

**INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E
SEGURANÇA INTERNA (ISCPSI)**

MICHAEL DE ASSIS FAGUNDES

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL CONDUZIDA PELO DELEGADO DE
POLÍCIA DE ACORDO COM O CPP E A LEI N.º 12.850/13,
COMPARANDO-A COM O SISTEMA PORTUGUÊS: DO AGENTE
INFILTRADO**

ORIENTADOR: PROF. DR. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

LISBOA - PORTUGAL

2016

MICHAEL DE ASSIS FAGUNDES

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL CONDUZIDA PELO DELEGADO DE
POLÍCIA DE ACORDO COM O CPP E A LEI N.º 12.850/13,
COMPARANDO-A COM O SISTEMA PORTUGUÊS: DO AGENTE
INFILTRADO**

ORIENTADOR: **PROF. DR. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI**

Dissertação apresentada ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPSI) como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Ciências Policiais com ênfase em Criminologia e Investigação Criminal.

LISBOA - PORTUGAL

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

Título da Dissertação: A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL CONDUZIDA PELO DELEGADO DE POLÍCIA DE ACORDO COM O CPP E A LEI N.º 12.850/13, COMPARANDO-A COM O SISTEMA PORTUGUÊS: DO AGENTE INFILTRADO

por

MICHAEL DE ASSIS FAGUNDES

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciências Policiais com ênfase em Criminologia e Investigação Criminal e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli
Pontifícia Universidade Católica do RS
Orientador e Professor do ISCPSI
Programa de Pós-Graduação em Ciência Policiais

Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente
Instituto de Ciências Policiais e Segurança Interna
Professor do ISCPSI
Programa de Pós-Graduação em Ciência Policiais

Prof. Dr. Geraldo Prado
Pontifícia Universidade Católica do RS
Professor convidado do ISCPSI
Programa de Pós-Graduação em Ciência Policiais

Lisboa/Portugal, ____ de _____ de 2016.

AGRADECIMENTOS

Registro minha admiração às conquistas profissionais dos Professores Nereu José Giacomolli e Manuel Monteiro Guedes Valente, os quais servem de inspiração a qualquer acadêmico e operador do direito.

Agradeço a todos os amigos e professores do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISPCSI) que me acolheram tão bem em terras longínquas e transmitiram ensinamentos com maestria.

Vale a pena consignar que os desafios superados e os dias vividos em Portugal representam uma experiência pessoal indescritível.

Por fim agradeço aos meus familiares e a Carolina Bitencourt Tavares pelo apoio incondicional nesta trajetória.

RESUMO

O presente trabalho trata da investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia de acordo com o Código de Processo Penal e a Lei n.º 12.850/13, que representa uma importante inovação no campo jurídico brasileiro com vistas à persecução das organizações criminosas. Dentre as novas metodologias investigatórias concebidas pelo novel diploma, revela-se problemática, também, a do agente infiltrado, por se tratar de medida extremamente invasiva e que mereceu uma pesquisa aprofundada em doutrina e jurisprudência, de âmbito nacional e internacional, para verificar se o seu emprego ofende garantias processuais, quais os seus limites e se há semelhanças e diferenças entre a infiltração de agentes no Brasil e em Portugal. A investigação tem início com sua aplicação e delimitação nas Leis n.º 9.034/95, 12.694/12 e 12.850/13. Na sequência, apresentam-se as metodologias especiais de investigação das organizações criminosas, com delimitação do objeto ao agente infiltrado, encerrando o trabalho com uma comparação entre os institutos jurídicos de Brasil e Portugal.

Palavras-chave: CRIMINALIDADE ORGANIZADA. MEIOS OCULTOS DE INVESTIGAÇÃO. AGENTE INFILTRADO

ABSTRACT

The present work it's about the criminal investigation leding by the police acording to penal process code under the law n° 12,850/13, witch represents an important inovation for the brasilian judicial field looking for persecution of criminal organizations. Among the new metodologies for investigation that goes into the new diploma, it looks like a problematic way, and also, for undercover agent in the workshop field, because of extremely invaded measure and for that reason it deserves a deep research in doctrine and commom law, in the nacional and internacional enviroment, for checking if his job could fight for processual garanties, witch are its limits and if there are similarities or diferences between undercover agent in Brazil and Portugal. The investigation began with its aplicacion and the limitation in the laws n.º 9.034/95, 12.694/12 e 12.850/13. Following, we are presenting all the special metodologies from criminal organizations, with the subject delimitation to the job of the undercover agent, ending the job with a comparison between juridicional institutions from Brazil and Portugal.

Keywords: ORGANIZED CRIME. HIDDEN MEANS OF RESEARCH. UNDERCOVER AGENT.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

CPP: Código de Processo Penal

ONU: Organização das Nações Unidas

OEA: Organizações dos Estados Americanos

UE: União Europeia

ISCPSI: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna

ART: Artigo

§: Parágrafo

CF: Constituição Federal

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

MP: Ministério Público

p. Epub: Posição no Livro Eletrônico

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO BRASIL.....	13
2.1 CONVENÇÃO DE PALERMO	13
2.2 LEI N.º 9.034/95.....	23
2.3 LEI N.º 12.694/12.....	30
2.4 LEI N.º 12.850/13.....	33
3. METODOLOGIAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL.....	44
3.1 DA COLABORAÇÃO PREMIADA OU DELAÇÃO PREMIADA.....	44
3.2 DA CAPTAÇÃO AMBIENTAL DE SINAIS ELETROMAGNÉTICOS, ÓPTICOS OU ACÚSTICOS.....	55
3.3 DA AÇÃO CONTROLADA.....	59
3.4 DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, INFORMÁTICA E TELEMÁTICA.....	62
3.5 DO AFASTAMENTO DOS SIGILOS FINANCEIRO, BANCÁRIO E FISCAL.....	67
3.6 DO ACESSO A REGISTROS, DADOS CADASTRAIS, DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES.....	70
3.7 DISCUSSÃO CRÍTICA DAS METODOLOGIAS DE INVESTIGAÇÃO.....	75
4. DO AGENTE INFILTRADO.....	84
4.1 AGENTE INFILTRADO E INFORMANTE	87
4.2 AGENTE INFILTRADO E AGENTE DE INTELIGÊNCIA.....	89
4.3 AGENTE INFILTRADO E AGENTE ENCOBERTO.....	92
4.4 AGENTE INFILTRADO E AGENTE PROVOCADOR.....	95
4.5 REQUISITOS LEGAIS NOS TERMOS DA LEI N.º 12.850/13.....	99
4.6 RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO AGENTE INFILTRADO.....	105

4.7 DOS DIREITOS DO AGENTE INFILTRADO.....	110
4.8 O AGENTE INFILTRADO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.....	111
4.9 CONSIDERAÇÕES SOBRE O AGENTE INFILTRADO EM PORTUGAL.....	119
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	127
REFERÊNCIAS.....	131

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento e a complexidade do crime organizado têm sido objeto de crescente discussão entre juristas, analistas políticos e sociais, enfim, da sociedade em geral, que se preocupa com os efeitos negativos desse fenômeno para a economia, segurança pública e desenvolvimento do Estado.

A globalização que incrementou o fluxo de comércio, pessoas, capitais, culturas, encurtou distâncias e aproximou os povos. De outro giro, fortaleceu as ações das organizações criminosas de tal forma que passaram a representar uma ameaça para a soberania dos Estados, fazendo com que ganhasse a atenção da agenda global ao lado de questões importantíssimas como o meio ambiente, recursos hídricos, matrizes energéticas, pobreza e direitos humanos.

Compreender o alcance de tal fenômeno e as formas legais do seu enfrentamento são primordiais para agentes do Estado envolvidos direta ou indiretamente com a persecução penal, sem olvidar, dos nossos representantes no Congresso Nacional, que possuem papel de destaque na criação de leis voltadas à segurança pública.

Inobstante a esta constatação, a realidade legislativa não acompanhou as mudanças sociais, criando dificuldades imensas para os órgãos de persecução do Estado no enfrentamento das organizações criminosas, contando apenas com instrumentos legais obsoletos, incompletos e desatualizados, como era o caso da Lei

n.º 9.034/95¹ e do próprio Código de Processo Penal², que tinham como paradigma o criminoso individual ou aqueles indivíduos que executavam os delitos em concurso de pessoas, de forma eventual e esporádica, com ou sem divisão de tarefas, visando crime(s) determinado(s).

Nesse diapasão, o aparato persecutório ansiava por instrumentalizar-se para promover a justiça³ através do controle social da ação intolerável das organizações criminosas. Foi então que o Brasil, buscando acompanhar a tendência internacional no tratamento do tema, editou a Lei n.º 12.850/13, com fulcro na recomendação constante da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado

¹ A Lei n. 9.034/95 introduziu no Brasil a figura da organização criminosa, sem defini-la, contudo, e muito menos tratá-la como um fato criminoso em si, diferentemente do que ocorreu em outras legislações. Na sua versão original, chegou a equipará-la à descrição do art. 288 do Código Penal, aspecto que só foi alterado pela Lei n. 10.217/2001, apresentando figuras com conteúdo diferente, lado a lado: quadrilha ou bando e organização criminosa. Inicialmente festejada pela imprensa como meio para instauração de uma “Operação Mãos Limpas” à brasileira, fazendo comparação àquele processo que na Itália ficou conhecido como *mani pulite* (“mãos limpas”), o qual levou aos tribunais centenas de pessoas acusadas de atividades mafiosas, a lei foi objeto de várias críticas por parte da doutrina considerando sua ineficácia, chegando a ser denominada ironicamente por Nogueira de lei da “caixa preta” por conta da maneira como o sigilo das informações colhidas foi por ela tratada (NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Lei da “Caixa Preta”. Revista dos Tribunais, n. 720, out./1995, p. 572-581). Para Franco, a lei, numa imagem menos formal, não passou “de estouros de ‘biribas’ para infundir medo em manadas de elefantes...” (FRANCO, Alberto Silva. Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial. 7. ed. Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 578). Sob o aspecto processual (crítico), conferir GRINOVER, Ada Pellegrini. A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 87-99. Para uma posição moderada em relação à constitucionalidade da lei, conferir MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Considerações sobre a criminalidade organizada. Justiça Penal – críticas e sugestões. Coord. Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 281-290). Síntese do histórico legislativo, assim como as suas existentes críticas podem ser encontradas no já publicado trabalho de Pitombo (PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Organização criminosa – nova perspectiva do tipo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 89-115). GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 144,6/200 Epub.

² Tratando do regime jurídico da intervenção das comunicações, destacando a falta de regulamentação pelo Código de Processo Penal da década de 40 e que, *mutatis mutandis*, pode ser relacionado ao tema em apreço, Geraldo Prado severa que: “O Código de Processo Penal (CPP) em vigor não confere ao tema qualquer destaque e isso é compreensível porque sua estrutura é herdeira do modelo original de 1941, época em que tais questões não se colocavam. As modificações posteriores, mesmo as que recentemente alteraram o estatuto jurídico das provas, não mudaram substancialmente a estrutura concebida durante a ditadura Vargas. Assim, os conceitos distintos de fonte e meio de prova seguem convivendo promiscuamente no âmbito do Código que rege o processo penal brasileiro.” PRADO, Geraldo. *A produção da prova penal e as novas tecnologias: o caso brasileiro*. Disponível em: <<http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20A%20Produ%20%C3%A7%C3%A3o%20da%20Prova%20Penal%20e%20as%20Novas%20Tecnologias%20-%20o%20Caso%20Brasileiro.pdf>>. Acesso em: 22 de jul. 2015.

³ Justiça em um sentido de ideal a ser perseguido, pois, como lembra Kelsen, não é possível admitir a existência de uma justiça absoluta, da mesma forma que não é possível conceber uma moral absoluta, existindo apenas uma justiça relativa. “A conduta social de um indivíduo é injusta quando contraria uma norma que prescreve determinada conduta.” KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Coimbra: Almedina. 2009. p. 41/42

Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, e ratificada no plano interno pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004.

A referida lei revogou a Lei n.º 9.034/95 e passou a definir organização criminosa, dispondo sobre a investigação criminal, os meios de obtenção das provas especiais, das infrações penais correlatas e das normas procedimentais, representando, assim, uma grande evolução no enfrentamento do complexo fenômeno da criminalidade organizada.

Por outro lado, a previsão de metodologias diferenciadas ou especiais de investigação produzem uma série de problemas, mormente no que tange à excepcionalidade, sua previsão em legislação avulsa e problematização em relação à preservação de direitos fundamentais, em razão da alta invasividade que possui.

É dentro deste contexto que se desenvolve a presente dissertação, a qual, no primeiro capítulo, passa a delimitar o conceito de organização criminosa através da análise da evolução legislativa.

No segundo capítulo são tratadas as metodologias especiais de investigação das organizações criminosas no Brasil, em especial, a do agente infiltrado, que se revela como uma das medidas mais invasivas aos direitos fundamentais dos investigados, devendo ser utilizadas com parcimônia pelo Estado-investigador.

Por derradeiro, realiza um estudo comparado entre Brasil e Portugal, aproveitando os conhecimentos de autores tradicionais portugueses, a fim de enriquecer e fomentar a discussão em torno de um tema incipiente em território nacional, mas que ganhou grande relevo e notoriedade há aproximadamente dois anos, com a edição da Lei n.º 12.850/13.

Destarte, pretendemos alcançar com a realização deste trabalho a resposta aos seguintes problemas:

- 1) As metodologias investigatórias previstas na Lei n.º 12.850/13, principalmente a infiltração de agentes, ofendem garantias processuais?
- 2) Quais os limites da infiltração de agentes segundo a Lei n.º 12.850/13?

3) Há semelhanças e diferenças entre a infiltração de agentes no Brasil e em Portugal?

Em complemento, levantamos algumas hipóteses:

- ✓ A evolução da criminalidade organizada requer um esforço mundial na criação e inovação das medidas persecutórias efetivas para o seu enfrentamento.
- ✓ Os valores da dignidade humana e a preservação dos direitos fundamentais devem ser respeitados e não devem ser sobrepujados em razão das investigações criminais.
- ✓ A comparação entre Brasil e Portugal poderá fornecer elementos importantes à compreensão e aplicação da metodologia investigatória da infiltração de agentes.

A investigação foi desenvolvida com base em pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais, publicações, artigos e textos de lei, tudo escudado nos ensinamentos e conclusões exaradas pelos maiores expoentes do direito constitucional, penal e processual penal do Brasil e de Portugal.

Desta forma, acreditamos que os questionamentos feitos inicialmente foram devidamente respondidos e o objetivo proposto alcançado.

2. DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO BRASIL.

2.1 CONVENÇÃO DE PALERMO

O crime organizado^{4 5 6} é um dos fenômenos sociológicos que mais interfere nos direitos fundamentais^{7 8} e que encontra uma projeção exponencial em uma

⁴ Jorge Figueiredo Dias define a criminalidade organizada como “um fenômeno social, económico, político, cultural, fruto da sociedade contemporânea” análogo ou relacionado a outros fenômenos, tais como o terrorismo, a criminalidade política e económico-financeira.” DIAS, Jorge Figueiredo. *A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 2008. p. 14.

⁵ Guaracy Mingardi define o crime organizado como “grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da Lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território.” MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. Boletim IBCCRIM, p. 82, *apud* MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 18.

⁶ No Brasil, afirma-se que a atuação do “cangaço”, grupo liderado por Virgulino Ferreira da Silva, o Lampião”, caracterizou-se como um movimento emblemático de uma primeira expressão do crime organizado em solo brasileiro. FERNANDES, Antonio Scarance. *O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 16, n. 70, jan./fev. 2008, p. 240.

⁷ Ao crescimento exponencial da massificada média e pequena criminalidade – que, nem por sê-lo, provoca menos alarme, desorganização social e anomia – soma-se a eclosão de novas manifestações de *criminalidade organizada*. Uma categorização provisória, marcada pela plasticidade da compreensão, abrangendo formas extremamente diversificadas de criminalidade. Mas em que ganham peso privilegiado duas expressões fenomenológicas.

De um lado, as organizações votadas ao crime económico-financeiro: marcadas pela sofisticação da organização e funcionamento, a invisibilidade dos gestos e movimentos, a imaterialidade dos “objectos da acção”, o desprendimento de categorias tradicionais de agente e de espaço, situando-se ao nível “infra-vermelho” da conflitualidade, **sugando a riqueza das nações e o sangue de milhões de vítimas que “não o são”, não deixando manchas de sangue nem impressões digitais.**

Do outro lado as organizações “infinitamente grandes” de terrorismo, dispo de aparelhos de poder e meios de destruição à dimensão dos próprios Estados (...). (grifo nosso). COSTA ANDRADE. Manuel da. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra Editora. Coimbra. 2009. p. 15.

⁸“Dada a complexidade e delicadeza de uma definição de direito e, particularmente, de direitos fundamentais, tem-se procurado antes encontrar uma ideia tão precisa quanto possível desta categoria de direitos. Começaremos por distinguir os direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material. São direitos fundamentais em sentido formal os que a Constituição especifica como tais; em sentido material são os que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, quer sejam consagrados na Constituição, nas leis, ou nas regras aplicáveis de direito internacional, como ensinou o Prof. Castro mendes. São, digamos, direitos abonados e avalizados pela consciência colectiva dos cidadãos (...) a ideia de direitos fundamentais liga-se intrinsecamente com a dignidade humana, com o primado do Homem face à

sociedade complexa e globalizada. Adapta-se às novas tecnologias, com uma velocidade inacreditável⁹, infiltrando-se nos núcleos políticos, econômicos e financeiros, dentro de um contexto todo particular do século XXI, onde se preceitua que *nesta sociedade “nova” desenvolve-se uma criminalidade “nova”*.¹⁰

Isso nos obriga a redimensionar modelos de investigação¹¹, conteúdo, alcance, políticas criminais e toda uma base teórica fundada na criminalidade individual ou tradicional¹² a fim de nos prepararmos para a persecução desta moderna criminalidade sob uma nova perspectiva, pois, *a explicação sociológica do crime deverá ser tendencialmente globalizante*¹³.

A mobilidade de pessoas e capitais, a unificação dos espaços, a criação de redes de indivíduos que se identificam entre si por interesses espúrios, interagindo e

sociedade de que faz parte.” FARIA JOSÉ, Miguel. *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*. Vol. I. 3ª Ed. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. 2001. p. 3.

⁹ (...) elas evoluem em velocidade muito maior do que a capacidade da Justiça de percebê-las, analisá-las e principalmente combatê-las. Assim como a vacina sempre persegue a doença, os meios de combate à criminalidade organizada sempre correm atrás dos estragos causados pela sua atividade. Amanhã e depois seguramente surgirão outras formas novas, que, pela simples verificação de atividades organizadas para a prática de crimes, será considerada organização criminosa. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado; Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 28.

¹⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Política criminal – Novos desafios, velhos rumos*. Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra Editora. Coimbra. 2009. p. 159

¹¹ “(...) a investigação criminológica não obedece a nenhum princípio de *numerus clausus* no que toca aos *métodos*, no sentido de técnicas de investigação (...). E isto por um conjunto de razões óbvias. É, desde logo, a já referida implantação pluridimensional da criminologia. É em segundo lugar, a conhecida proliferação de *escolas* e teorias criminológicas, cada uma privilegiando os seus processos específicos de procura, observação, manipulação e interpretação dos dados. É, em terceiro lugar, a diversidade de tarefas pelas quais se distribui hoje a investigação criminológica.” FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra Editora. Coimbra. 2013. p. 117/118.

¹² (...) expressiva foi a *ruptura metodológica e epistemológica* com a criminologia tradicional. Ela significa desde logo o abandono do paradigma etiológico-determinista (sobretudo no plano individual) e a substituição dum modelo estático e descontínuo de abordagem do comportamento desviante por um modelo dinâmico e contínuo. FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra Editora. Coimbra. 2013. P.s. 42/43.

¹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra Editora. Coimbra. 2013. Pag. 243.

se comunicando de forma instantânea está sendo desenvolvida em uma sociedade denominada, pelo sociólogo Ulrich Beck^{14 15}, de *sociedade mundial do risco*¹⁶.

¹⁴ BECK, Ulrich, *apud* SILVA, Luciana Carneiro da. *Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco*. Revista Liberdades. São Paulo, n. 5, set/dez. 2010, p. 85/86

¹⁵ Ulrich Beck alerta para este sentido comum de “percepção cultural do risco”, que difere do risco em si, como “acontecimento antecipado” compreendido de modo racional. Convive-se na atualidade com o que se convencionou chamar a “subjetividade do risco” e para isso contribui o fato de as tecnologias de comunicação “interconectarem o mundo”, configurando o instrumento por meio do qual são tecidos os vínculos simbólicos que nos situam em um “presente comum” a todas as pessoas pela primeira vez na história. PRADO, Geraldo. *A produção da prova penal e as novas tecnologias: o caso brasileiro*. Disponível em: <<http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20A%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20da%20Prova%20Penal%20e%20as%20Novas%20Tecnologia%20-%20o%20Caso%20Brasileiro.pdf>>. Acesso em: 22 de jul. 2015.

