lado, quando o delito praticado não condizer com a proporção da ação, o agente deverá sofrer consequências penais e administrativas.

Dessa forma, fica claro, que o Estado pode – e deve, quando necessário – intervir de forma que vulnere direitos fundamentais dos indivíduos investigados em busca de uma melhor futura estabilidade democrática, pois as consequências da proliferação deste modelo de criminalidade trazem, para a sociedade, incertezas sobre o futuro das instituições democráticas e sobre as medidas que se farão necessárias para a manutenção da ordem e combate às organizações criminosas.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. C. Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1985.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividade Financeiras. Cartilha sobre Lavagem de Dinheiro. 2015. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view>

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal da República do Brasil de 1988. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htmimpress%C3%A3o.htm

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 31 de janeiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 12 de março de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm

BRASIL. Ministério Público Federal. Atuação do MPF. Disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf>

BRASIL. Ministério Público Federal. Operação Lava Jato. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 23.452/RJ – Rel. Min. Celso Mello. Brasília, 16.9.1999, p. 86, DJU Brasília, 12.5.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 74.678-1/SP. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 10.6.1997. p. 241, DJU Brasília, 15.8.1997

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 70814/SP. Rel. Min. Celso Mello. Brasília, 1.3.1994. DJU Brasília, 24.6.1994

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 3982/RJ. Rel. Min. Adhemar Maciel. Brasília, 5.12.1995. DJU Brasília, 26.2.1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 145: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n° 9.839/SP. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 6ª Turma. DJ 28.8.2000.

CALIFÓRNIA. Penal Code. Disponível em: <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=gov&group=15001-16000&file=15025-15029>

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CAWTHORNE, Nigel. **A História da Máfia**. São Paulo: Madras, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n° 12.850/2013**. 1ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

DELGADO GARCÍA, Maria Dolores. **El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada**. In: CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz (Org). *La criminalidad organizada ante la justicia*. Sevilla: Universidad de Svilla, 1996.

FALCONE, Giovanni; PADOVANI, Marcelle. **Coisas da Cosa Nostra – A máfia vista por seu pior inimigo**. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

FERRANTE, Louis. **O Poderoso Chefão Corporativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade Organizada – Comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2014.

GARRIDO, Vicente et al. **Principios de criminología**. Valência: Tirant lo Blach, 1999.

- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 5ª Edição. São Paulo: Atlas.
- _____. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado**. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MUÑOZ SANCHEZ, Juan. **El Agente Provocador**. Valência, Tirant lo Blanc, 1995.
- ESTADO DE NOVA YORK. Penal Code, Title X, Article 460. Disponível em: <http://public.leginfo.state.ny.us/lawssrch.cgi?NVLWO>:
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa – Comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- OLIVIERI, Antonio Carlos. **O Cangaco**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1997.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2013.
- PACHECO, Rafael. **Crime Organizado – Medidas de Controle e Infiltração Policial**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.
- SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações Criminosas – Aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014.
- SOUSA, Marllon. **Crime Organizado e infiltração Policial – Parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas**. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- ULHOA COELHO, Fábio. **Curso de Direito Empresarial**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- UNIÃO EUROPÉIA. Parlamento Europeu. Recomendação nº 17, de 17 de junho de 1997. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:63c93028-6fe8-494c-a805-c061ad3058df.0008.02/DOC_1&format=PDF
- VISACRO, Alessandro. **Guerra Irregular – Terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história**. 1ª Ed., São Paulo: Editora Contexto, 2009.
- ZIEGLER, Jean. **Os Senhores do Crime: Novas Máfias Contra a Democracia**. Tradução Manuela Torres. Lisboa: Terramar, 1998.