¹⁶ “Sob tal horizonte semântico, a modernização reflexiva corresponde a um novo estágio em que a expansão técnico-econômica havida durante o processo de desenvolvimento da modernidade simples pode se convolar em autodestruição da era industrial e, paralelamente, na sua substituição por uma nova configuração social – exasperadamente tecnológica, massificada e global – que emerge silenciosamente sob pequenas medidas com grandes efeitos cumulativos”. SILVA, Luciana Carneiro da. *Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco*. Revista Liberdades. São Paulo, n. 5, set/dez. 2010, p. 88/89

Os riscos não são mais passíveis de previsibilidade como eram, em tese, na sociedade industrial e, assim, cresce o nível de tensão e a demanda por **segurança**¹⁷, mormente sob a perspectiva normativo-penal^{18 19 20}.

¹⁷ A situação mundial, em particular após o 11 de setembro de 2001 e os atentados de Madri, em 11 de março de 2004, elevou o nível de tensão e “stress”, relativamente ao controle da circulação de pessoas e informações que tem sido característico neste novo momento da sociedade global. A difusão transnacional da sensação de insegurança incentivou mudanças paradigmáticas pontuais que refletem nas práticas penais. Com razão, Pilar Calveiro alude a processos gerais que instauraram novas modalidades de penalização e castigo tanto em âmbito local como internacional como resultado direto desta percepção. PRADO, Geraldo. *A produção da prova penal e as novas tecnologias: o caso brasileiro*. Disponível em: <http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20A%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20da%20Prova%20Penal%20e%20as%20Novas%20Tecnologias%20-%20o%20Caso%20Brasileiro.pdf>. Acesso em: 22 de jul. 2015.

¹⁸ “Igualmente exsurge a constatação de que tanto a emergência da sociedade do risco deu-se sob a benção das instituições de controle e de proteção da sociedade industrial quanto a evidência de os riscos tecnológicos surgidos desafiam hoje essas mesmas instituições, como ciência, administração estatal, política e direito, que, inclusive, legitimaram a criação desses riscos.

(...) tem-se que, na época da sociedade do risco, os padrões de normalidade não mais se afiguram seguros enquanto condutores da previsibilidade e da calculabilidade, ante a existência de contingências e indeterminações insuscetíveis de controle – o que aponta para a possibilidade de falhas no funcionamento das normas e das instituições de controle e proteção no período industrial.

No quadro da dinâmica sociopolítica, destaca-se a questão de os novos riscos assumirem uma dimensão ainda mais explosiva, ensejando sensações de incerteza e de incontabilidade produzidas pelo desenvolvimento técnico-econômico.

Sob este dramático cenário, **a percepção pública dos riscos convola-se facilmente em uma crescente demanda social por segurança, especialmente pelo viés normativo-penal.**” (grifo nosso). SILVA, Luciana Carneiro da. *Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco*. Revista Liberdades. São Paulo, n. 5, set/dez. 2010. p. 100/101

¹⁹ O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21.

²⁰ “A estreita relação entre liberdade e lei (ou a colocação da lei ao serviço da liberdade) remonta ao constitucionalismo liberal. A Lei Fundamental de 1976 não reproduz a fórmula *ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei*, mas acolhe, com toda nitidez, o correspondente princípio.

Acolhe-o em geral, embora indiretamente a respeito das restrições e das medidas de polícia, nos arts. 18.º, n.ºs 2 e 3, e 272 n.º, n.º 2; implicitamente, no art. 165.º, n.º 1, alínea b); e através do art. 16º, n.º 2, no art. 29º, n.º 2, da Declaração Universal.

Acolhe-o em especial, em numerosíssimas disposições avulsas, a propósito de muitos direitos, liberdades e garantias ou de direitos de natureza análoga (assim como a propósito de outras matérias).” MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra Editora. 2012. p. 406/407.

Ressalta-se que a **segurança** (CF/88, preâmbulo, artigo 5⁰²¹, *caput*, 6⁰²², *caput*, 7^o, inciso XXII, etc.) é um importante bem jurídico de direito fundamental a ser analisado neste trabalho.

E, segundo José Afonso da Silva, a expressão **segurança** “assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica”.²³

O Estado, portanto, tem de se ater à realidade dos problemas sociais e suas consequências²⁴, não podendo se omitir em seu dever constitucional. Deve se abster de adotar medidas meramente simbólicas. Compete se inteirar dos riscos existentes, tomar medidas para evitá-los e observar se tais medidas foram e continuam sendo eficazes para prevenção de danos (considerando a dinâmica modernização social), honrando o cumprimento de seu dever de proteção ou à proibição de insuficiência²⁵, também conhecida como proibição de proteção deficiente²⁶.

²¹ “(...) no entanto, não impede que ele seja considerado um conjunto de garantias – natureza que, aliás, se acha ínsita no termo ‘segurança’. Efetivamente, esse conjunto de direitos aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou incolumidade física ou moral): segurança das relações jurídicas (art. 5^o, XXXVI), segurança do domicílio (art. 5^o, XI), segurança das comunicações pessoais (art. 5^o, IV) e segurança em matéria penal e processual penal (art. 5^o, XXXVII-XLVII)” SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 72.

²² “No artigo 5^o a segurança aparece, sobretudo, como garantia individual, como vimos antes. Aqui, segurança é definida como espécie de direito social. Portanto, há de se falar de outra forma de direito. Como direito social, a segurança é especialmente a obtenção de uma convivência social que permita o gozo de direitos e o exercício de atividades sem perturbação de outrem. Vale dizer, direito à segurança, no artigo 6^o, prende-se ao conceito de segurança pública.” SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 187.

²³ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 635.

²⁴ “Sob este dramático cenário, a percepção pública dos riscos facilmente convola-se em uma crescente demanda social por segurança, especialmente pelo viés normativo-penal, com o direcionamento de tais pressões à burocracia institucional. Assim, **a aversão ao risco e a aspiração à segurança figuram como os responsáveis pela reivindicação da sociedade para que o Estado ofereça tanto a almejada proteção quanto a sensação de confiança nessa proteção.**” SILVA, Luciana Carneiro da. *Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco*. Revista Liberdades. São Paulo, n. 5, set/dez. 2010. p. 115

²⁵ Por força do princípio da proibição de proteção deficiente nem a lei nem o Estado pode apresentar insuficiência em relação à tutela dos direitos fundamentais, ou seja, ele cria um dever de proteção para o Estado (ou seja: para o legislador e para o juiz) que não pode abrir mão dos mecanismos de tutela, incluindo-se os de natureza penal, para assegurar a proteção de um direito fundamental. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da proibição de proteção deficiente*. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009120712405123. Acessado: 05/06/15.

²⁶ Quer dizer, na atual dogmática constitucional, os direitos fundamentais, ao lado da sua clássica função negativa de limitar o arbítrio das intervenções estatais na liberdade, ou seja da proibição de excesso (Übermaßverbot), passaram a desempenhar também o papel de mandamentos de proteção (Schutzgebote) ao legislador, na chamada proibição de insuficiência (Untermaßverbot) que determina a existência de deveres de proteção jurídico-fundamentais (grundrechtliche Schutzpflichten), na terminologia mais aceita, que enfatiza o aspecto da obrigação estatal, ou direitos de proteção jurídico-

O destinatário do dever de proteção é exclusivamente o Estado, vinculando seus três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, porém, compete ao legislador um papel de protagonismo, pois, sua atividade irá fornecer suporte aos demais poderes para aplicação do dever de proteção.^{27 28}

O legislador deve aproveitar os bons exemplos e as experiências internacionais²⁹ para fortalecer o ordenamento jurídico interno com medidas legislativas realmente eficazes, afastando legislações retrógradas para a persecução desse novo modelo de criminalidade que não encontra barreiras ou limites territoriais³⁰.

Não foi isso que ocorreu no Brasil, que até a edição da Lei n.º 12.850/2013³¹, não tipificava o crime de organização criminosa e contava apenas com o Código de

fundamentais (grundrechtliche Schutzrechten), expressão que dá ênfase ao direito do cidadão, e não ao dever do Estado. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 67

²⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 69

²⁸ “Em caso de modificação na situação fática, avanço da técnica ou de erro na prognose efetuada pelo legislador, deverão ser tomadas medidas complementares, dentro do dever de melhora (Nachbesserungspflicht) ou de teste (Erprobungspflicht) imposto ao legislador, consistente na constante observação e desenvolvimento da legislação para adaptá-la aos novos tempos e assegurar a adequada proteção dos direitos fundamentais.

Desse modo, o dever do Estado de garantir a segurança dos cidadãos caracteriza uma responsabilidade duradoura, da qual o legislador não se desincumbe com o regramento em uma única oportunidade.” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 68-69.

²⁹ A legislação portuguesa traz a seguinte e simples definição para organização criminosa:

Artigo 299 do Código Penal Português:

Associação criminosa

1 — Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2 — Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos.

3 — Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

4 — As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

³⁰ No mundo globalizado em que vivemos, sem tempo nem espaço, em que as coisas acontecem ao mesmo tempo em todos os lugares – as bombas explodem em N. Iorque, em Madrid ou Londres, mas o seu clarão cega em todo o mundo – são também estes dados que marcam e condicionam a vida em Portugal. Embora poupados ao horror das manifestações mais exasperadas do terrorismo, nem por isso o nosso quotidiano deixa de fluir profundamente marcado pelos *topos* do crime e da resposta do crime. Medo do crime e guerra ao crime, são o verso e o reverso duma sociedade que se sente ameaçada de sucumbir, sufocada pelo crime. COSTA ANDRADE. Manuel da. *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra Editora. Coimbra. 2009. p. 16.

³¹ Passou a definir as organizações criminosas, a investigação criminal e os seus meios de obtenção de prova.

Processo Penal e o Código Penal, ambos da década de 40, instituídos para arrostar o modelo individual ou clássico de criminalidade.

Evidentemente que o Estado-investigador não conseguia realizar seu mister com a competência exigível, até porque, o judiciário não poderia condenar ninguém em razão da aplicação do princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, fomentando, assim, o desenvolvimento de uma criminalidade mais complexa em território nacional.

Enquanto isso, a percepção e preocupação supranacional do crime transnacional pode ser observada através das respostas políticas dadas pelas organizações internacionais, destacando-se as Organizações das Nações Unidas (ONU), Organizações dos Estados Americanos (OEA) e a União Européia (UE), as quais incorporaram em seu debate o impacto do crime organizado transnacional na agenda global e sua influência para a segurança mundial.³²

A ONU deliberou pela elaboração da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, cujo texto final foi firmado durante a Conferência de Palermo na Itália, realizada de 12 a 15 de maio de 2000, o que ficou conhecida como Convenção de Palermo³³.

Trata-se de um tratado multilateral voltado à cooperação entre os Estados-partes para prevenir e coibir o crime organizado transnacional³⁴. Foi aprovada em resolução da Assembleia Geral da ONU em 15 de novembro de 2000, adotada em

³² WERNER, Guilherme Cunha. *O crime organizado transnacional e as redes criminosas: presença e influência nas relações internacionais contemporâneas*. São Paulo. 2009. Dissertação de Mestrado da USP do curso de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. p. 45

³³ WERNER, Guilherme Cunha. *O crime organizado transnacional e as redes criminosas: presença e influência nas relações internacionais contemporâneas*. São Paulo. 2009. Dissertação de Mestrado da USP do curso de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. p. 46

³⁴ No seio das Nações Unidas, foi no quinto Congresso sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, de 1º a 13 de setembro de 1975, que se deu início ao debate neste organismo sobre o crime organizado, tema que se repetiu nos demais congressos. Mas foi em Nápoles, em novembro de 1994, que as Nações Unidas promoveram a Conferência Mundial Interministerial sobre o Crime Organizado Transnacional, evento mais importante sobre o tema, em que 142 Estados adotaram, por unanimidade a Declaração Política de Nápoles e o Plano de Ação Global contra o Crime Transnacional Organizado, aprovados pela Assembleia Geral mediante Resolução n. 49/159, de 23 de dezembro de 1994. Desta iniciativa, após o trabalho de uma Comissão especial sobre várias propostas, surgiu o Projeto de Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade transnacional organizada, que deu origem à Convenção de Palermo (CORDERO, Isidoro Blanco y GARCÍA DE PAZ, Ma Isabel. *Criminalidad organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*. Universidad de Castilla-La Mancha, Almagro, mayo de 1999, p. 17-52). GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 147,9/200 Epub.

Nova Iorque, e, após 40 ratificações, entrou em vigor a partir de 29 de setembro de 2003. A Convenção foi ratificada por 147 países.^{35 36} O Brasil promulgou-a mediante o Decreto 5.015 de 12 de março de 2004.

A definição do tratado multilateral sobre o Grupo Criminoso Organizado ficou definido da seguinte forma:

Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves³⁷ ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. (Organização das Nações Unidas – Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional)

Consigna-se que a Convenção **não contém um tipo penal sobre organização criminosa**, possuindo **apenas diretivas** a serem seguidas pelos Estados-partes na adaptação da sua legislação interna³⁸.

Dessa forma, prevê em seu art. 5º, que *cada Estado-Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente*³⁹.

³⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 147,9/200 Epub.

³⁶ O governo brasileiro ratificou a Convenção em junho de 1991, dez anos após a assinatura da Convenção de Viena, durante uma Assembleia das Nações Unidas para traçar o Plano Global de Combate a Lavagem de Dinheiro, ou Global Plan Against Money Laundering (GPAML) (Brasil – COAF 2001) e em conjunto com o Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional de Drogas (UNDCP) da ONU que é responsável pela articulação do controle internacional de drogas e crimes correlatos. WERNER, Guilherme Cunha. *O crime organizado transnacional e as redes criminosas: presença e influência nas relações internacionais contemporâneas*. São Paulo. 2009. Dissertação de Mestrado da USP do curso de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. p. 46

³⁷ Segundo o artigo 2º da Convenção de Palermo, considera-se “infração grave”, aquela que: constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior” e “grupo estruturado” refere-se a “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”. (Nações Unidas – Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional)

³⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 18,1/200 Epub.

³⁹ “Art. 5. Cada Estado-Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente:

a) Um dos atos seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da atividade criminosa:

i) O entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave, com uma intenção direta ou indiretamente relacionada com a obtenção de um benefício econômico ou outro benefício material e, quando assim prescrever o direito interno, envolvendo um ato praticado por um dos

Por se tratarem apenas de diretrizes, o fato de o Brasil ter se tornado signatário da Convenção de Palermo não inovou a ordem jurídica interna para se aplicar o conceito de organização criminosa definido pelas Nações Unidas em território nacional^{40 41}.

Esse entendimento foi sustentado por boa parte da doutrina nacional, como, por Luiz Flávio Gomes:

1º) a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade;

2º) a definição dada, caso seja superada a primeira censura acima exposta, vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição). Note-se que a Convenção exige "(...) 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 Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material". Todas as infrações enunciadas na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional. Logo, não é qualquer criminalidade organizada que se encaixa nessa definição. Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal;

3º) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*)⁴².

participantes para concretizar o que foi acordado ou envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado;

ii) A conduta de qualquer pessoa que, conhecendo a finalidade e a atividade criminosa geral de um grupo criminoso organizado, ou a sua intenção de cometer as infrações em questão, participe ativamente em:

a. Atividades ilícitas do grupo criminoso organizado;
b. Outras atividades do grupo criminoso organizado, sabendo que a sua participação contribuirá para a finalidade criminosa acima referida;

b) O ato de organizar, dirigir, ajudar, incitar, facilitar ou aconselhar a prática de uma infração grave que envolva a participação de um grupo criminoso organizado." GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 18,1/200 Epub.

⁴⁰ Jorge Figueiredo Dias afirma categoricamente que para o conceito jurídico-penal de criminalidade organizada ter utilidade ou viabilidade, é imprescindível que haja um tipo penal de organização ou associação criminosa, um delito autônomo, com específico bem jurídico tutelado. DIAS, Jorge Figueiredo. *A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 2008. p. 15.

⁴¹ Eduardo Araújo da Silva aduz que a Convenção de Palermo trouxe apenas uma definição do que é uma organização criminosa e não um tipo penal, sendo, bem por isso, desprovida de cominação de pena. SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 28.

⁴² GOMES, Luiz Flávio. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 06 de junho de 2015.

E o doutrinador ainda arremata ao afirmar que os tratados e convenções configuram fontes diretas, mas jamais podem servir de base normativa para o direito penal interno porque o parlamento brasileiro, neste caso, só tem o poder de referendar⁴³.

Segundo ele, a dimensão democrática do princípio da legalidade em matéria penal incriminatória exige que o parlamento brasileiro discuta e crie a norma. Isso não é a mesma coisa que referendar⁴⁴. Conforme Giacomolli, os princípios da proteção dos bens jurídicos fundamentais, da culpabilidade e da legalidade, constituem os três pilares básicos do Direito Penal contemporâneo. Ademais, já no exame formal do princípio da legalidade, a descrição legislativa das condutas e das penas há de revelar-se clara, precisa, cognoscível, delimitadora da tipicidade e do subjetivismo, informada pelo adágio *nullum crimen, nulla poena sine lex certae*.⁴⁵

Nessa toada, em um caso emblemático, foi concedido pedido de Habeas Corpus (HC 96007) para trancar o processo penal contra os fundadores da Igreja Renascer em Cristo, Estevan Hernandes Filho e Sonia Haddad Moraes Hernandes, pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro por meio de organização criminosa, previsto no inciso VII do artigo 1º da Lei 9.613/98. A decisão proferida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) foi unânime e a ministra Cármen Lúcia ressaltou a atipicidade do crime de organização criminosa, tendo em vista que **o delito não consta na legislação penal brasileira**⁴⁶.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 06 de junho de 2015.

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 06 de junho de 2015.

⁴⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. “ O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais”, em STRECK, Lenio Luiz et alli (organizadores). *Direito Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 156.

⁴⁶ “(...) É certo que o evocado na denúncia – VII - versa crime cometido por organização criminosa. Então, a partir da óptica de haver a definição desse crime mediante o acatamento à citada Convenção das Nações Unidas, diz-se compreendida a espécie na autorização normativa. A visão mostra-se discrepante da premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Federal. Vale dizer que a concepção de crime, segundo o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, pressupõe não só encontrar-se a tipologia prevista em norma legal, como também ter-se, em relação a ela, pena a alcançar aquele que o cometa. Conjugam-se os dois períodos do inciso XXXIX em comento para dizer-se que, sem a definição da conduta e a apenação, não há prática criminosa glosada penalmente. Por isso, a melhor doutrina sustenta que, no Brasil, ainda não compõe a ordem jurídica previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa. (...) Em síntese, potencializa-se, a mais não poder, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado para pretender-se a persecução criminal no tocante à lavagem ou ocultação de bens sem ter-se o crime antecedente passível de vir a ser empregado para tal fim. Indago: qual o crime, como determina o inciso XXXIX do artigo 5º da Carta da

Além disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu no sentido do voto do ministro Marco Aurélio de que a definição emprestada de organização criminosa seria acrescentar à norma penal elementos inexistentes, o que seria uma intolerável tentativa de substituir o legislador, que não se expressou nesse sentido.

Constata-se, portanto, que o Brasil, até este momento, encontrava-se carente de um conceito legal a respeito das organizações criminosas, mesmo com a adesão à Convenção de Palermo e da Lei n.º 9.034/95.

2.2 LEI N.º 9.034/95

A Lei n.º 9.034/95 dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, mas, incongruentemente, **não apresentava uma definição legal do crime “organizações criminosas”**, o que representou um atraso sem precedentes ao Brasil em termos de persecução dos crimes perpetrados por essas formas empresariais criminosas, especialmente porque essa lacuna só foi preenchida, em definitivo⁴⁷, com a edição da Lei 12.850/13.⁴⁸

República, cometido pelos acusados se, quanto à organização criminosa, a norma faz-se incompleta, não surtindo efeitos jurídicos sob o ângulo do que requer a cabeça do artigo 1º da mencionada lei (...) Não é demais salientar que, mesmo versasse a Convenção as balizas referentes à pena, não se poderia, repito, sem lei em sentido formal e material como exigido pela Constituição Federal, cogitar-se de tipologia a ser observada no Brasil. A introdução da Convenção ocorreu por meio de simples decreto! (...) Concedo a ordem para trancar a ação penal. Estendo-a aos demais réus (...).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HABEAS CORPUS 96.007/SP. Impetrante: LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO, Paciente: ESTEVAN HERNANDES FILHO e SONIA HADDAD MORAES HERNANDES. Relator: Marco Aurélio. 12 de junho de 2012. Disponível em <file:///C:/Users/Assis/Downloads/texto_124306255.pdf> Acessado em: 22 de jul. 2015.

⁴⁷ A Lei n.º 12.694/12, que dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, apresenta a primeira conceituação legislativa de organizações criminosas, mas seu artigo 2º mencionava que a previsão legal seria empregada “para os efeitos desta Lei”.

⁴⁸ A legislação internacional concernente ao tema, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada no Brasil através do Decreto n. 5.015/2004 e citada anteriormente, conceitua grupo organizado, bem como todos os seus elementos constitutivos, no que, aliás, **foi omissa a Lei n. 9.034/1995**, que dispõe regras procedimentais relativas a ilícitos praticados por quadrilha ou bando, ou quaisquer associações criminosas. (grifo nosso). PRADO, Luiz Regis e CASTRO. Bruna Azevedo de. *O crime organizado no ordenamento jurídico brasileiro: algumas considerações críticas*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/anais/36/07_1414.pdf. 07 de junho de 2015.

Em seus textos originais, os artigos 1º e 2º da Lei nº 9.034/95 apresentavam as seguintes redações:

Art 1º. Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de **quadrilha ou bando**. (grifo nosso)

Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por **organizações criminosas** são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...) (grifo nosso)

Pela intelecção dos artigos, percebe-se uma confusão dos conceitos jurídicos, sem uma definição precisa e coerente do que deveria se entender por organizações criminosas, o que criou dificuldades para a interpretação e aplicação da lei^{49 50}.

Em razão da omissão legislativa, a doutrina procurou a expressar alguns conceitos sobre a organização criminosa, a exemplo de Alberto Silva Franco⁵¹:

O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão, compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com

⁴⁹ Antônio Scarance Fernandes aponta três caminhos que devem ser seguidos pela doutrina ou pelo legislador em busca de um conceito de crime organizado. O primeiro deles parte da concepção de organização criminosa para a definição do que seja crime organizado, de maneira que tal seria aquele praticado pelos membros de determinada organização. O segundo, parte da noção de crime organizado, que deve ser definido em função de seus elementos essenciais, sem especificação de tipos penais e, usualmente, com inclusão, entre as suas características, do fato de pertencer o agente a uma organização criminosa. Finalmente, uma terceira opção que se vale do rol dos crimes previstos no sistema, com acréscimo de outros, os quais são considerados como crime organizado. FERNANDES, Antônio Scarance. *Crime organizado e a legislação brasileira*. In: PENTEADO, Jacques de Camargo (Org.). *Justiça penal – 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.31-55

⁵⁰ A Lei seguiu um caminho próprio. Não definiu a organização criminosa, desprezando a linha inicial do projeto. Não definiu, através de seus elementos essenciais, o crime organizado. Não elencou condutas que constituiriam crimes organizados. Preferiu deixar em aberto os tipos penais configuradores de crime organizado, mas, ao mesmo tempo, admitiu que qualquer delito pudesse se caracterizar como tal, afastando que decorresse de ações de bando ou quadrilha. FERNANDES, Antônio Scarance. *Crime organizado e a legislação brasileira*. In: PENTEADO, Jacques de Camargo (Org.). *Justiça penal – 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.37-38.

⁵¹ Alberto Silva Franco ao comentar a Lei 9.034/95 dizia que ela, numa imagem menos formal, não passou “de estouros de ‘biribas’ para infundir medo em manadas de elefantes... FRANCO, Alberto Silva. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 578

vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentes e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os poderes do próprio Estado⁵².

Por sua vez, outros doutrinadores apontavam características das organizações criminosas, a exemplo de Cernicchiaro:

1) tendência transnacional; 2) caráter difuso, sem vítimas individuais, onde o dano não se restringe a uma ou mais pessoas, mas alcança toda a sociedade; 3) hierarquia dos integrantes, dentro de uma organização empresarial onde as responsabilidades encontram-se definidas e os procedimentos são rígidos; 4) divisão territorial; 5) preocupação (permanente) de fazer cessar a eficácia dos controles formais de combate à criminalidade, por conseguinte, buscam atrair agentes do Estado para anular a atuação, obtendo, assim, verdadeira impunidade; 6) além da corrupção, utilizam-se da violência a fim de, pelo silêncio, não serem importados; 7) pode ser acobertado por atividade comercial lícita; 8) explora atividade proibida que, no entanto, não recebe censura da sociedade, a exemplo da Lei Seca norte-americana⁵³;

E, ainda, Luiz Flávio Gomes:

1) previsão de acumulação de riquezas indevida ou de forma ilícita; 2) hierarquia estrutural; 3) planejamento empresarial envolvendo, por exemplo, custo das atividades, forma de pagamento do pessoal, programação do fluxo de mercadorias, planejamento dos itinerários, etc.; 4) uso dos meios tecnológicos sofisticados; 5) recrutamento de pessoas e divisão funcional de atividades; 6) conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com agentes do Poder Público, a ponto de formar uma simbiose, decorrente do seu alto poder de corrupção e do seu poder de influência. Nessa relação se verifica tanto a participação direta de agentes do Poder Público nas associações, quanto atitudes de favorecimento para o funcionamento das organizações; 7) ampla oferta de prestações sociais, no âmbito da saúde pública, segurança, transportes, alimentação, alimentação e emprego; 8) divisão territorial das atividades ilícitas; 9) alto poder de intimidação; 10) real capacidade para fraude, de forma a lesar o patrimônio público ou coletivo; 11) conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa⁵⁴.

⁵² FRANCO, Alberto Silva. *Um difícil processo de tipificação*. São Paulo: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. n. 21, set. 1994, p. 5

⁵³ CERNICCHIARO, Luiz Vicente, 1997. apud BRAZ, Graziela Palhares Torreão. *Crime Organizado x Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 3.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, 1997 apud BRAZ, Graziela Palhares Torreão Graziela Palhares Torreão. *Crime Organizado x Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 32-33.

Observa-se, portanto, que a organização criminosa em nada se assemelha ao crime de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288 do Código Penal, pois, é muito mais sofisticada e apresenta características bem particulares, como a previsão de acumulação de riqueza indevida⁵⁵ ⁵⁶, multiplicidade de condutas⁵⁷, a mescla atividades lícitas e ilícitas⁵⁸, que dissimulam outras práticas delituosas⁵⁹, estrutura hierárquica-piramidal, divisão funcional de tarefas⁶⁰, utilização de meios

⁵⁵ Pela leitura do Decreto n. 5.015/2004, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, extrai-se com clareza o objetivo primordial de uma organização criminosa: a obtenção de benefícios financeiros e materiais.

⁵⁶ O poder, a cobiça e a ganância são os motivadores essenciais da atividade criminosa, e, superada a primeira etapa, qual seja, encetada a prática dos crimes que concretizem tais escopos e assegurada a aquisição do lucro sujo, a meta passa a ser a de como usufruir com segurança e tranquilidade dos ganhos ilegais, legitimando-os. MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 54.

⁵⁷ "(...) o tráfico de espécies ameaçadas envolve bilhões de dólares, sendo o terceiro mais lucrativo do mundo, atrás apenas do tráfico de drogas e armas. Quarenta por cento de toda fauna e flora do mundo estão localizadas nas florestas tropicais úmidas e a maior de todas as florestas é a Amazônica.

Afirmou que a atividade voltada para a prática de crimes ambientais é organizada, estratificada e departamentalizada, adquirindo características empresariais e semelhantes às atividades da Máfia. O infrator seleciona o animal que será traficado em razão do lucro, facilidade de acesso e potencial estético ou reprodutivo da espécie. Organiza-se, recruta pessoal e divide mercados. Para facilitar a comercialização, lava dinheiro e infiltra-se no Poder Público, corrompendo cientistas, diplomatas, servidores da aduana, fiscais etc. Observou haver uma conexão entre o tráfico de entorpecentes e o de animais, salientando que alguns carregamentos de drogas já foram encontrados com carregamentos de répteis, tartarugas e couro. As duas atividades criminosas têm fortes similitudes: ambas trazem grande lucro, nascem no interior e necessitam de exércitos de pessoas para viabilizar o transporte." Relatório Final; Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI destinada a investigar o tráfico de animais e plantas silvestres brasileiros, a exploração e comércio ilegal de madeira e a biopirataria no País. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006, p. 17-18.

⁵⁸ O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI da Pirataria), criada pela Câmara dos Deputados em 13.05.03 e instalada em 05.06.03 dispõe: "O presente relatório mostra, sem nenhuma dúvida, que a estrutura da ilegalidade no comércio de cigarros integra empresas e pessoas como se fosse um grande conglomerado legal. Essa organização não limita suas operações ao território nacional. Suas ramificações se estendem a outros países, com o intuito único de ampliar o máximo seus ganhos ilegais. A conclusão que se chega pela constatação da movimentação financeira entre indivíduos que não têm renda suficiente para suportar os valores demonstrados nesse relatório é que as transações têm como base o ilícito, pois se assim não fosse, elas seriam claras, transparentes e tributadas. Provavelmente, é esse o objetivo final: a sonegação!" Relatório Final; Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI da Pirataria. Câmara dos Deputados. Brasília: Centro de Documentos e Informação Coordenação de Publicações, 2004. p. 107-108.

⁵⁹ MENDRONI exemplifica da seguinte forma: "1) bares/tráfico de entorpecentes, 2) loja de carros/roubo e ou receptação de carros, 3) escritório de administração de negócios empresa/Usura, 4) loja/contrabando-descaminho, etc." MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado; Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 51.

⁶⁰ O crime organizado é a atividade praticada por um grupo de pessoas engajadas em determinados empreendimentos ilícitos, onde posições específicas são previamente definidas na organização para cada participante, contando com os executores, corruptores e corrompidos. CRESSEY, Donald. R. (1969). *Theft of the nation: The structure and operations of organized crime in america*, New York. Harper. *apud* WERNER, Guilherme Cunha. *O crime organizado transnacional e as redes criminosas: presença e influência nas relações internacionais contemporâneas*. São Paulo. 2009. Dissertação de Mestrado da USP do curso de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. p. 38

tecnológicos⁶¹, emprego da violência e da intimidação, caráter estável e permanente⁶².

À época da Lei n.º 9.034/95, o artigo 288 do CP⁶³ tinha a seguinte redação⁶⁴:

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

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

Parágrafo único – a pena aplica-se em dobro se a quadrilha ou bando é armado.

Observa-se a simplicidade do crime de quadrilha ou bando, idealizado sob a perspectiva da década de 40, que apesar de exigir a estabilidade e permanência com a pretensão de realizarem mais de um delito⁶⁵, sob pena de se configurar um mero

⁶¹ Valem-se de meios informáticos e de telecomunicação que nem mesmo o Estado possui; aparelhos parabólicos de escuta telefônica a distância; circuitos internos e externos de televisão; aparatos de comunicação telefônica intercontinentais; câmeras fotográficas auxiliadoras por raios laser; teleobjetivas; gravadores capazes de captar sons a grande distância atravessando inclusive paredes; comunicação por micro-ondas ou satélites etc. São exemplos dessa sofisticação tecnológica, que foge do alcance inclusive dos órgãos oficiais encarregados da persecução penal. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. *Crime Organizado: enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2 ed. São Paulo: RT, 1997. p. 96.

⁶² Segundo Luiz Flávio Gomes, a associação deve ser estável e permanente, pois, sem estabilidade e permanência nem sequer o delito do artigo 288 do Código penal que tipifica o crime de quadrilha ou bando pode se configurar. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. *Crime Organizado: enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 94.

⁶³ BRASIL. Diário oficial da União. Decreto Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em : 09 de jun. 2015

⁶⁴ Recentemente houve alteração legislativa (Lei nº 12.850, de 2013) e modificou o artigo 288 do CP que está assim redigido: *Associação Criminosa: Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente*. BRASIL. Diário oficial da União. Decreto Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em : 09 de jun. 2015

⁶⁵ “(...) a quadrilha ou bando é punida autônoma e independentemente dos crimes praticados em momento posterior à sua constituição, deve-se apurar, a par da intensidade da contribuição causal de cada um dos agentes para a perpetração dos referidos crimes, também a existência do correlativo elemento subjetivo. Tal tarefa se impõe com o fim de se estabelecer quais, dentre os sujeitos agentes, concorreram efetivamente para a execução dos individuados crimes constantes do programa delinquential, eventualmente perpetrados.” SALES, Sheila Jorge Selim. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997. p. 140.

concurso de agentes⁶⁶, em nada se confunde com a complexidade da atual organização criminosa⁶⁷.

Apesar disso, era relativamente comum à prática forense de denúncias ofertadas pelo órgão acusatório a pessoas envolvidas em um intrincado esquema criminoso, com características marcantes de uma organização criminosa, como estrutura hierárquica-piramidal, divisão funcional de tarefas, dentre outras, serem acusadas de “formação de quadrilha”.

Ora, cada uma apresenta características singulares, *modus operandi* e peculiaridades próprias⁶⁸, não sendo razoável conceber que os instrumentos jurídicos utilizados para reprimir e coibir uma delas sejam os mesmos adotados para a outra.

⁶⁶ “A mera conjugação de interesses, direcionados para um objetivo ilícito comum, não é suficiente para identificar o crime em comento, sendo, ainda imperioso que se caracterize a *societas sceleris*. Se o que move os agentes é a ocasional prática de um delito, não se configura o delito. Para tal mister, indispensável a consubstanciação de um vínculo estável e permanente, tendente a se prolongar no tempo, a integrar os componentes da organização, unidos na intenção de delinquir, reiteradamente. Pouco importa se a quadrilha está estruturada de forma complexa ou simples.” SIQUEIRA FILHO, Elio Wanderley. *Repressão crime organizado; Inovações Lei nº 9.034/95*. Curitiba: Juruá, 1995. p. 30.

⁶⁷ O legislador do CP de 1940, operando com valores da década de trinta, ao normatizar o art. 288, criando a figura da quadrilha ou bando, teve em mente impedir que pessoas somassem esforços no sentido de praticar crimes, tão somente, independentemente da efetiva perpetração de outras infrações penais contravencionais. Verifica-se, portanto, tratar-se de crime específico, totalmente independente da eventual progressão criminosa, posto que direcionado à proteção da paz pública posta em perigo pelo simples fato de estruturar-se a quadrilha ou bando com finalidade desviante. QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Crime Organizado no Brasil, Comentários à Lei nº 9.034/95, Aspectos policiais e judiciários. Teoria e prática*. São Paulo: Iglu Editora, 1998. p. 73.

⁶⁸ O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem, grande força de expansão; compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência, exibe um poder de corrupção e difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, e resumo, é capaz de inerciar ou flagilizar os Poderes do próprio Estado. FRANCO, Alberto Silva, 1994, p. 5 apud GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. *Crime Organizado: enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 75

Mesmo sendo ostensiva a distinção^{69 70}, os órgãos de persecução não podiam contar com uma legislação adequada à persecução dessa nova faceta do crime, apesar de existir uma pressão mundial para arrostar esse tipo de delito em prol da segurança social⁷¹.

Os próprios meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, previstos na Lei n.º 9.034/95, como o flagrante prorrogado, delação premiada, dentre outros, passaram a ser contestados pela doutrina sob o argumento de *perda de eficácia* até que suprisse a lacuna legislativa do seu conteúdo normativo.

Nesse diapasão, assim se manifesta Luiz Flávio Gomes:

Se as leis do crime organizado no Brasil (Lei 9.034/95 e Lei 10.217/01), que existem para definir o que se entende por organização criminosa, não nos explicaram o que é isso, não cabe outra conclusão: desde 12.04.2001 perderam eficácia todos os dispositivos legais fundados nesse conceito que ninguém sabe o que é. São eles: arts. 2º, II (flagrante prorrogado), 4º

⁶⁹ Exemplificando: três ou mais pessoas se reúnem e combinam assaltar bancos. Acertam dia, local e horário em que se encontrarão para o assalto. Decidem funções de vigilância e execução entre eles e partem. Executam o crime em agência bancária eleita às vésperas. Repetem a operação em dias quaisquer subsequentes. Formaram associação criminosa. Se, ao contrário, as pessoas reunidas planejam – de forma organizada – os assaltos, buscando informações privilegiadas preliminares – como por exemplo estudar dias e horários em que determinada agência bancária contará com mais dinheiro em caixa, a sua localização na agência, a estrutura da vigilância e dos alarmes, planejar rotas de fuga, infiltrar agentes de segurança, neutralizar as câmeras filmadoras internas etc. –, esse grupo poderá ser caracterizado como uma organização criminosa voltada para a prática de roubos a bancos. Enquanto na primeira inexistia prévia organização para a prática, e os integrantes executam as suas ações de forma improvisada ou desorganizada, na segunda sempre haverá mínima atividade organizacional prévia de forma a tornar os resultados mais seguros. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado; Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 10.

⁷⁰ Com efeito, não se afigura correta equiparação feita entre organizações criminosas e o delito previsto no art. 288 do CP, tendo em vista que quadrilha e bando designam uma associação, composta por, no mínimo, quatro pessoas, cujas características essenciais são a estabilidade e a permanência da aliança,

visando à perpetração de crimes da mesma espécie ou não. Trata-se de um crime autônomo, punido independentemente da prática de crimes posteriores, tendo como dolo específico à vontade conscientemente dirigida à associação em quadrilha para o fim especial de praticar crimes. Por outro lado, a expressão organizações criminosas não é possível de ser reduzida ao estreito conceito de associação (...). BRAZ, Graziela Palhares Torreão. *Crime Organizado x Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 39-40.

⁷¹ “(...) repercute de forma intensa na doutrina européia, com reflexos nos sistemas legais, o princípio da proporcionalidade, que visa a equilibrar no processo criminal as exigências de garantia do indivíduo e de segurança da sociedade, principalmente no pertinente a temas de alta relevância, como os da prisão e liberdade, da prova criminal e resguardo da intimidade, do sigilo. Cuida-se de equilíbrio difícil de ser atingido. De uma forma geral, entretanto, pende-se para uma clara separação, para fins de tratamento legal entre três grandes grupos de criminalidade: a criminalidade comum, a criminalidade grave ou organizada e a de bagatela.” FERNANDES, Antônio Scarance, 1994, p. 62 apud PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Comentários à lei contra o crime organizado. (Lei nº 9.034/95)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 43.

(organização da polícia judiciária), 5º (identificação criminal), 6º (delação premiada), 7º (proibição de liberdade provisória) e 10 (progressão de regime) da Lei 9.034/95, que só se aplicam para as (por ora, indecifráveis) organizações criminosas.

É caso de perda de eficácia (por não sabermos o que se entende por organização criminosa), não de revogação (perda de vigência). No dia em que o legislador revelar o conteúdo desse conceito vago, tais dispositivos voltaram a ter eficácia. Por ora continuam vigentes, mas não podem ser aplicados.⁷²

Para corroborar, assim se posiciona Sheila Jorge Selim Sales:

Não existe, pois, definição jurídica de organização criminosa, associação criminosa, crime ou criminalidade organizada no direito penal brasileiro. Por isso, **nem os instrumentos processuais previstos na Lei 9.034/95, nem as disposições contidas em outras que se referem expressamente à ‘organização criminosa’(...) podem ser aplicadas, pois a lei penal não define esse modelo penal de crime**⁷³. (grifo nosso)

Constata-se, assim, que os instrumentos legais, penais ou processuais, em vigor à época eram ineficientes para proteger a sociedade das ações das organizações criminosas, contribuindo para o seu recrudescimento em razão da ineficiência estatal. A lei fazia referência à prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Contudo, o artigo primeiro estabelecia os meios de busca da prova e os procedimentos investigatórios dos delitos de quadrilha ou bando, com menção ao artigo 288 do Código Penal. Essa foi mais uma das deficiências a contribuir na inaplicabilidade dessa lei. Poderia ser feita a pergunta, “combater” (expressão utilizada no art. 4º) o quê?

Com as edições das Leis n.º 12.694/12 e 12.850/13, verificou-se uma mudança real e um esforço do legislador para conter o avanço da criminalidade organizada.

2.3 LEI N.º 12.694/12

⁷² GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei 10.217, de 11.04.2001? Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 795, ano 91, jan. 2002. p. 488.

⁷³ SALES, Sheila Jorge Selim. *Escritos de Direito Penal*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1997. p. 134

Foi publicada no dia 25/07/2012 a Lei n.º 12.694/2012 que, em linhas gerais, permitiu ao magistrado criminal, no primeiro grau de jurisdição, na premência de risco à sua integridade física, determinar a instauração de um órgão julgador coletivo, composto pelo respectivo juiz e mais dois juízes^{74 75}.

Pretendia-se conferir mecanismos de segurança aos magistrados e aos membros do Ministério Público que atuavam em processos criminais envolvendo organizações criminosas⁷⁶.

Entre seus artigos, finalmente surge a primeira conceituação legislativa de organizações criminosas:

(...) para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional⁷⁷.

Infere-se do retro citado artigo os requisitos da estruturação das organizações criminosas⁷⁸: a) associação; b) pluralidade de integrantes (pelo menos três)⁷⁹; c)

⁷⁴ O conteúdo tanto do projeto original quanto do texto aprovado da nova lei está destinado à aplicação dos procedimentos em relação aos atos cometidos por organizações criminosas, sendo facultada a formação do colegiado em primeiro grau de jurisdição. GONÇALVES, Jorge Cesar Silveira Baldassare. *Organização Criminosa: a definição da lei 12.694/2012 e a convenção de Palermo*. Revista Jurídica Consulex. Ano XVI- nº 375. 1 set de 2012. p. 64.

⁷⁵ A Lei n. 12.694, sancionada em 24 de julho de 2012, criou uma nova figura na estrutura jurisdicional, o chamado órgão colegiado de primeiro grau. Segundo a nova lei, nos processos de conhecimento (e respectivo procedimento) ou de execução, que tenha por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz natural do caso penal poderá decidir pela formação de um órgão colegiado, composto por mais dois juízes, para a prática de qualquer ato processual. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1218,0/3662 Epub.

⁷⁶ “(...) tais medidas protetivas visam evitar que se repitam casos como o só Juiz José Antonio Machado Dias, juiz corregedor de Presidente Prudente/SP, morto em 2003, e da Juíza Patrícia Acioli, da 4ª Vara Criminal, de São Gonçalo, assassinada em agosto de 2011, com mais de 10 tiros quando chegava em casa, em Piratininga Niterói”. AQUINO, José Carlos Xavier de. *Manual de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 318

⁷⁷ BRASIL. Diário oficial da União. Lei nº 12694 de 24 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em : 09 de jun. 2015.

⁷⁸ SILVA, Amaury. *Anotações à lei de proteção aos juízes criminais. Lei 12.694/2012: Lei do Juiz sem rosto*. São Paulo: J.H MIZUNO, 2013. p. 91.

⁷⁹ Com relação ao número de integrantes, que foi modificado pela lei 12.850/13 como se verá a seguir, Nucci assim se posiciona: “trata-se de discricionariedade legislativa a fixação do número mínimo de componentes de uma organização criminosa. Embora possa soar estranho, em princípio, uma organização com apenas duas pessoas pode perfeitamente existir; aliás, como início de algo muito mais amplo. Respeita-se, no entanto, o critério legal estampado neste artigo (modificado pela Lei 12.850/2013, (...)), ressaltando ter sido mais adequado o número de três do que algo superior a tal

ordenação estruturada no funcionamento do grupo⁸⁰; d) divisão de tarefas; e) objetivos específicos⁸¹; f) espécie determinada de crimes, sob perspectiva do quantitativo da pena⁸² e g) caráter transnacional.

Apesar disso, não faltaram críticas ao conceito legal de organização criminosa, que foi considerado como total ou parcialmente ineficaz. Nesse sentido, Luciano Anderson de Souza alega que a existência de um mínimo de 3 (três) pessoas não faz sentido a partir do momento que um crime mais singelo como a quadrilha exige 4 (quatro) pessoas. Além disso, não se exige estabilidade e permanência do grupo, o que se aproxima muito do concurso de pessoas ou da quadrilha. Como se não bastasse, o autor vocifera contra a expressão **“ainda que informalmente”** ao tratar da indicação de necessidade de estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, por considerá-la **“absolutamente vaga e, portanto, insegura”**. E prossegue tecendo críticas ácidas ao texto ao afirmar que **“o objetivo direto de se obter vantagem de qualquer natureza desvela absoluto descompromisso com uma delimitação séria, fazendo incidir um gravoso tratamento processual penal sobre um partícipe distanciado do núcleo da ação ilícita”**. Arrematando da seguinte forma:

O único critério claro, mas não infenso de críticas, é o de pena máxima igual ou superior a quatro anos. Diante da realidade das normas penais editadas nas últimas penas, cominando-se sanções prisionais bastante elevadas do modo pouco criterioso a quantidade exigida de pena privativa de liberdade é

base. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. Vol. 2. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2014, p. 191,1/2605 (Epub).

⁸⁰ Demanda-se uma estrutura ordenada, ou seja, devidamente estabelecida em bases próprias, com recursos definidos e responsabilidades bem distribuídas, havendo líder e liderados, com divisão de tarefas, destinando-se a cada membro a sua atividade particular. Nada impede, ao contrário, recomenda, possa cuidar-se de estrutura informal. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. Vol. 2. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2014, p. 191,6/2605 (Epub).

⁸¹ O objetivo da organização criminosa é alcançar qualquer vantagem ilícita, de cunho econômico ou não, de forma direta ou indireta. Porém, tal fim somente pode ser atingido mediante a prática de crimes, com pena máxima igual ou superior a 4 anos, ou de fundo transnacional. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. Vol. 2. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2014, p. 192,1/2605 (Epub).

⁸² Estabelece-se, como atividade da organização, o cometimento de crimes – excluídas, pois, as contravenções penais – cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos. Ou delitos de cunho transnacional, vale dizer, que ultrapassem as fronteiras brasileiras. Parece-nos indevida essa restrição. Há contravenções relevantes – como o jogo do bicho –, que geram inúmeras organizações criminosas, há décadas, e não poderiam ter sido ignoradas pela nova Lei. Além disso, nada impede a formação do crime organizado em torno de delitos cuja pena máxima seja inferior a quatro anos, como os crimes contra a organização do trabalho. Perde-se a oportunidade de estabelecer a organização criminosa em qualquer nível de delinquência. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. Vol. 2. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2014, p. 192,6/2605 (Epub).

baixa. Assim, no caso concreto pode-se chegar ao exagero de considera-se que uma pequena empresa em que três sócios resolvam, desde sua constituição, sonegar impostos, seja uma organização criminosa, algo bastante distanciado da dimensão científica do fenômeno⁸³.

Como se não bastasse, o conceito de organização criminosa não veio acompanhado do preceito secundário da norma penal, que fixaria a sanção correspondente, assim sendo, não produz efeitos penais relevantes⁸⁴ por não haver criado um tipo penal.⁸⁵

Essa definição não chegou a consolidar-se no âmbito do nosso direito interno⁸⁶, pois, o legislador pátrio editou nova lei, redefinindo *organização criminosa*, com contornos e abrangência diferentes da Lei n.º 12.694/12. Referimo-nos à Lei 12.850/13⁸⁷.

2.4 LEI N.º 12.850/13

⁸³ SOUZA, Luciano Anderson. *Organização Criminosa e Repressão Jurídico- Penal na Realidade Brasileira*. Revista dos Institutos dos Advogados de São Paulo. 2012.p. 60-61

⁸⁴ Para Luiz Flávio Gomes, a edição de leis no Brasil tem o condão de iludir a população com “medidas simbólicas” que podem até trazer uma ideia falsa de resolução do problema, mas que, a partir do momento que nada se faz para combater as causas do mal, em longo prazo podem se tornar perniciosas uma vez que o problema continuará se agravando sem que medidas concretas sejam implementadas. Explica ainda que em muitas comarcas, assim como ocorre com o Estatuto da Criança e do Adolescente, A Lei de Execução Penal, A Lei Maria da Penha, dentre outras, a Lei 12.694 não irá possuir qualquer eficácia uma vez que não há nem estrutura nem orçamento para sua implementação, de modo que a lei funcionará apenas como um placebo, dotado apenas de efeito simbólico, que não tocará na raiz do problema. GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Proteção aos Juízes não vai pegar; faltam recursos*. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-02/coluna-lfg-lei-protacao-aos-juizes-nao-pegarfaltam-recursos>>. Acesso em 09 de jun. de 2015.

⁸⁵ “Esta lei não cominou nenhum tipo de sanção penal, logo, não criou o crime organizado. Deu o conceito de organização criminosa, para fins processuais, mas não criou o crime respectivo”. GOMES, Luiz Flávio. *Organização criminosa: um ou dois conceitos?*. Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/direito-criminal/artigo-prof-luiz-flavio-gomes-organizacao-criminosa-um-ou-dois-conceitos->. Acessado em: 09/06/15.

⁸⁶ Segundo Baltazar Junior: “(...) a Lei 12.694/12, que tratou da segurança dos juízes, assim dispôs em seu art. 2º: Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Em minha posição, porém, tal conceito é limitado aos efeitos da própria lei, como consignado no próprio texto, tendo sido o dispositivo, de todo modo, revogado com a superveniência da Lei 12.850/13, a qual exige um mínimo de quatro pessoas para a caracterização da organização.” (grifo nosso). BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3120,3/3357.

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 28.

A Lei n.º 12.850/13 tipificou a *organização criminosa* no Brasil, dispôs sobre sua investigação criminal, os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal, tendo revogado expressamente a Lei n.º 9.034/95.

O § 1º do art. 1º da Lei n.º 12.850/13 assim define a organização criminosa:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional⁸⁸.

Nota-se que o conceito da lei brasileira se distingue daquele da Convenção de Palermo nos seguintes pontos: a) número de agentes; b) maior rigor quanto ao caráter estrutural, em virtude da exigência de divisão de tarefas; c) admissão de qualquer vantagem como fim, não apenas aquelas de conteúdo econômico ou material^{89 90}.

Já com relação ao conceito de organização criminosa apresentado pela Lei n.º 12.694/12, observa-se que a diferença entre os dois está na pena máxima e no número mínimo de pessoas, haja vista que o art. 2.º da Lei 12.694/12 fixa em **três ou mais**, enquanto o art. 1.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013 estabelece em **quatro ou mais**.

Porém, como a Lei n.º 12.850/13 revogou expressamente a Lei n.º 9.034/95 e silenciou-se a respeito da Lei n.º 12.694/12, a doutrina passou a questionar se haveria dois conceitos de organização criminosa no Brasil.

A resposta tende a ser negativa, prevalecendo o conceito da Lei n.º 12.850/13, conforme orientação de César Roberto Bittencourt ao afirmar que constituiria grave ameaça à segurança jurídica admitir a existência de dois tipos de organização criminosa:

⁸⁸ BRASIL. Diário oficial da União. Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 13 de jun. 2015.

⁸⁹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3120,3/3357.

⁹⁰ Como visto alhures, a Convenção de Palermo possui a seguinte redação: (...) *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 Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material*. (grifo nosso)

Nesses termos, pode-se afirmar, com absoluta segurança, que o § 1º do art. 1º da Lei 12.850/2013 revogou, a partir de sua vigência, o art. 2º da Lei 12.694/2012, na medida em que regula inteiramente, e sem ressalvas, o conceito de organização criminosa, ao passo que a lei anterior, o definia tão somente para os seus efeitos, ou seja, “para os efeitos desta lei”. Ademais, a lei posterior disciplina o instituto organização criminosa, de forma mais abrangente, completa e para todos os efeitos. Assim, o procedimento estabelecido previsto na Lei 12.694/12, contrariando o entendimento respeitável de Rômulo Moreira, com todas as venias, deverá levar em consideração a definição de organização criminosa estabelecida na Lei 12.850/13, a qual, como lei posterior, e, redefinindo, completa e integralmente, a concepção de organização criminosa, revoga tacitamente a definição anterior.⁹¹

Outros doutrinadores assim se manifestam:

Considerando-se o critério para resolver o conflito aparente de normas, baseado no preceito de que lei mais recente afasta a aplicação de norma mais antiga, deve prevalecer o dispositivo da nova Lei de Organização Criminosa. Noutros termos, somente se chama o julgamento pelo colegiado quando o processo se concentra na apuração de delitos cometidos, de maneira organizada, por quatro ou mais pessoas. Pode-se argumentar que a expressão “para os efeitos desta lei”, constante do início deste art. 2.º, tornaria essa norma especial em relação à outra, embora mais recente; diante disso, lei especial afastaria a aplicação de norma geral. Contudo, esse argumento cede sob os seguintes dados: a) ambas as leis são especiais, motivo pelo qual a mais recente deve prevalecer; b) não pode haver duas definições de organização criminosa no mesmo sistema jurídico – uma composta por três pessoas; outra, por quatro; c) esta Lei, que disciplina o colegiado, tem natureza eminentemente processual, enquanto a outra (Lei 12.850/2013) possui o caráter essencialmente penal, devendo prevalecer, tendo em vista as próprias finalidades: a tipificação do delito de organização criminosa. Em suma, o art. 2.º desta Lei encontra-se derogado, na parte em que fixa o número mínimo de três pessoas⁹².

Nesse diapasão, para se invocar o colegiado mencionado na Lei n.º 12.694/12 é imprescindível a configuração de uma autêntica organização criminosa, hoje com pelo menos quatro pessoas, afastando-se do art. 2.º da Lei 12.694/2012 a previsão

⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Primeiras reflexões sobre organização criminosa. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobreorganizacao-criminosa/> Acesso em 06 jun. 2015.

⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. Vol. 2. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2014, p. 192,6/2605 (Epub).

de crimes cuja pena máxima seja igual a quatro anos. Somente penas superiores a quatro anos ou delitos transnacionais envolvem a organização criminosa^{93 94}.

Independentemente da polêmica em torno da definição do conceito legal de organização criminosa - que merece ser discutida em razão de suas consequências jurídicas⁹⁵ - o importante é ressaltar que o Brasil deu um grande passo para o enfrentamento desse fenômeno social que provoca danos irreversíveis a todos⁹⁶, atendendo assim, anseios nacionais e internacionais⁹⁷.

Desta forma, partindo da premissa que o conceito legal válido é o instituído pela Lei n.º 12.850/13, seus requisitos são:

- a) Associação de quatro ou mais pessoas;
- b) Estrutura ordenada caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente;

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2015, p. 34,6/243 (Epub).

⁹⁴ Como se vê, as diferenças estão no número de componentes (para os fins da lei agora comentada o mínimo é de 4) e a quantidade da pena dos crimes visados que deve ser maior de 4 anos. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24,4/200 Epub

⁹⁵ Afora a utilização das técnicas especiais de investigação mencionadas na Lei 12.850/13, o conceito de organização criminosa também será relevante para os seguintes efeitos: a) reconhecimento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06; b) imposição do regime disciplinar diferenciado (LEP, art. 52, § 2º); c) formação de colegiado (Lei 12.694/12, art. 1º); d) determinação de competência de varas especializadas em crime organizado. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3121,0/3357

⁹⁶ O crime é um dos sintomas de emergência desta nova sociedade global e que, ao mesmo tempo, permite compreender sua evolução: não só do ponto de vista das *ameaças* que a espreitam (com a infiltração da criminalidade nos centros de decisão políticos, econômicos e financeiros), mas também porque o crime se *adapta* às novas formas de socialização. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Criminalidade organizada – Que política criminal?*. Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra Editora. Coimbra. 2009. Pg. 187

⁹⁷ É de notar, porém, que a Lei 12.850 manteve no ordenamento jurídico, com alterações, o tipo do art. 288 do CP, que tratava da quadrilha ou bando, agora sob o nome de Associação Criminosa, aproximando-se do modelo italiano, que contempla o tipo específico da associação criminosa de tipo mafioso ao lado da associação criminosa simples. O critério distintivo essencial entre os tipos de associação criminosa (CP, art. 288) e organização criminosa (LOC, arts. 1º e 2º) não é o número de agentes ou o fato de visar a crimes graves, mas sim o fato de ser a organização estruturalmente ordenada e contar com divisão de tarefas. Sendo assim, é possível que um grupo que tenha mais de três agentes e tenha por finalidade a prática de crimes com pena superior a quatro anos seja tratado como associação criminosa (CP, art. 288), desde que não seja estruturalmente ordenado e não conte com divisão de tarefas. Com isso, tenho que o Brasil dá cumprimento pleno ao disposto na Convenção, além de dar resposta proporcionada aos casos mais simples e mais complexos de associações voltadas para o crime. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3122,5/3357.

c) Finalidade dirigida para a obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais;

d) Penas máximas com mais de quatro anos ou que as infrações penais tenham caráter transnacional, independentemente da quantidade da pena.

Para melhor compreensão, vejamos a análise estrutural do tipo penal:

a) Associação de quatro ou mais pessoas

Com relação a associação criminosa exigida pela lei, trata-se de uma reunião de quatro ou mais pessoas⁹⁸ com ânimo definitivo⁹⁹, que não se confunde com um simples concurso de pessoas¹⁰⁰.

Para atingir o número mínimo de pessoas, a doutrina se divide sobre a possibilidade da integração de menores de idade e de pessoas coagidas na

⁹⁸ A associação de apenas três pessoas não pode, em nenhuma hipótese, se configurar como Organização Criminosa, tanto pela dificuldade de operacionalização que teriam, como também pelo preenchimento dos demais requisitos do próprio tipo. Seria de fato raro que duas ou três pessoas pudessem estar suficientemente estruturadas de forma ordenada, dividindo apenas entre elas as tarefas, praticando crimes, para deles retirar vantagens, de forma direta ou indireta. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado. Lei 12.850/2013*. São Paulo: Atlas S.A. 2014. p. 7.

⁹⁹ Há necessidade de um *animus* associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira *societas sceleris*, em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a coautoria. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27,0/200 Epub.

¹⁰⁰ O núcleo da definição de organização criminosa repousa, portanto, em associar-se, que significa unir-se, juntar-se, reunir-se, agrupar-se com o objetivo de delinquir. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 43,8/688 Epub

contabilidade do número mínimo legal^{101 102}, havendo um consenso de que não se pode incluir o “agente infiltrado”^{103 104}.

b) Estrutura ordenada caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente

¹⁰¹ A associação deve ser de, no mínimo quatro pessoas, contando-se nesse número eventual membro menor ou o coagido a integrá-la. O coagido pode vir a ser absolvido se se integrou à organização em situação de irresistibilidade, mas é contado para compor o mínimo legal de membros. Já diziam os romanos, *coactus sed volui* para a coação moral. Não pode ser computado o agente infiltrado, porque é pressuposto da infiltração a existência de indícios do crime de organização criminosa, portanto o número de quatro deve anteceder àquela. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27,0/200 Epub.

¹⁰² A doutrina, de modo geral, tem incluído também no número legal no antigo crime de “quadrilha ou bando” os inimputáveis, como, por exemplo, os doentes mentais ou menores de 18 anos, ou seja, os penalmente irresponsáveis. A despeito de esse tema ser mais ou menos pacífico desde a velha doutrina nacional, merece uma reflexão mais elaborada no âmbito de um Estado Democrático de Direito, que não admite, em hipótese alguma, resquício de responsabilidade penal objetiva. Veja-se, por exemplo, a participação de crianças ou adolescentes, os quais são absolutamente inimputáveis e, consequentemente, não têm a menor noção do que está acontecendo; incluí-los, em tais hipóteses, em uma associação criminosa, agora em uma organização criminosa (o que é ainda mais grave) representa uma arbitrariedade desmedida, mesmo que, in concreto, não se atribua responsabilidade penal a incapazes, utilizando-os tão somente para compor o número legal. Certamente, quando o legislador de 1940 referiu-se a “mais de três pessoas” visava indivíduos penalmente responsáveis, isto é, aquelas pessoas que podem ser destinatárias das sanções penais.

Nunca admitimos esse entendimento quando examinamos o antigo crime de quadrilha ou bando (agora associação criminosa). Para reforçar nosso entendimento, invocamos o magistério daquele que foi, sem dúvida alguma, o maior penalista argentino de todos os tempos, Sebastian Soler, in verbis: “*Ese mínimo debe estar integrado por sujetos capaces desde el punto de vista penal, es decir, mayores de dieciséis años*”. Portanto, não se trata de fantasia nossa, mas apenas do reconhecimento que inimputáveis não praticam crimes, não respondem por eles; crianças e adolescentes não são criminosos, e tampouco estão sujeitos às consequências do direito penal, mas são destinatários de medidas socioprotetivas que se encontram no bojo do ECA.

Por fim, menores de 18 anos utilizados como “instrumentos” para a prática de crime, independentemente de ser organizado ou desorganizado, não integram o número mínimo para a composição tanto de organização criminosa como de associação criminosa, indiferentemente. Esses menores utilizados pelo grupo organizado como “instrumentos” não são considerados para o número mínimo legal (quatro pessoas) e instrumento não é “sujeito ativo” de crime algum. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 105,9/688 (Epub)

¹⁰³ Tampouco policial infiltrado pode ser considerado como sujeito ativo ou como integrante do grupamento para complementar o número legal mínimo (quatro) exigido na definição de organização criminosa. Agente infiltrado não é integrante da organização, é um membro espúrio, age contra a organização, não é portador do animus associativo indispensável para agregar-se à organização criminosa. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 107,5/688 Epub

¹⁰⁴ O policial infiltrado não pode ser computado, pois não age com o necessário animus associativo. A sua finalidade, aliás, é diametralmente oposta, qual seja, dismantelar a sociedade criminosa. A sociedade aparece como vítima. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado – Comentários à nova lei sobre crime organizado (Lei n.º 12.850/13)*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 20.

Exige-se que as quatro ou mais pessoas estejam vinculadas de maneira organizada¹⁰⁵, de forma estável e permanente¹⁰⁶, estabelecendo-se uma hierarquia entre superiores e subordinados¹⁰⁷, com divisão de tarefas¹⁰⁸, ainda que informalmente.^{109 110}

c) Finalidade dirigida para a obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais

¹⁰⁵ Em outros termos, essa associação criminosa para se revestir da característica de organização necessita ser estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente. Pois nessa estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas reside, além de outras, na principal distinção entre organização criminosa e associação criminosa, (...). Dito de outra forma, são, fundamentalmente, essa ordenação estrutural e a precisa e clara divisão de tarefas, ainda que informalmente, que lhe caracterizam como organização criminosa, distinguindo-se da simples e tradicional associação criminosa, até então conhecida como quadrilha ou bando. A associação criminosa não requer a organização estruturalmente ordenada e tampouco se caracteriza pela divisão de tarefas. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Nossas primeiras reflexões sobre organização criminosa*. Revista Acadêmica, Vol. 86, Nº1, 2014.

¹⁰⁶ Enfim, estabilidade e permanência são duas características específicas que complementam a definição conceitual de organização criminosa, e são identificadoras dessa modalidade especial de associação criminosa. Com efeito, ordenação estrutural e divisão de tarefas são elementares expressas, e estabilidade e permanência são elementares implícitas que completam a concepção de organização criminosa, sendo insuficiente a mera coparticipação criminosa ou um eventual e transitório concerto de vontades para a prática de determinados crimes. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 56,6/688 Epub.

¹⁰⁷ Com efeito, a hierarquia estrutural está ligada diretamente à própria ideia teórica de organização criminosa, na qual deve existir uma detalhada e persistente cadeia de comando a garantir que as atividades criminosas se desenvolvam de forma eficiente no atingimento dos objetivos do grupo delinquencial. EL TASSE, Adel. *Nova lei de crime organizado*. In: <http://adeleltasse.jusbrasil.com.br/artigos/121933118/nova-lei-de-crime-organizado>. Acessado em 15/07/15

¹⁰⁸ Não se pode banalizar o conceito de crime organizado que, com frequência, conta com planejamento 'empresarial', embora isso não seja rigorosamente necessário. Não há como confundir esse planejamento com o mero programa delinquencial (que está presente em praticamente todos os crimes dolosos). A presença de itens do planejamento empresarial (controle do custo das atividades necessárias, recrutamento controlado de pessoal, modalidade do pagamento, controle do fluxo de caixa, de pessoal e de 'mercadorias' ou 'serviços', planejamento de itinerários, divisão de tarefas, divisão de territórios, contatos com autoridades etc.) constitui forte indício do crime organizado. GOMES, Luiz Flávio. *Comentários aos artigos 1º e 2º da Lei 12.850/13. Criminalidade organizada e crime organizado*. Disponível em: <Blogdolfg/atualidadesdodireito.com.br> Acessado em: 03 de jun. 2015.

¹⁰⁹ A referida divisão não precisa ser formal, ou seja, constante em registros, anais, documentos ou prova similar. O aspecto informal, nesse campo, prevalece, justamente por se tratar de atividade criminosa, logo, clandestina. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2015, p. 20,5/243 (Epub).

¹¹⁰ O conceito legal considera organização criminosa aquela que, ao lado dos demais elementos, seja caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente. Embora a formulação seja distinta, a exigência não contraria a Convenção de Palermo, que reconhece a organização criminosa, ainda que seus membros não tenham funções formalmente definidas. (...) Não se exige, porém, como fica claro no texto legal, que a divisão de tarefas seja formal, que haja um organograma ou designações específicas para os membros. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3126,9/3357.

O objetivo da organização criminosa é, direta ou indiretamente, alcançar uma vantagem de “qualquer natureza”, que como regra é de cunho econômico, embora, permita-se de outra natureza¹¹¹.

O sentido amplo e irrestrito da expressão “qualquer natureza” não deixou de ser criticado pela doutrina:

A Lei 12.850/13, como já o fazia a Lei 12.694/12, aponta como objetivo da organização obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, de modo que o móvel da associação criminosa, à luz do direito brasileiro, não será necessariamente econômico.

Esse ponto é merecedor de crítica, pois é ponto unânime na doutrina (Garzón: 210-211; Hetzer: 130; Valle Filho: 761) e na jurisprudência (STJ, HC 16.334, Dipp, 5ª T., u., 14.8.01) o reconhecimento do fim lucrativo como característica da organização criminosa. Nessa linha, o art. 416-bis do CP italiano refere expressamente como elementos subjetivos do tipo de associação de tipo mafioso, ao lado do fim de cometer crimes, os fins de “adquirir, de modo direto ou indireto a gestão ou, de qualquer modo o controle de atividade econômica, de concessões, de autorizações, empreitadas e serviços públicos ou para obter lucros ou vantagens injustas para si ou para outrem”.

A referência a vantagem de qualquer natureza, não apenas econômica, dificulta a distinção entre organizações criminosas e grupos terroristas, o que é agravado pela expressa extensão da aplicação da lei às organizações terroristas internacionais (art. 1º, § 2º, II)¹¹²

A lei não restringiu o alcance do tipo, pelo contrário, alargou-o ao mencionar “infrações penais”, que abrange crimes e contravenções penais¹¹³. A prática de infrações penais constitui um *meio* para a obtenção de *qualquer vantagem*.

¹¹¹ Por tudo isso, em coerência com o entendimento que esposamos sobre a locução “qualquer vantagem”, que acabamos de transcrever, sustentamos que *vantagem de qualquer natureza* elementar do crime de participação em organização criminosa, pelas mesmas razões, não precisa ser necessariamente de natureza econômica. Na verdade, o legislador preferiu adotar a locução vantagem de qualquer natureza, sem adjetivá-la, provavelmente para não restringir seu alcance. Com efeito, a *natureza econômica da vantagem* é afastada pela elementar normativa *vantagem de qualquer natureza*, que deixa clara sua abrangência. Quando a lei quer limitar a espécie de *vantagem*, usa o elemento normativo “econômica”, e, no presente caso, pelo contrário, afirmou expressamente, vantagem de qualquer natureza afastando, por conseguinte, sua restrição à natureza econômica. Não se pode esquecer, por outro lado, que este crime é pluriofensivo, dentre os quais podem-se destacar, como bens jurídicos tutelados, a ordem pública, o sentimento de segurança e tranqüilidade da população, bem como a administração da justiça lato sensu. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Nossas primeiras reflexões sobre organização criminosa*. Revista Acadêmica, Vol. 86, Nº1, 2014. II

¹¹² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3127,7/3357.

¹¹³ (...) corretamente, o texto normativo menciona infração penal, em lugar de crime, podendo abranger, em tese, tanto os crimes quanto as contravenções penais. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2015, p. 22,0/243 (Epub).

O texto da Lei n.º 12.694/12, que para boa parte da doutrina encontra-se revogado como visto alhures, previa crimes com pena igual ou superior a quatro (4) anos, limitando à prática de crimes e não a qualquer infração penal.

Entretanto, a Lei n.º 12.850/13 exige que as infrações penais tenham penas superiores a 4 anos, dessa forma, como não há contravenção penal no Brasil que, isoladamente, tenha uma pena máxima abstrata neste patamar, necessário se faz que a contravenção seja cumulada com outros delitos¹¹⁴ ou tenha caráter transnacional¹¹⁵.

d) Penas máximas com mais de quatro anos ou que as infrações penais tenham caráter transnacional, independentemente da quantidade da pena.

As infrações penais devem se revestir de especial gravidade a tal ponto que o legislador tenha cominado uma pena superior a quatro anos¹¹⁶ ou¹¹⁷ que detenham

¹¹⁴ Entretanto, inexistente contravenção com pena máxima superior a quatro anos, tornando o conceito de organização criminosa, na prática, vinculado estritamente aos delitos. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2015, p. 22,0/243 (Epub).

¹¹⁵ Outra inovação quanto ao requisito finalístico está na possibilidade de a organização criminosa buscar não apenas o cometimento de crimes, mas de infrações penais, englobando, pois, a prática contravençional, como exploração de jogos de azar, desde que cumulada com outros delitos, cujas penas atinjam o patamar exigido pelo legislador. (...) O que pode parecer um exagero à primeira vista encontra explicação na constatação de que diversas organizações criminosas, algumas com conotações internacionais, invadiram o território nacional para a exploração de jogos de azar, especialmente através de máquinas eletrônicas programáveis (caça-níqueis), vedadas pela lei brasileira. Para o exercício de suas atividades, não são raras as notícias de corrupção de policiais, autoridades municipais, juízes e altas autoridades do governo federal. SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.

¹¹⁶ O primeiro critério é bastante objetivo, pois faz menção a um quantitativo mínimo de pena. Há, porém, uma diferença relevante em relação ao critério da infração grave dado pelo art. 2.b da Convenção de Palermo, bem como pelo art. 2º da Lei 12.694/12, para os quais a pena máxima igual a quatro anos é suficiente, enquanto a LOC exige pena máxima superior a quatro anos. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3128,9/3357.

¹¹⁷ Como se vê, o requisito é alternativo, e não cumulativo, sendo exigida a intenção de praticar crimes graves ou de caráter transnacional, sendo suficiente para a incidência da lei a presença de uma dessas condicionantes. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3128,9/3357.

caráter transnacional¹¹⁸, neste último caso, a quantidade de pena é irrelevante frente a alta periculosidade da associação criminosa.^{119 120}

Uma vez realizada a delimitação do conceito de organização criminosa no Brasil, abordando suas particularidades e polêmicas, inaugurar-se-á novo capítulo tratando das metodologias especiais de investigação das organizações criminosas no Brasil, que buscam a produção de provas e a apresentação dos elementos

¹¹⁸ São aqueles que se caracterizam pela sua natureza multifuncional de impacto além das fronteiras de um determinado País, atingindo ou gerando efeitos diretos ou indiretos em dois ou mais Países, como tráfico de drogas, lavagem de dinheiro etc. Crimes Internacionais, diferentemente, se configuram pela ofensa à humanidade (contra a paz – baseada em tratados internacionais), podendo ultrapassar ou não as fronteiras de um País, como por exemplo genocídio e terrorismo. Nestes, os agentes criminosos acreditam estar cumprindo “missões” – geralmente de cunho religioso ou político. Naqueles, os transnacionais, os agentes criminosos visam majoritariamente dinheiro e poder. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 25.

¹¹⁹ O segundo se refere aos crimes que, independentemente da pena prevista, tenham caráter transnacional, ou seja, crimes comuns que apresentam um elemento transnacional, que atravessa fronteiras, embora não estejam previstos ou sejam reconhecidos como crimes pelo direito internacional, sem embargo da utilização de normas de direito internacional para definição da competência ou cooperação internacional. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3129,9/3357.

¹²⁰ A internacionalização talvez seja a marca mais saliente do crime organizado nas duas últimas décadas. Já não é correto apontar a conexão norte-americana-italiana (Máfia siciliana e Cosa Nostra) como uma singular manifestação dessa modalidade criminosa. Inúmeras são as organizações criminais já mundialmente conhecidas. Podemos citar, dentre tantas outras ainda não destacadas, a camorra napolitana, a n'drangheta calabresa, a sacra corona pugliesa, a boryokudan e a yakuza japonesas, as tríades chinesas, os jovens turcos de Cingapura, os novos bandos no Leste europeu, os cartéis da droga, os contrabandistas de armas etc. É preciso considerar que o aumento do comércio internacional e das tecnologias influenciou o mercado ilícito de armas, drogas (tráfico de entorpecentes), seres humanos, propriedade intelectual e dinheiro (lavagem de capitais e evasão de divisas). Enfim, o crime organizado com aumento do comércio internacional e das tecnologias intensificou sua internacionalização. Moisés Naim (NAIM, 2005, p. 1023) destaca que a “tecnologia expandiu esse mercado não apenas geograficamente, ao minimizar os custos de transporte, mas também ao tornar possível o comércio de uma vasta gama de produtos que não existiam anteriormente, como softwares piratas ou maconha transgênica. As novas tecnologias também tornaram possível comercializar internacionalmente produtos que, no passado, não podiam ser transportados ou listados em ‘inventários’ — rins humanos, por exemplo. Os mercados, obviamente, também se ampliaram quando os governos desregulamentaram as economias anteriormente fechadas ou fortemente controladas e permitiram aos estrangeiros visitar, comercializar e investir mais livremente ... A dramática expansão do comércio mundial ao longo da década — tendo aumentado em média acima de 6% de 1990 a 2000 — criou igualmente um amplo espaço para o comércio ilícito, uma vez que permaneceram muitas regras para a legitimação do comércio que deveriam ser obedecidas, enquanto o apetite de mercados e consumidores por produtos aos quais os países impunham restrição continuavam a crescer. Logo ficou claro que as facilidades adotadas pelos países para encorajar o sucesso do comércio legal também beneficiavam as atividades dos comerciantes ilícitos. Um desses benefícios foi a redução de controle nas fronteiras, tanto em número quanto em rigor”. GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Crime Organizado: enfoques criminológico, jurídico e político criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 58.

informativos necessários para o afastamento do “estado de incerteza”¹²¹ e o convencimento do julgador no momento da decisão¹²².

Nessa toada, dar-se-á especial enfoque à técnica do “agente infiltrado” que se trata, *s.m.j.*, da mais complexa e dificultosa forma de investigação a ser empregada pela polícia judiciária.

¹²¹ Para Geraldo Prado a punição somente será possível se for afastado o juízo de incerteza, sendo que o processo adequado é aquele que se caracterize por “viabilizar o conhecimento da infração penal e sua autoria em um esquema lógico e jurídico que esteja apto a apoiar a decisão em um determinado contexto de verdade”. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19.

¹²² Na esfera criminal, esse conjunto de atos deve convencer de tal forma o julgador, que seja capaz de sobrelevar o princípio constitucional da presunção de inocência, assertiva obviamente válida em caso de sentença condenatória, porquanto para a prolação de sentença absolutória basta a dúvida. PRADO, Leandro Cadenas. *Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores*. Niterói/RJ: Impetus, 2006, p. 3.

3. METODOLOGIAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL.

O Capítulo II da Lei n.º 12.850/13 trata da investigação e dos meios de prova que podem ser utilizados na elucidação dos delitos cometidos pelas organizações criminosas, destacando: I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

A partir de agora faremos uma análise das principais, lembrando que a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, bem como, o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, são tratadas em legislações específicas como determina a própria Lei n.º 12.850/13.

3.1 DA COLABORAÇÃO PREMIADA OU DELAÇÃO PREMIADA¹²³

Inicialmente, cabe esclarecer que, segundo Walter Barbosa Bittar, a origem etimológica do verbete **delação** tem origem no vocábulo latim *delatione*, que significa delatar, denunciar, revelar etc¹²⁴, enquanto que colaborar significa prestar auxílio, cooperar, contribuir.

¹²³ A colaboração premiada, também chamada de delação premiada, já era prevista na Lei n. 9.034/95, revogada, e em outras leis especiais, como a Lei n. 7.492/86 (Crimes contra o sistema financeiro) e a Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), cada uma com contornos próprios. A lei comentada disciplinou-a com maior amplitude e pormenores (...). GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 62,6/200 (Epub)

¹²⁴ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 04.

Este instituto surge como forma de auxiliar o Estado na obtenção de provas em busca de uma possível condenação criminal, conferindo ao colaborador que confesse sua autoria ou participação em “uma” ou “algumas” infrações penais, benefícios legais, daí o motivo da adjetivação “premiada”.

Nessa toada, a Lei n.º 12.850/13 não define o que vem a ser a colaboração premiada, mas preceitua que nos crimes praticados em organização criminosa, a pena poderá ser perdoada, reduzida em até dois terços ou substituída por restritivas de direito¹²⁵ por quem tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal¹²⁶, fornecendo às autoridades elementos capazes de facilitar a resolução do crime¹²⁷.

Cabe, portanto, a doutrina e a jurisprudência a definição, como a exemplo de Bitencourt:

A colaboração premiada, ou colaboração processual, ou, ainda, delação premiada (os primeiros termos, eufemísticos, visam disfarçar certa conotação antiética que a conduta em questão possui) consiste na redução de pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece.¹²⁸

¹²⁵ Evidentemente, estas medidas são tomadas até a sentença condenatória, pois é nela que poderá haver a declaração de extinção da punibilidade pelo perdão judicial e é nela que será fixada a pena, estabelecendo o seu quantum, que pode ser reduzido, ou a substituição por pena restritiva de direitos. . BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 281,3/688 (Epub).

¹²⁶ Parte da doutrina assevera que, mesmo antes da inserção da colaboração premiada na legislação extravagante, a delação premiada já existia no Brasil em forma de atenuante prevista no Código Penal: “Sob o manto da atenuante da confissão espontânea, do arrependimento eficaz ou posterior, a expiação pelo mal cometido já vinha integrando a Parte Geral do Código Penal, na redação determinada pela Lei nº 7.209/84.” CARVALHO, Natália Oliveira de. *A Delação Premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 17

¹²⁷ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. BRASIL. Diário oficial da União. Lei nº 12850 de 02 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em : 21 de jun. 2015

¹²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 255,0/2688. Epub.

Além dos benefícios mencionados alhures, o Ministério Público poderá *deixar de oferecer denúncia* se o colaborador¹²⁹ não for o líder da organização criminosa¹³⁰ ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração¹³¹.

Trata-se, portanto, de um ato do acusado que, na qualidade de autor ou partícipe, admite a participação no delito e passa a colaborar, cooperar, contribuir com as autoridades almejando alguma vantagem ou recompensa.

¹²⁹ São fixadas aqui duas hipóteses independentes e discricionárias ao Ministério Público – titular da ação penal pública, para o não oferecimento da Denúncia, em clara exceção ao Princípio da Legalidade. Sem oferecimento de Denúncia, não há ação penal e, portanto, inexistirá aplicação de “perdão judicial” ou redução da pena. É a aplicação, no sistema processual penal brasileiro, do Princípio da Oportunidade. O Promotor de Justiça, nesse caso, pode conceder “imunidade” ao colaborador, não o processando criminalmente em relação aos fatos específicos que ele relatar em contribuição ao contexto probatório, e seguindo-se os parâmetros estabelecidos no *caput* deste artigo. Nada impede, entretanto, eventual propositura de ação penal contra fatos diversos daqueles por ele relatados. A colaboração premiada, nesse caso, deverá advir necessariamente durante a investigação criminal, pois já durante o processo criminal, fica o MP impedido de ‘desistir da ação penal’, nos termos do artigo 42 do CPP. Essa regra pode então ser aplicada de forma alternativa, pelo MP, aplicando o princípio da oportunidade. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 41.

¹³⁰ O instituto da colaboração premiada tem o objetivo de viabilizar aos órgãos de persecução, em especial o Ministério Público, o conhecimento das provas e da identidade do líder da organização criminosa, contra os quais a coleta de provas e evidências é sempre mais difícil, já que os líderes “comandam”, “ordenam”, e não praticam jamais atos de execução. Esse é o espírito desse instituto processual penal. Viabiliza-se então a integrantes da organização que prestem informações e forneçam provas a respeito de atuações de lideranças, tanto melhor, quanto mais graduadas forem. Não teria sentido, evidentemente, que o próprio líder se beneficiasse do instituto, entregando à justiça nomes e ações de seus comandados. Embora a Lei refira o termo “o líder” (no singular), temos por lógico que o instituto possa ser aplicado a “líderes”. Isso porque em organizações criminosas clássicas (de modelos mafiosos, p. ex.) há células ou grupos ou clãs hierarquicamente divididos. Em alguns casos, os integrantes de menor escala nem sequer conhecem ou sabem a identidade do maior dos líderes (nas máfias chamado de “Boss”). Da mesma forma seria difícil aferir se aquele a quem ele considera o “maior chefe” realmente o é, ou se há alguém ainda acima dele. Nada impediria, portanto, quer nos parecer, que o benefício da imunidade possa ser aplicado ao integrante que entregar à justiça “o seu líder”, assim reconhecido como tal pelo Ministério Público a partir das provas produzidas. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 42

¹³¹ A colaboração premiada tampouco pode se converter em fator interminável de impunidade, com ‘efeito dominó’. Para impedir essa situação, a Lei prevê que o benefício da “imunidade” somente pode ser aplicada ao primeiro agente que prestar colaboração para a obtenção dos resultados fixados nos incisos do *caput* do artigo. Outros, entretanto, pela redação e pela sistemática do instituto, podem se valer, eventualmente, de perdão judicial ou redução da pena ou sua substituição por outra restritiva de direitos, sempre, repita-se, conforme a utilidade das informações prestadas ao contexto probatório e dentro da discricionariedade do órgão do Ministério Público com atribuições no caso concreto. O dispositivo também é eficiente no sentido de auxiliar a justiça na ‘implosão psicológica’ da organização criminosa, extremamente benéfica à Administração da Justiça, na medida em que resultará em perpétua mútua desconfiança entre os seus integrantes. Sabendo que poderá se beneficiar em termos penais, o integrante da organização criminosa terá receio se o seu comparsa foi ou pretende ir à justiça colaborar. Esse fator que gera receio e desconfiança mútua dos criminosos poderá provocar a corrosão da própria estrutura criminosa – desorganizando-a e favorecendo a persecução penal. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 42/43.

Para tanto, não basta a mera prestação de informações, mas é necessário a efetiva colaboração¹³², ou seja, que o fornecimento de dados venha a contribuir de fato com o esclarecimento da infração penal e sua autoria¹³³.

A lei condiciona a colaboração premiada a um ou mais dos seguintes resultados¹³⁴:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas¹³⁵;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa¹³⁶;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa¹³⁷;

¹³² Desta forma, quando o agente fornecer informações vagas, insuficientes e incapazes de auxiliar na apuração da infração penal, será incabível o reconhecimento da delação premiada. MESSA, Ana Flávia. *Aspectos constitucionais do Crime Organizado*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 216,3/1699 (Epub).

¹³³ MESSA, Ana Flávia. *Aspectos constitucionais do Crime Organizado*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 216,3/1699 (Epub).

¹³⁴ BRASIL. Diário oficial da União. Lei nº 12850 de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 21 de jun. 2015

¹³⁵ A identificação das pessoas unicamente é insuficiente para a obtenção da benesse. É preciso que, ao lado dela, sejam também identificadas cada uma das infrações cometidas por cada uma das pessoas envolvidas. Uma identificação incompleta dos membros da organização ou de suas atividades delitivas inviabiliza o acordo de colaboração. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 277,8/688 (Epub).

¹³⁶ Neste caso, já não se está tratando de identificação de pessoas nem de práticas delitivas. Restringe-se a colaboração à descrição do mecanismo operacional da organização criminosa, oferecendo apenas a descrição estrutural e de atividades por ela desenvolvida. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 278,2/688 (Epub).

¹³⁷ Aqui, a colaboração assume forma livre e não vinculada, ou seja, a informação prestada pelo colaborador pode ser literalmente qualquer uma, de qualquer natureza, desde que produza a prevenção de novas infrações penais decorrentes das atividades da organização. Claro está que é imprescindível restar demonstrado que tal infração penal ocorreria, coisa que demandará uma análise de causalidade hipotética, nos mesmos padrões da que se faz com as imputações de crimes omissivos, porém, às avessas. Ou seja, a verificação de que, caso não houvesse determinada intervenção derivada da colaboração, um resultado delitivo se produziria. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 279,0/688 (Epub).

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa¹³⁸;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada¹³⁹.

Inobstante à eficácia das informações, faz-se necessária que a revelação do colaborador tenha sido voluntária¹⁴⁰, de forma livre, sem que tenha sofrido qualquer tipo de coação e que efetivamente tenha participado da organização criminosa¹⁴¹. Questiona-se a voluntariedade ou não da colaboração quando esta ocorre quando o delator estiver preso processualmente e quando outros delatores são colocados em liberdade após terem colaborado.

Para a concessão do benefício, não se exige que o colaborador forneça informações sobre a totalidade do funcionamento e das atividades da organização

¹³⁸ Trata-se, evidentemente, de um resultado não relacionado com a atividade criminosa em si, mas sim com seu exaurimento. A recuperação do proveito ou produto do crime, ainda que parcial, beneficia o colaborador. Não importa, aqui, se foi o próprio colaborador quem obteve o proveito ou detém o produto do crime ou se o beneficiado ou detentor é terceira pessoa envolvida ou não na organização. Como é óbvio, embora os crimes a que se refira devam ser aqueles pelo qual o colaborador é investigado, o seu exaurimento não necessariamente envolve as mesmas pessoas implicadas em suas realizações. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 279,6/688 (Epub).

¹³⁹ A medida, evidentemente, só cabe em casos de crimes com vítima identificada e não localizada, como o sequestro, por exemplo. A localização de vítima de outros crimes, possível por outros meios, não pode ser objeto da colaboração. Além disso, não basta a localização da vítima desaparecida, também é preciso que a vítima seja localizada com sua integridade física preservada. A localização da vítima com sua integridade física ofendida não pode beneficiar o colaborador, havendo margens aqui para discussão e valoração. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 280,3/688 (Epub).

¹⁴⁰ Alguns autores entendem que a delação deve ser espontânea ou voluntária, senão vejamos: “Não é necessário que seja espontânea, sendo suficiente que seja voluntária: há espontaneidade quando a ideia inicial parte do próprio sujeito; há voluntariedade, por sua vez, quando a decisão não é objeto de coação moral ou física, mesmo que a ideia inicial tenha partido de outrem, como da autoridade, por exemplo, ou mesmo resultado de pedido da própria vítima. O móvel, enfim, da decisão do delator – vingança, arrependimento, inveja ou ódio – é irrelevante para efeito de fundamentar a delação premiada.” BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 260,4/688 (Epub).

¹⁴¹ Além da eficácia nas informações são necessários dois requisitos: a) a revelação do agente deverá ser espontânea, ou seja, de livre vontade, sem a instigação ou coação de terceiros; b) é necessário que o agente (sujeito ativo da delação) tenha participado do mesmo delito que os demais coautores ou partícipes delatados. MESSA, Ana Flávia. *Aspectos constitucionais do Crime Organizado*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 216,5/1699 (Epub).

criminosa, bastando que sejam informações desconhecidas das autoridades do Estado e que acrescentem elementos valiosos à formação probatória¹⁴².

Essas informações não se estendem aos demais corrêus, sendo que somente o colaborador será beneficiado com a vantagem ou recompensa.¹⁴³

A delação pode se dar tanto na fase investigatória quanto em juízo, durante a instrução processual. Portanto, inovou a lei¹⁴⁴ ao prever que o Delegado de Polícia pode, nos autos do inquérito policial, representar pela concessão do benefício frente à colaboração do delator¹⁴⁵.

¹⁴² A delação premiada implica sempre colaboração com as autoridades. Porém, essa não exige que o resultado alcançado seja total. Desse modo, para a concessão do prêmio ao delator, basta que seus esclarecimentos, além de envolverem fatos desconhecidos das autoridades legais (posto que fatos já conhecidos ou que tenham sido apurados no decorrer da investigação ou do processo penal não se coadunam com o beneplácito), de qualquer forma, acrescentem à formação probatória elementos que só poderiam ser carreados pela via da delação. Seria um contrassenso limitar a concessão da redução ou isenção da pena, somente aos casos em que o agente fornecesse todos os dados necessários (e não apenas uma parte), pois, no caso concreto, tais elementos, ainda que parciais, podem ser importantes para o procedimento persecutório (precisamente uma das justificativas para que o Estado conceda o amplo benefício da redução da pena ao infrator). BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011 p. 178

¹⁴³ A delação premiada não se comunica aos corrêus em casos de concurso de pessoas; por ser circunstância, e não elementar, é incomunicável e incabível a sua aplicação automática, por extensão, no caso de concurso de pessoas. MESSA, Ana Flávia. *Aspectos constitucionais do Crime Organizado*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 216,9/1699 (Epub).

¹⁴⁴ Art. 4º. (...) § 2º. Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). BRASIL. Diário oficial da União. Lei nº 12850 de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 21 de jun. 2015

¹⁴⁵ A delação pode dar-se tanto na fase investigatória quanto em juízo. Considerando-se a sua ocorrência, durante o inquérito, pode dar-se da seguinte forma: a) o delegado, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, representa pela aplicação do prêmio máximo, que é o perdão judicial, causador da extinção da punibilidade, cessando-se a persecução penal; b) o delegado, nos autos do inquérito, representa e, antes de seguir ao juiz, passa pelo Ministério Público para colher sua manifestação, seguindo-se o pleito de perdão judicial; c) o Ministério Público, valendo-se do inquérito, requer ao magistrado a aplicação do perdão judicial. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2015, p. 112,9/243 (Epub).

Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará o direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.^{146 147}

A lei¹⁴⁸ confere a possibilidade de retratação dessa delação¹⁴⁹, tanto por parte do órgão acusador, caso a colaboração não tenha sido efetiva¹⁵⁰, ou do delator, caso se arrependa¹⁵¹.

¹⁴⁶ Problemática, ainda no que tange à delação premiada, é a possibilidade de utilização do direito de silêncio por parte do delator que está depondo. Quando estiver depondo na condição de réu, é inegável que está amparado pelo direito de silêncio e, portanto, não está obrigado a responder às perguntas que lhe forem feitas (pelo juiz, acusador ou demais corréus) e que lhe possam prejudicar. Mas, em relação às perguntas que digam respeito às imputações que está fazendo, o silêncio alegado deve ser considerado no sentido de desacreditar a versão incriminatória dos corréus. É imprescindível muito cuidado por parte do juiz ao valorar essa prova, pois não se pode esquecer que a delação nada mais é do que uma traição premiada, em que o interesse do delator em se ver beneficiado costuma fazer com que ele atribua fatos falsos ou declare sobre acontecimentos que não presenciou, com o inequívoco interesse de ver valorizada sua conduta e, com isso, negociar um benefício maior. Contudo, quando arrolado como testemunha da acusação, não está protegido pelo direito de silêncio, tendo o dever de responder a todas as perguntas, como qualquer testemunha. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1686,7/3662 (Epub).

¹⁴⁷ Assumindo a condição de “colaborador”, o acusado passa a ter “imunidade” ou ser acusado “diferenciado”. Evidentemente que já não terá o direito de mentir, conforme a sistemática do Direito Processual Penal Brasileiro, praticando o crime previsto no artigo 19 desta Lei, por assim dizer, o crime de perjúrio. Tampouco poderá se valer do direito de permanecer em silêncio. É direito constitucional que, se pretender o acordo penal, dele terá que abrir mão de forma expressa e na presença de Advogado. Não fosse assim, o instituto seria absolutamente inócuo. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 48.

¹⁴⁸ Art. 4º (...) § 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. BRASIL. Diário oficial da União. Lei nº 12850 de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 21 de jun. 2015

¹⁴⁹ Na sistemática atual, é certo que o colaborador poderá se retratar, como deixa expresso o § 10 do art. 4º, com a ressalva de que, em tal caso, “as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”. Em virtude dessa proibição de prova, não poderá o acusado, igualmente, beneficiar-se da atenuante da confissão. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3206,8/3357.

¹⁵⁰ A Lei estabeleceu a possibilidade de retratação por qualquer das partes, colaborador ou Ministério Público. Essa desistência parece estar coligada com a frustração da expectativa em face do pretendido pelo acordo. Se o MP se frustra com os relatos do colaborador, significa que não ficou satisfeito com as provas por ele apresentadas, ou seja, as considera insuficientes para a condenação. Então, se essas provas eram insuficientes, no parecer do MP, para condenarem as pessoas indicadas, também o serão para condenar o agora ex-colaborador. Não haverá, assim, ao menos em tese, maiores prejuízos probatórios em não utilizá-las no processo, contra ele. Mas a Lei refere que elas [...] “não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor” [...]: Esse termo ‘exclusivamente’ deve indicar significado semelhante a “unicamente”. Evidente, e não poderia ser de outra forma, que outras provas, ainda que somadas a essas indicadas, podem e devem formar contexto probatório contra esse ex-colaborador. As provas indicadas pelo colaborador não podem ser as “únicas” a fundamentarem eventual Sentença Condenatória. Isso evita que ele não possa, de forma alguma, se beneficiar da própria torpeza, entregando dados, provas ou documentos para obter um acordo, do qual pretenda depois desistir para que essas provas não sejam contra ele, de forma alguma utilizadas. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 47.

¹⁵¹ É interessante o caminho adotado pela lei, ao permitir a retratação (voltar atrás, desdizer-se) de qualquer das partes (Ministério Público – e não o delegado, que nunca é parte no processo – e investigado), nos termos do art. 4.º, § 10. Não se especifica qualquer razão para isso, mas quer-se crer não tenha havido sucesso na obtenção de provas, tal como prometido pelo delator, permitindo ao órgão acusatório a retratação. Ou o colaborador pode entender que a delação lhe trará mais prejuízos do que

A retratação possui caráter relativo, devendo ser confrontada com as demais provas existentes nos autos para fundamentar uma condenação, tanto é que o art. 4.º, § 16, da Lei n.º 12.850/2013 assevera que: “*nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador*”¹⁵² ¹⁵³.

vantagens, voltando atrás. Essa retratação deve ocorrer depois da homologação do juiz e antes da sentença condenatória. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2015, p. 132,9/243. (Epub).

¹⁵² (...) o § 16 do art. 4º prevê regra de orientação ao juiz, impedindo-o de proferir sentença condenatória com fundamento exclusivamente das declarações do agente colaborador, devendo o juiz basear-se, também, em outros elementos probatórios, o que não será difícil de ocorrer, porque se a colaboração for eficiente levará à colheita de outras provas. A acusação isolada de alguém que se diz membro de organização criminosa e nada informa além disso, a não ser suas acusações, não passa de elemento evidentemente sem valor probatório isoladamente. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72,6/200 (Epub).

¹⁵³ Pelo dispositivo resta evidente que as informações a título de colaboração da pessoa envolvida na organização criminosa podem servir apenas de complemento ou subsídio para o contexto probatório, não podendo ser exclusiva a ponto de ensejar a condenação, nem dele próprio, nem daqueles demais integrantes por ele indicados. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 49.

Há muita controvérsia quanto a legitimidade da delação premiada, onde autores apresentam seus prós¹⁵⁴ e contras^{155 156}, sendo que Luiz Flávio Gomes compara o uso do referido instituto à “falência” da atividade investigativa, dando a entender que quanto mais se socorre a esta técnica, mais colapsada se mostra a estrutura investigativa estatal¹⁵⁷.

¹⁵⁴ São pontos positivos da delação premiada: a) no universo criminoso, não se pode falar em ética ou em valores moralmente elevados, dada a própria natureza da prática de condutas que rompem as normas vigentes, ferindo bens jurídicos protegidos pelo Estado; b) não há lesão à proporcionalidade na aplicação da pena, pois esta é regida, basicamente, pela culpabilidade (juízo de reprovação social), que é flexível. Réus mais culpáveis devem receber penas mais severas. O delator, ao colaborar com o Estado, demonstra menor culpabilidade, portanto, pode receber sanção menos grave; c) o crime praticado por traição é grave, justamente porque o objetivo almejado é a lesão a um bem jurídico protegido; a delação seria a traição com bons propósitos, agindo contra o delito e em favor do Estado Democrático de Direito; d) os fins podem ser justificados pelos meios, quando estes forem legalizados e inseridos, portanto, no universo jurídico; e) a ineficiência atual da delação premiada condiz com o elevado índice de impunidade reinante no mundo do crime, bem como ocorre em face da falta de agilidade do Estado em dar efetiva proteção ao réu colaborador; f) o Estado já está barganhando com o autor de infração penal, como se pode constatar pela transação, prevista na Lei 9.099/1995. A delação premiada é, apenas, outro nível de transação; g) o benefício instituído por lei para que um criminoso delate o esquema no qual está inserido, bem como os cúmplices, pode servir de incentivo ao arrependimento sincero, com forte tendência à regeneração interior, um dos fundamentos da própria aplicação da pena; h) a falsa delação, embora possa existir, deve ser severamente punida; i) a ética é juízo de valor variável, conforme a época e os bens em conflito, razão pela qual não pode ser empecilho para a delação premiada, cujo fim é combater, em primeiro plano, a criminalidade organizada. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2015, p. 100,2/243. (Epub).

¹⁵⁵ A transformação de autor de ilícitos, quiçá, em muitos casos, do ator principal, em testemunha, há de receber uma valoração especial, com testagem de sua credibilidade e confiabilidade, uma vez admitida essa modalidade de prova. Por isso se faz necessário saber se houve delação, qual sua extensão, quais os prêmios recebidos e quem foi afetado, sob pena de ruírem o contraditório e a ampla defesa, bem como de transformar-se o processo em um simulacro para obter um resultado já sabido e construído via emboscada, com dados marcados. Ademais, a testemunha colaboradora e seus familiares devem receber do Estado uma efetiva proteção. Há necessidade do estabelecimento de regras objetivas, claras e transparente acerca da delação, aplicáveis ao delator, ao processo, aos demais envolvidos, ademais da mediação dos prêmios, sob pena de ofensa à legalidade processual e constitucional. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 127/128.

¹⁵⁶ São pontos negativos da colaboração premiada: a) oficializa-se, por lei, a traição, forma antiética de comportamento social; b) pode ferir a proporcionalidade na aplicação da pena, pois o delator recebe pena menor que os delatados, autores de condutas tão graves quanto a dele – ou até mais brandas; c) a traição, como regra, serve para agravar ou qualificar a prática de crimes, motivo pelo qual não deveria ser útil para reduzir a pena; d) não se pode trabalhar com a ideia de que os fins justificam os meios, na medida em que estes podem ser imorais ou antiéticos; e) a existente delação premiada não serviu até o momento para incentivar a criminalidade organizada a quebrar a lei do silêncio, regra a falar mais alto no universo do delito; f) o Estado não pode aquiescer em barganhar com a criminalidade; g) há um estímulo a delações falsas e um incremento a vinganças pessoais. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2015, p. 98,5/243. (Epub).

¹⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Corrupção Política e Delação Premiada*. In: Revista Magister, n. 07. Porto Alegre, ago./set. 2005. p. 108

Existe uma crítica contundente sobre o ponto de vista ético da colaboração premiada, que, para muitos autores, representa uma verdadeira traição¹⁵⁸.

Zaffaroni assevera que:

A impunidade de agentes encobertos e dos chamados “arrepentidos” constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, o princípio que forma parte essencial do Estado de Direito: (...) o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço da sua impunidade para “fazer justiça”, o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria.¹⁵⁹

Além disso, os benefícios concedidos podem representar uma afronta a alguns princípios processuais penais como a violação da obrigatoriedade da ação penal e o da proporcionalidade, posto que enseja a aplicação de sanções diversas àqueles que perpetram o mesmo crime¹⁶⁰.

O Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, opôs-se a colaboração premiada, no seguinte sentido: a) Alegação de imparcialidade do julgador que participou da delação não aceita, eis que taxativas as hipóteses do artigo 252 do Código de Processo¹⁶¹; b) É possível a oitiva de corréus colaboradores, porém na

¹⁵⁸ Alberto Silva Franco aduz que a delação premiada continua sendo indefensável do ponto de vista ético, pois se trata da consagração da traição que rotula, de forma definitiva, o papel do delator. FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 6 ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: RT. 2007. p. 343.

¹⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime organizado: uma categoria frustrada. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, ano 1. V. 1, 1996, p. 45.

¹⁶⁰ RASCOVSKI, Luiz. A (in)eficiência da delação premiada. Estudos de processo penal. São Paulo: Scortecci. 2011. p. 36.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. EMENTA Processual Penal. Habeas Corpus. Impedimento. Imparcialidade do julgador. Intervenção probatória do magistrado em procedimento de delação premiada. Não configuração das hipóteses taxativas. Inocorrência. Art. 252 do CPP. Precedentes. Ordem Denegada. 1. As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um numerus clausus. Precedentes (HC nº 92.893/ES, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 12/12/08 e RHC nº 98.091/PB, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/4/10). 2. Não é possível interpretar extensivamente o inciso III de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual ou em sede de procedimento de delação premiada em ação conexa desempenha funções em outra instância (o desempenhar funções em outra instância é entendido aqui como a atuação do mesmo magistrado, em uma mesma ação penal, em diversos graus de jurisdição). 3. Reinterrogatório de corréus validamente realizado em processo distinto daquele em que surgiram indícios contra o investigado (CPP, art. 196) e que não constitui impedimento à condução de nova ação penal instaurada contra o paciente. 4. Inquérito policial instaurado por requisição do Ministério Público. Atuação do magistrado: preside o inquérito, apenas como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. Não exteriorização de qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito emergentes na fase preliminar que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. 4.Ordem denegada. Habeas Corpus n.º

qualidade de informantes, e não testemunhas, bem como, para ter valor probante, necessita corroborar outras provas contidas nos autos¹⁶²; c) Negado o pedido de rejeição da denúncia por ter sido a delação questionada à luz do princípio da indivisibilidade da ação penal¹⁶³.

Entretanto, o Brasil não é o único país a adotar a colaboração premiada, pois, países como a Itália¹⁶⁴, EUA¹⁶⁵, Espanha¹⁶⁶, dentre outros, também o preveem.

Entre os argumentos favoráveis, destaca-se o de Baltazar Junior:

Em minha posição, a colaboração premiada é indispensável no âmbito da criminalidade organizada, e os ganhos que podem daí advir superam, largamente, os inconvenientes apontados pela doutrina. O instituto vem, na verdade, na mesma linha da confissão, do arrependimento eficaz e da reparação do dano, nada havendo aí de imoral (TRF2, HC 20030201015554-2, Maria Helena Cisne, 1ª T., 6.10.04), residindo a sua racionalidade no fato de que o agente deixa de cometer crimes e passa a colaborar com o Estado para minorar seus efeitos, evitar sua perpetuação e facilitar a persecução.¹⁶⁷

Assevera Delmanto:

97553/PR. Impetrante: CARLOS ALBERTO FARRACHA DE CASTRO. Paciente: SERGIO AMILCAR DE AGUIAR MAIA. Relator: Dias Toffoli. 10 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2660304>. Acesso em: 21. Jun. 2015.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Penal n.º 470/MG. Partes: Ministério Público Federal, Procurador Geral da República, José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Joaquim Barbosa. 24 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>. Acesso em: 20. Jul. 2015.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inq. 2245/MG. Ministério Público Federal, Procurador Geral da República, José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Joaquim Barbosa. 09 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2312906>. Acesso em: 20.jul. 2015.

¹⁶⁴ Na Itália, a delação é denominada *pentitismo* e surge com a Lei *Misure per la Difesa dell Ordinamento Costituzionale*. GOMES, Geder Luiz Rocha. *A delação Premiada em sede de Execução Penal*. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 02 set. 2015.

¹⁶⁵ Segundo José Alexandre Marson Guidi, a possibilidade de que o acusado dispõe para colaborar com a justiça nos Estados Unidos está inserida no denominado *plea bargaining*, que se traduz pela faculdade que tem a acusação de negociar a culpa do acusado com ele próprio e a sua defesa, mediante a formalização de acordo a ser homologado pelo julgador. GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada: no combate ao crime organizado*. Franca/SP: Lemos e Cruz, 2006, p. 105.

¹⁶⁶ Segundo Bittar, na Espanha o benefício é denominado *arrepentimiento* e foi introduzido com a Lei Orgânica nº 3, de 25 de maio de 1988, que previu a redução parcial ou a extinção da pena no caso de haver a colaboração de participantes do crime de terrorismo com a justiça. BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 08.

¹⁶⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3188,9/3357.

Não obstante a duvidosa imoralidade da delação premiada, em que os fins justificam os meios, dando-se guarida à traição de um criminoso confesso que passa a acusar os demais coautores do crime que com ele haviam agido, movida por motivos egoísticos consistentes em ver-se excluído da denúncia, beneficiado com uma redução de pena ou até mesmo com o perdão judicial, não se pode deixar de reconhecer que a delação premiada, ao lado da interceptação telefônica, tem se mostrado um instrumento poderoso de apuração de gravíssimos crimes, os quais sem ela, permaneceriam impunes. Nesse contexto, e feita a ressalva, a Lei 12.850/13 traz aspectos positivos ao garantir ao delatado maior possibilidade de questionar o depoimento do delator, ao buscar diminuir a possibilidade de erro judiciário vedando-se a condenação com fundamento exclusivo em delação, a procurar garantir a integridade física do colaborador e ao regulamentar o acordo de colaboração, o que antes inexistia¹⁶⁸.

Como visto, trata-se de um instituto bastante polêmico, mas é inegável que tem se mostrado muito eficiente nas investigações em curso, apresentando resultados reais que nunca foram alcançados.

Além disso, as autoridades têm tomado muita cautela em sua aplicação, evitando qualquer condenação com fundamento exclusivo na delação, sendo tudo corroborado com outros meios de prova, o que fortalece o emprego deste instituto pelos operadores do direito, inobstante as críticas contrárias.

Apesar de ser uma metodologia de busca de prova prevista em lei, em certos delitos, em face de sua importante invasividade, não poderá ser considerada como a única ou primeira metodologia, mas na excepcionalidade.

3.2 DA CAPTAÇÃO AMBIENTAL DE SINAIS ELETROMAGNÉTICOS, ÓTICOS OU ACÚSTICOS

A captação ambiental é o registro da conversa mantida entre duas pessoas presentes em um local público ou privado, que é realizado por qualquer meio tecnológico disponível¹⁶⁹.

¹⁶⁸ DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. Almeida. Leis penais especiais comentadas. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 1031.

¹⁶⁹ A Lei refere-se à “captação de sinais” – porque, de fato, os sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos são captados por equipamentos próprios e transmitidos em forma de dados, analógicos ou digitais, e tornam-se intelegíveis através dos equipamentos próprios de decodificação. MENDRONI,

Trata-se de uma técnica investigativa muito difundida em vários países do mundo¹⁷⁰, sendo que no Brasil, para ser admitida como prova, é necessária a autorização judicial a fim de se evitar a alegação de ofensa à intimidade, especialmente se essa conversa ocorre em um ambiente privado¹⁷¹.

Segundo Araújo:

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 a finalidade de não apenas gravar os diálogos travados entre os investigados (sinais acústicos), mas também de filmar as condutas por eles desenvolvidas (sinais óticos). 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 telemática¹⁷².

Entretanto, quando a conversa ocorre em local público, parte da doutrina testifica que é prescindível a autorização judicial por não violar a intimidade do(s) interlocutor(es)¹⁷³. Contudo, mesmo em local público, a interlocução poderá se íntima, privada, sem que os agentes queiram que o público saiba o que estão conversando.

Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 23

¹⁷⁰ Também denominada de vigilância eletrônica, trata-se de um meio de obtenção da prova previsto em leis de diversos países que tem possibilitado uma atuação mais eficiente dos agentes estatais na apuração do crime organizado. Na Itália, a adoção dessa estratégia possibilitou a prisão do mafioso Toto Riina, procurado há mais de 27 anos, após a indicação de seus passos em Palermo por um *pentito*. Segundo o Ministério da Justiça italiano, no ano de 1996 foram autorizadas 44.176 medidas de vigilância eletrônica envolvendo instalações de câmaras e telefones, o dobro das medidas autorizadas em 1992. Na França, em agosto de 1995, a vigilância eletrônica permitiu a prisão do líder máximo na Europa da Tríade chinesa, especializada na importação de heroína pura, o que possibilitou a prisão de uma extensa rede de traficantes. SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109.

¹⁷¹ 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 a finalidade de não apenas gravar os diálogos travados entre os investigados (sinais acústicos), mas também de filmar as condutas por eles desenvolvidas (sinais óticos). 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. SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109.

¹⁷² SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109.

¹⁷³ (...) a captação ou interceptação ambiental é viável, ainda que concretizada sem autorização do juiz, caso ocorra em ambiente público e sem que as partes demandem sigilo. Afinal, em local público

Vale a pena registrar que apesar de estar prevista no artigo 3º da Lei n.º 12.850/13¹⁷⁴, esta técnica investigativa não foi regulamentada no corpo deste diploma legal, o que suscita dúvidas na doutrina se isto foi intencional, por ter entendido o legislador que era prescindível sua regulamentação¹⁷⁵, ou então, se deve o Estado se abster de utilizá-la, frente à sua omissão e duvidosa constitucionalidade¹⁷⁶.

Com relação à licitude da prática deste meio de prova, alguns doutrinadores sustentam que deve se seguir o mesmo raciocínio das interceptações telefônicas,

não há intimidade suficiente, e qualquer pessoa, mesmo sem aparato eletrônico, pode ouvir a conversa alheia. A menção a sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos significa, apenas, a ampla possibilidade de se gravar a voz, filmar, fotografar e registrar, por qualquer aparelho, de apropriada tecnologia, imagens e sons. Na anterior Lei 9.034/95, havia a previsão, neste contexto, de se demandar circunstanciada autorização judicial. Na atual redação da Lei 12.850/2013, não mais subsiste tal disposição, o que é correto, pois, como se mencionou linhas acima, cuida-se de captação ambiental, compreendida, via de regra, como o espaço aberto e público. O interior de residências particulares é o domicílio inviolável, por força de preceito constitucional, não se podendo nele penetrar senão por ordem judicial, mesmo que tal ingresso se dê por captação de sinais sonoros ou ópticos. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2014, p. 2028,1/2605 (Epub).

¹⁷⁴ Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada; **II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos**; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. (grifo nosso). BRASIL. Diário oficial da União. Lei nº 12850 de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em : 21 de jun. 2015

¹⁷⁵ A captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos não depende de regulamentação especial. A sua legitimidade decorre do interesse público da investigação. Terá como limite apenas o sigilo profissional e a intimidade dos que não estiverem envolvidos nos crimes, resguardando-se, ainda, outras garantias constitucionais como a inviolabilidade do domicílio. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54,1/200 (Epub).

¹⁷⁶ A Lei nº 12.850/13 prevê como um dos meios de obtenção da prova para a apuração da criminalidade organizada a “captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos” (inciso II do art. 3º). Estranhamente, contudo, o legislador não disciplinou tal meio em nenhuma Seção da Lei. E mais, a Seção III do anteprojeto apresentado pelo Grupo de Trabalho à Comissão Mista do Congresso Nacional, que tratava da “Interceptação ambiental”, simplesmente desapareceu do projeto durante a sua tramitação pelas Casas Legislativas, desprezando-se, mais uma vez, a possibilidade de tutelar esse importante e sensível instrumento de investigação. Então continuamos na estaca zero em relação à disciplina de um procedimento para a adoção do instituto, que já era previsto no art. 2º, inciso IV, da revogada Lei nº 9.034/95, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001: “a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”. Sequer dessa feita há referência à autorização judicial. Diante desse quadro precário, de duvidosa constitucionalidade, deverão os operadores do direito valer-se por analogia e no que couber do procedimento previsto na Lei nº 9.296/96, que disciplina a interceptação das conversações telefônicas, meio de obtenção da prova que também implica violação à intimidade e vida privada dos investigados. SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 110.

sendo possível a realização de uma gravação clandestina ambiental – sem autorização judicial –, por uma das pessoas que integre a conversação, pois, “(...) busca-se proteger a intimidade das pessoas gravadas”¹⁷⁷. Mendroni complementa dizendo se tratar daquela intimidade prevista no inciso X da Constituição Federal, em que **“a intimidade revela-se compartilhada, não importando estejam presentes apenas dois interlocutores ou mais”**¹⁷⁸. (grifo nosso)

Entretanto, caso haja gravação de conversa por terceiros, que não participaram do diálogo e sem autorização judicial¹⁷⁹, estar-se-á invadindo a privacidade alheia e a prova será ilícita.

No informativo n.º 568 do STF¹⁸⁰, verifica-se que o pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu ser **admissível** a gravação ambiental feita por um dos interlocutores, espancando qualquer dúvida sobre a sua (in)constitucionalidade.

O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral no tema objeto de recurso extraordinário interposto contra acórdão de Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Comarca do Estado do Rio de Janeiro, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da **admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores**, e deu provimento ao apelo extremo da Defensoria Pública, para anular o processo desde o indeferimento da prova admissível e ora admitida. **Vencido o Min. Março Aurélio que desprovia o recurso, ao fundamento de que essa gravação, que seria camuflada, não se coadunaria com os ares constitucionais**, considerada a prova e também a boa-fé que deveria haver nas relações humanas. Alguns precedentes citados: RE 402717/ RP ;(DJE de 13.2.2009) AI 578858 AgR/RS (DJE de 28.8.2009); AP 447/RS (DJE de 28.5.2009); AI 503617 AgR/PR (DJU de 4.3.2005); HC 75338/RJ (DJU de 25.9.98); Inq 657/DF (DJU de 19.11.93); RE 212081/RO (DJU de 27.3.98). RE 583937 QO/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 19.11.2009. (RE-583937)¹⁸¹.

¹⁷⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado; Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 209.

¹⁷⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado; Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 209.

¹⁷⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado; Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 209.

¹⁸⁰ Disponível em: <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2023759/o-pleno-do-stf-se-manifesta-sobre-a-admissibilidade-da-gravacao-ambiental-como-prova-info-568>> Acesso em: 03/09/15.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Tribunal Pleno. RECURSO EXTRAORDINÁRIO n.º 583937/RJ. Recorrente: FERNANDO CORREA DE OLIVEIRA, Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relator: Cezar Peluso. 18 de dezembro de 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2610668>> Acesso em: 22 de set. 2015.

Nesse sentido, ao menos por enquanto, acredita que as dúvidas suscitadas quanto a legalidade e constitucionalidade da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos restam superadas.

3.3 DA AÇÃO CONTROLADA¹⁸²

Por força do art. 301 do Código de processo Penal, as autoridades policiais e seus agentes têm o dever de, imediatamente, “prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” sob pena de punição, inclusive pelo crime de prevaricação, por retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício. Esta regra imperou até a edição da Lei 9.034/95, por não haver nenhuma possibilidade legal de se controlar o flagrante.

Hodiernamente, entretanto, a Lei n.º 12.850/13 prevê a ação controlada que consiste em retardar a intervenção policial diante de uma conduta delituosa praticada pela organização criminosa, com a finalidade de que se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e obtenção de informações¹⁸³.

O protelamento da intervenção policial, retardando as providências de prisão em situação de flagrante por prática de infração penal¹⁸⁴, pressupõe o

¹⁸² Caracterizado um grupo como organização criminosa, a ele podem ser aplicadas as medidas preconizadas na Convenção de Palermo e na legislação brasileira (art. 3º desta lei), especiais em comparação com o combate à criminalidade que não apresenta essa conformação.

Entre essas medidas é prevista a chamada “entrega vigiada”, agora entre nós denominada ação controlada, assim definida no art. 2º da Convenção de Palermo, que é o Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000:

Art. 2

[...]

i) “Entrega vigiada” – a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 86,2/200 (Epub).

¹⁸³ Art. 8º. Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. BRASIL. Diário oficial da União. Lei nº 12850 de 02 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em : 21 de jun. 2015.

¹⁸⁴ Adotada a medida e dentro dos parâmetros estipulados, fica suspenso o dever de a autoridade prender em flagrante os agentes envolvidos até que a operação alcance seus objetivos, quer se trate

acompanhamento¹⁸⁵ da ação criminosa a fim de que a medida legal se consubstancie no momento mais eficaz para o desbaratamento da organização criminosa¹⁸⁶.

Uma das polêmicas a respeito dessa medida é se ela depende ou não de autorização judicial, isto porque pela literalidade da Lei n.º 12.850/13, basta que a autoridade policial **comunique** ao juiz competente que irá aguardar o momento mais oportuno para agir, senão vejamos:

Art. 8º(...). § 1º. O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente **comunicado** ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público. (grifo nosso)

Essa interpretação ganha força a partir do momento que a Lei n.º 11.343/06 (Lei de drogas)¹⁸⁷ exige expressamente a autorização judicial para a ação controlada, enquanto na Lei n.º 12.850/13, fala-se, apenas, em **comunicação**.

de crime consumado ou consumando-se como os crimes permanentes, quer de uma fase executiva da tentativa. É óbvio que se o acompanhamento se refere a ato preparatório a questão nem se coloca.

Alcançada a finalidade da vigilância ou, por qualquer outro motivo, demonstrada ser infrutífera ou desnecessária, revigora-se o dever de a autoridade prender quem se encontre em flagrante delito e, se isso não for mais possível, adotar as providências necessárias para a persecução, no Brasil, do crime aqui, no todo ou em parte, ocorrido (arts. 5º e 6º do Código Penal). GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 93,2/200 (Epub).

¹⁸⁵ Nucci aponto como requisito: “encontrar-se a organização criminosa em permanente e atual observação e vigilância, inclusive pelo mecanismo da infiltração de agentes: a ação controlada não pode nascer por mero acaso, mas precisa ser fruto da observação e do acompanhamento das atividades da organização criminosa; um dos importantes mecanismos idealizados para essa vigilância é a infiltração de agentes.” NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2015, p. 154,0/243. (Epub).

¹⁸⁶ O objetivo da criação da medida cautelar de ação controlada, especificamente para casos que conclusivamente envolvem ou podem envolver criminalidade organizada, é viabilizar a obtenção de indícios, elementos de provas em melhor qualidade e maior quantidade. Isso porque nestes casos – de organizações criminosas – no plano ideal, deve-se buscar essas provas em relação aos chefes (cabeças)

ou ao menos o superior dos executores das ações criminosas. Sempre que se atua prisão em flagrante dos “soldados” (executores), de baixo ou menor escalão da organização, dificilmente e a análise empírica o demonstra, será possível obter uma confissão ou elementos de provas em relação a eles, os superiores ou chefes. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado. Lei 12.850/2013*. São Paulo: Atlas S.A. 2014. p. 70.

¹⁸⁷ Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, **mediante autorização judicial** e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: (...)

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

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

Segundo Luiz Flávio Gomes:

Com relação à “prévia comunicação” ao juiz que faz alusão a Lei 12.850/13 há divergências na doutrina se o legislador exigiu ou não dentro desta expressão a autorização judicial para a implementação da ação controlada. (...) Já as Leis 11.343/2006 e 9.613/98 exigem autorização judicial para a implementação da ação controlada.

Mas, como dito, trata-se de questão divergente, pois, para alguns doutrinadores, como Mendroni, a ação controlada só é possível mediante autorização judicial¹⁸⁸, após a representação feita pelo Delegado de Polícia, o qual deverá seguir os limites eventualmente impostos pela justiça¹⁸⁹, sendo tudo comunicado ao Ministério Público.

Vale ressaltar que é possível realizar ação controlada envolvendo mais de um Estado soberano¹⁹⁰, contando com a cooperação das autoridades de outros países onde se figure o provável itinerário, o que já vem sendo executado pela Polícia Federal em diversas ações.

Porém, se por um lado a ação controlada/entrega vigiada consiste em um instrumento eficiente na luta contra o crime organizado, por outro, pode causar violação a direitos fundamentais do investigado, haja vista que a inviolabilidade do sigilo das comunicações e sua intimidade passam a ser ameaçados¹⁹¹. Por isso, é importante que as autoridades competentes tenham consciência de que a utilização desta técnica investigativa somente deve ocorrer em caráter excepcional.

¹⁸⁸ Há necessidade inquestionável de, para a validade da medida, seja – antes – comunicada e requerida ao Juiz. Não fosse assim, algum agente público eventualmente integrante de organização criminosa poderia, artificialmente, utilizar “motivação” de atuação em ação controlada para permitir a continuidade delitiva e depois apresentá-la como justificativa: “Não prendi os criminosos porque estava em ação controlada”. A ação, portanto, inquestionavelmente deve ter início e fim, assim conhecidos por MP e Judiciário, para o seu devido controle. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado. Lei 12.850/2013*. São Paulo: Atlas S.A. 2014. p. 72.

¹⁸⁹ Se o Juiz interpretar, com o pedido, que ele ultrapassa os limites do aceitável, estipulará controles, tanto no seu aspecto temporal, definindo prazo final para sua conclusão – para que não se perpetue de forma indefinida, quanto no aspecto formal, fixando as medidas investigativas aplicáveis. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado. Lei 12.850/2013*. São Paulo: Atlas S.A. 2014. p. 72.

¹⁹⁰ (...) o art. 9º prevê que, em caso de transposição de fronteiras, a medida seja instrumentalizada em concerto com as autoridades dos demais países envolvidos, a fim de evitar os riscos de fuga ou perda do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3232,4/3357.

¹⁹¹ RASCOVSKI, Luiz. *A entrega vigiada como meio de investigação*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011. p. 11.

Outro ponto que merece preocupação, é a forma como ela será empregada, pois, quando a medida não for controlada eficazmente, representará uma perpetuação desnecessária do delito cometido pela criminalidade organizada, expondo um número indeterminado de pessoas a um risco desnecessário.

Por fim, urge consignar que a ação controlada não pode representar um perigo maior para a vida da vítima, policiais, terceiros ou envolvidos¹⁹², exigindo o pronto enfrentamento dos criminosos em casos extremos ou que a ação tenha se tornada “descontrolada”, sob pena de haver uma inversão completa de valores, relegando a um segundo plano os maiores bens do ser humano, como a vida, saúde, incolumidade física.

Merece questionamento a ofensa ao princípio da legalidade, mesmo na esfera processual, pois a autoridade policial possui o dever legal de efetuar a prisão. Concessões, embora possam se justificáveis no âmbito da criminalidade organizada, acabam por fragilizar os princípios e garantias e passam a ser aplicados na criminalidade comum.

3.4 DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, INFORMÁTICA E TELEMÁTICA.

¹⁹² GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 383.

O art. 3º, “V”¹⁹³, da Lei 12.850/13 representa uma restrição de direitos¹⁹⁴ relativa a interceptação das comunicações telefônica, informática e telemática^{195 196}, fazendo remissão a legislação específica - Lei n.º 9.296/96 - que regulamentou o artigo 5.º XII da CF¹⁹⁷.

Para melhor compreensão sobre as expressões “informática” e “telemática”, podemos distingui-las do seguinte modo: “informática é a ciência relativa à informação

¹⁹³ Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: (...) V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; (...) . BRASIL. Diário oficial da União. Lei nº 12850 de 02 de agosto de 2013. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em : 21 de jun. 2015

¹⁹⁴ Segundo Geraldo Prado a Lei 9.296/96 não pode ser compreendida de maneira a suprimir excessivamente os direitos à intimidade, à privacidade e à inviolabilidade do sigilo telefônico. PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações, Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 38.

¹⁹⁵ De acordo com a letra do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296/96, a regulamentação daquele diploma legal abrange tanto as comunicações telefônicas quanto as telemáticas. Não há que falar em inconstitucionalidade do dispositivo, ao argumento de que o inc. XII do art. 5º da CF menciona apenas as comunicações telefônicas, o que foi afastado pelo STF (ADIn 1.488, Néri da Silveira, 7.11.96). O STJ, igualmente, decidiu que o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296/96 autoriza, em sede de persecução criminal e mediante autorização judicial, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática (HC 15026, 6ª T., u., 4.11.02; STJ, HC 101.165, Jane Silva [Conv.], 6ª T., DJ 22.4.08; HC 148.389, Napoleão, 5ª T., DJ 31.8.11). E não poderia ser diferente, uma vez que as comunicações telemáticas, assim entendidas aquelas feitas por outro meio tecnológico que não a telefonia em sentido estrito, como, por exemplo, aquela transmitida por fibra ótica ou por meios de informática, que vem, a cada dia, ganhando espaço sobre a telefonia tradicional (TRF3, AC 20006181007596-0, Suzana Camargo, 5ª T., u., 3.8.01; Caso TRT de São Paulo). BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 2225,2/3357.

¹⁹⁶ (...) entendemos que o parágrafo único em questão é absolutamente legítimo, inquestionavelmente constitucional. Estão regidas pela Lei 9.296/96 tanto as comunicações telefônicas como as comunicações telemáticas (independentes da telefonia), seja no que pertine à possibilidade de restrição (interceptação mediante autorização judicial fundamentada e proporcionada – art. 1.º, parágrafo único), seja no que concerne ao aspecto de ‘garantia’, de proteção da intimidade e do sigilo dessas comunicações (art. 10), configurando crime qualquer incursão abusiva na intimidade alheia. Pensar de modo diferente significa tratar o comunicador brasileiro como sujeito com menos direitos que os comunicadores dos países europeus, que disciplinaram escorreitamente o assunto (v. CPP português, arts. 187 a 190; CPP italiano, art. 266 etc.). GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica – Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 176.

¹⁹⁷ A interceptação telefônica e telemática está disciplinada pela Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996[18]. Resumidamente, quanto ao procedimento, pode-se dizer que o procedimento de interceptação, que só pode ser determinado por meio de autorização judicial, é de natureza cautelar, sendo sua finalidade a produção de prova processual penal, e os requisitos para sua autorização constituem os seus pressupostos específicos, que se enquadram nos conceitos genéricos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. A providência pode ser determinada para a investigação criminal (até antes, portanto, de formalmente instaurado o inquérito) e para a instrução criminal, depois de instaurada a ação penal. A competência para deferir a medida (juiz competente para a ação principal) é de natureza funcional, tratando-se, pois, de competência absoluta. A interceptação poderá ser determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal; ou do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. O pedido de interceptação deverá conter a demonstração de sua necessidade e dos pressupostos de sua licitude, com a indicação dos meios a serem empregados. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 56,8/200 (Epub).

por intermédio de equipamentos e métodos do sistema de processamento de dados”, e “telemática é a ciência que versa sobre a informação por meio conjunto de computador e telecomunicação”¹⁹⁸.

Por sua vez, o art. 5.º, XII, da Constituição Federal, diz que:

(...) é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A primeira questão relevante que se põe é que tanto a Constituição Federal quanto a legislação ordinária admitem a invasão à intimidade alheia com escopo de interceptar o fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática para fins de investigação criminal e instrução processual penal. Entretanto, há limites para o exercício dessa prerrogativa, pois, apesar de o direito à prova ser protegido constitucionalmente, tal direito deve conviver harmonicamente com outros também de mesma ordem, de maneira que nenhum deles seja irregularmente exercido, sacrificando a ordem pública e direitos de terceiros¹⁹⁹.

Um dos exemplos de desrespeito a este excepcional meio de prova decorreu do caso **Escher** em que houve a violação de direitos humanos por monitoramento ilegal de linhas telefônicas de membros dirigentes vinculados ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST).

Em maio de 1999, o major Waldir Copetti Neves, oficial da Polícia Militar do Paraná, solicitou à juíza Elisabeth Khater, autorização para monitorar linhas telefônicas de cooperativas de trabalhadores ligadas ao MST. A juíza autorizou o monitoramento imediatamente, mas deixou de cumprir a constituição e as leis brasileiras²⁰⁰, ao **não fundamentar sua decisão**, limitando-se a consignar:

¹⁹⁸ JESUS, Damásio de. *Interceptação de comunicações telefônicas – notas à Lei n. 9.296, de 24-07-96*. Revista dos Tribunais. São Paulo, RT, 735/458-473, jan. 1997.

¹⁹⁹ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 13-14.

²⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Brasil é condenado novamente pela CIDH: Caso Escher (Violação à privacidade) (PARTE I)*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 25 agosto de 2009. Acesso em: 05 set 2015.

Recebido e Analisado. Defiro. Oficie-se. Em 05.05.99. (grifo nosso)

Além disso, não notificou o Ministério Público e não se atentou ao fato de que não compete à Polícia Militar realizar investigações contra civis, mas sim à Polícia Judiciária, haja vista que aquela tem papel predominantemente ostensivo e esta, repressivo, como será exposto melhor no decorrer do trabalho.

Em razão da autorização judicial, durante 49 dias os telefonemas foram gravados²⁰¹ e na sequência, a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Paraná, em uma entrevista coletiva, divulgou trechos das interceptações telefônicas para diversos meios de comunicação.

No dia 6 de julho de 2009, em virtude desse episódio ignominioso, a Corte Interamericana condenou o Estado brasileiro pela violação ao direito à vida privada, à honra e à reputação, bem como ao direito à liberdade de associação, determinando ao Estado o pagamento de indenização por danos imateriais às vítimas, a publicação da sentença em jornais de ampla circulação nacional e a investigação dos fatos que geraram a violação²⁰².

A interceptação das comunicações, portanto, é de suma importância para a *persecutio criminis* em alguns casos excepcionais, mas tem consequências negativas quando mal utilizada.

Lênio Luiz Streck adverte para o perigo do uso indiscriminado da interceptação telefônica, como se as mazelas do Estado e a carência de recursos materiais e humanos fossem justificativas suficientes para autorizá-la. Assim assevera:

Aliás, se, pelo inciso II do art. 2º não se admite interceptação quando 'a prova puder ser feita por outros meios disponíveis', fica claro que o uso da escuta somente poderá ser deferido por 'exceção absoluta', é dizer, quando for *conditio sine qua non* para a apuração da infração²⁰³.

²⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. *Brasil é condenado novamente pela CIDH: Caso Escher (Violação à privacidade) (PARTE I)*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 25 agosto de 2009; acessado em 05 set 2015.

²⁰² PIOVESAN, Flávia. *DIREITOS HUMANOS e o Direito Constitucional Internacional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 47,4/1800. E.Pub.

²⁰³ STRECK, Lênio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997. p. 46-47.

A própria interpretação do art. 2º²⁰⁴ da Lei n.º 9.296/96, que trata da excepcionalidade da medida, deve ser vista com certa reserva, como aduz Greco Filho:

(...) o art. 2º da Lei n. 9.296 optou por duplamente lamentável redação negativa, enumerando os casos em que não será admitida a interceptação, em vez de indicar taxativamente os casos em que será ela possível. Lamentável porque a redação negativa sempre dificulta a inteligência da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção²⁰⁵.

Nereu Giacomolli salienta que a interceptação se constitui em um meio problemático de busca de prova, desde a autorização judicial, passando pelo exercício do contraditório e pela transcrição dos dados. Acrescenta ainda que pode ocorrer clandestinidade anterior à autorização judicial e das transcrições truncadas²⁰⁶.

Por isso, exige-se que a medida seja tratada realmente como medida excepcional de investigação de forma que se adeque à Constituição e respeite os direitos fundamentais consagrados, tornando-se imperioso o acesso de todo conteúdo da interceptação às partes, a fim de que possam exercer com plenitude o direito do contraditório.

Por não se tratar de objeto deste trabalho, não se adentrará às minúcias sobre a interceptação telefônica, informática e telemática, até porque a própria Lei n.º 12.850/13, quando a prevê, remete o operador do direito à legislação específica.

²⁰⁴ Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

²⁰⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 13-14.

²⁰⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 140.

3.5 DO AFASTAMENTO DOS SIGILOS FINANCEIRO, BANCÁRIO E FISCAL

Da análise da Carta Magna não se constata a expressão sigilo bancário, fiscal ou financeiro em seu texto, todavia, em razão do artigo 5º, X²⁰⁷, a doutrina majoritária e a jurisprudência passaram a entender que eles estão inseridos do direito fundamental da *intimidade*^{208 209}.

A respeito deste direito fundamental, Ada Pellegrini Grinover conceituou-o da seguinte forma:

O direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade; e suas manifestações são múltiplas: o direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual, à inviolabilidade do domicílio, o direito ao segredo (epistolar, documental, profissional) são apenas algumas de suas expressões, não se tratando de um rol taxativo, uma vez que a tutela da intimidade poderá ser estendida a novos atributos da personalidade.

O direito ao segredo ou o direito ao respeito da vida privada objetiva impedir que a ação de terceiro procure conhecer e descobrir aspectos da vida privada alheia; por outro lado, o direito à reserva ou direito à privacidade sucede o direito ao segredo, compreendendo a defesa da pessoa da divulgação de notícias particulares, embora legitimamente conhecidas pelo divulgador²¹⁰.

Não é diferente a posição de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Nesses termos, é possível exemplificá-la: o diário íntimo, o segredo sobre juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange²¹¹.

²⁰⁷ Art. 5º. X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

²⁰⁸ COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário como proteção à intimidade e à prova ilícita*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT. 1989. V. 648, p. 27.

²⁰⁹ NAVARRO, Rogério de Paiva. *O Ministério Público e o Sigilo Bancário - Anotações ao art. 8º da LC 75/93*. Revista da Procuradoria-Geral da República, São Paulo, RT, 1995, nº 6, p. 183.

²¹⁰ GRINOVER, apud ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo Fiscal e Direito à Intimidade*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 43. Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. São Paulo, 1976.

²¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Sigilo Fiscal e bancário, sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. In PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viegas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 20/21

Através dos registros bancários e fiscais, por exemplo, pode se revelar muitos aspectos da vida privada do indivíduo, desde o montante do seu salário, como o gastou, que lugares frequentou, qual seu patrimônio, etc...

Em razão disso, Antonio Scarance Fernandes adverte que:

(...) proteger o sigilo bancário é resguardar o indivíduo contra a divulgação indevida de sua vida privada, sendo assim, manifestação essencial da garantia constitucional da inviolabilidade da vida privada (art. 5º, X) e dos dados (art. 5º, XII)²¹².

Inobstante a primazia da proteção à intimidade do indivíduo, tal direito não é absoluto, admitindo-se, mediante decisão judicial fundamentada²¹³, a interferência na vida particular do indivíduo para se produzir a prova criminal em detrimento da conduta delincente, contudo sempre se preservando a dignidade da pessoa humana.

Nesse compasso, assevera Antonio Scarance Fernandes:

(...) **a autorização legislativa para acesso aos registros sigilosos para a obtenção de prova criminal deve:** a) explicitar as hipóteses possíveis de acesso, b) arrolar as pessoas ou entidades que tem direito ao acesso, c) prever os órgãos competentes para autorizar o acesso. Por outro lado, duas premissas importantes derivam estabelecimento desses contornos legislativos: 1) o acesso fora dos limites delineados pela Lei constitui violação do direito ao sigilo, 2) em caso de dúvida sobre a possibilidade de acesso, a interpretação da norma autorizadora deve ser restritiva, nunca ampliativa²¹⁴. (grifo nosso)

É pertinente reproduzir a decisão do Supremo Tribunal Federal:

²¹² FERNANDES, Antonio Scarance in SILVA, Marco Antonio Marques da; COSTA, José de Faria (Coord.) *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 459.

²¹³ Tratando-se de medida que toca os direitos fundamentais, a quebra dos sigilos fiscal, bancário e financeiro deverá ser precedida de motivada autorização judicial (art. 93, inciso IX, da Constituição da República), devendo o juiz, após concluir pela viabilidade da medida e pela sua necessidade ante as circunstâncias do caso concreto, especificar o seu alcance: quais pessoas serão atingidas pela quebra do sigilo, quais contas ou aplicações financeiras serão violadas, quais instituições financeiras deverão fornecer as informações e sobre qual período recairá a violação. SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 120.

²¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance in SILVA, Marco Antonio Marques da; COSTA, José de Faria (Coord.) *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 462.

A quebra do sigilo bancário – ato que se reveste de extrema gravidade jurídica – só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos de suspeita que se apoiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática delituosa por parte daquele que sofre a investigação penal realizada pelo Estado²¹⁵.

Feitas essas considerações preliminares e os registros nas notas de rodapé, não avançaremos mais sobre o assunto, pois, a exemplo do tópico anterior, não se trata de objeto dessa dissertação, sendo que os afastamentos dos sigilos financeiro²¹⁶,

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Tribunal Pleno. Inq. AgR. n.º 897/DF. Agravante: JOSE CARLOS DE MORAES VASCONCELLOS, Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Relator: FRANCISCO REZEK. 23 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Inq%24%2ESCLA%2E+E+897%2EENUME%2E%29+OU+%28Inq%2EACMS%2E+ADJ2+897%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a2q8265>> Acesso em: 22 de set. 2015.

²¹⁶ O art. 1º da LC n. 105/01 estabelece a regra geral na matéria, ao dispor que: “As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”.

Por sigilo ou segredo se entende aquilo que se tem como reservado e oculto. Assim, o sigilo financeiro pode ser definido como o dever a que estão sujeitas as instituições financeiras e seus empregados de manter sob reserva as informações de que tiverem conhecimento em decorrência de suas atividades. Cuida-se, então, de uma vedação ou obrigação de fato negativo, de não fazer.

Existe, então, um direito do cidadão ao segredo de tais informações, com o correspondente dever das instituições financeiras de não divulgá-las, o qual se estende tanto aos dirigentes do banco quanto aos empregados ou ex-empregados. Com a moderna tendência de terceirização dos serviços bancários, temos que também os empregados de tais empresas não podem divulgar tais dados, cometendo, eventualmente, o delito de violação de segredo. A legislação portuguesa comete o dever de sigilo, nomeadamente, aos membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, os seus empregados, mandatários, cometidos e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional (Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras, art. 78, item 1). É comum e recomendável, aliás, que o empregado de instituição financeira seja expressamente alertado de tal dever por ocasião da contratação, firmando termo de compromisso de manter o sigilo. Conveniente, também, que a instituição mantenha uma política de controle sobre os acessos informatizados, de tal modo que se possa identificar quem teve acesso aos dados dos clientes, evitando ainda o acesso amplo dos empregados a informações que não sejam necessárias a suas atividades, mediante escalonamento conforme o grau de responsabilidade do trabalhador.

Em se cuidando de dados cobertos por sigilo, são vedados tanto o fornecimento de informações quanto a autorização para o exame de documentos por parte de terceiros, ressalvadas as hipóteses legais.

Sendo certo que o sigilo financeiro não é um direito absoluto, hipóteses haverá nas quais informações ou documentos relativos a operações ativas e passivas ou serviços prestados por instituições financeiras poderão ser fornecidas sem que isto represente violação indevida.

(...)

Em resumo, a decisão que apreciar pedido de quebra de sigilo financeiro deverá conter os seguintes requisitos: a) relativa determinação dos fatos objeto da investigação, no mínimo pela menção aos tipos penais supostamente infringidos; b) determinação das pessoas que terão seu sigilo quebrado; c) determinação do período de abrangência dos dados pretendidos; d) indicação, com base empírica, dos indícios de materialidade e autoria do fato, para que se reconheça a causa provável; e) demonstração da necessidade da medida, sua adequação e proporcionalidade em sentido estrito (Baltazar Junior, 2005: 73 e 111). BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3243,0/3357.

bancário²¹⁷ e fiscal²¹⁸ mereceriam estudos específicos, dada a sua importância para as investigações criminais, além do que, a própria Lei n.º 12.850/13 reporta-se a essas medidas de forma singela por haver legislação específica²¹⁹ já consagrada em território nacional.

3.6 DO ACESSO A REGISTROS, DADOS CADASTRAIS, DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES

Hodiernamente, as investigações são pautadas na obtenção, análise e cruzamento de dados, sendo essencial o acesso rápido das autoridades públicas responsáveis pela persecução penal a essas informações.

Diante disso, o artigo 15 da Lei 12.850/13 determina o acesso do Delegado de Polícia e do Ministério Público, independentemente de autorização judicial, aos dados cadastrais do investigado mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito²²⁰.

Esta previsão se assemelha àquela do art. 17-B da Lei n.º 9.613/98²²¹ que trata da lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores.

²¹⁷ (...) o sigilo bancário consiste na impossibilidade de os bancos ou outras entidades financeiras revelarem as informações que obtiveram nas suas atividades profissionais, salvo quando há justa causa. GOMES. Luiz Flávio et al. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei n.º 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 101.

²¹⁸ O sigilo fiscal, regulado pelo art. 198 do CTN, tem por objeto o segredo das informações fiscais dos contribuintes, reunidas pelas autoridades fazendárias, não devendo ser confundido com o sigilo financeiro (STJ, HC 7.618, Dipp, 5ª T., u., DJ 17.2.99), que é disciplinado pela LC 105/01, que recai sobre as informações relativas a operações ativas e passivas, bem como aos serviços prestados pelas instituições financeiras.

Estão cobertas por sigilo fiscal as informações obtidas, em razão do ofício, por servidores fazendários: “sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades” (CTN, art. 198). BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3243,0/3357.

²¹⁹ Vide Lei Complementar n.º 105/2001.

²²⁰ Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informam exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de Internet e pelas administradoras de cartão de crédito. BRASIL. Diário oficial da União. Lei nº 12850 de 02 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 25 de jun. 2015.

²²¹ Art. 17-B. A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente

Note-se que não se está tratando de acesso aos dados de movimentação ou disponibilidade financeira dos investigados nem do conteúdo privado de chamadas telefônicas²²², pelo contrário, o dispositivo legal restringe as informações à qualificação pessoal, filiação e endereço dos mesmos^{223 224}.

Evidentemente, não há aqui nenhuma violação à privacidade, visto que se tratam de dados que servem somente para a identificação das pessoas²²⁵ e a identificação para as autoridades públicas é dever de todo o cidadão²²⁶.

Nessa toada, o Delegado de Polícia e o MP podem se valer de seu poder requisitório, independentemente de autorização judicial, para obter os registros de dados de reservas e viagens em poder das empresas de transporte pelo prazo de cinco anos^{227 228}.

de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito. BRASIL. Diário oficial da União. Lei nº 9613 de 03 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 25 de jun. 2015

²²² BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 430,3/688 (Epub).

²²³ Pretender que o Estado-juiz se submeta a sigilo derivado de interesses privados em face de registros de caráter público resulta algo completamente insustentável diante da unidade do Estado e do seu escopo de bem comum. Evidentemente, qualquer abuso na utilização destes dados – que desborde a finalidade específica de investigação – será passível da responsabilização correspondente, no plano penal e extrapenal. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 430,8/688 (Epub).

²²⁴ (...) razão pela qual o afastamento do prévio controle jurisdicional não oferece nenhum problema no plano constitucional. HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. Tomo II. 5 ed. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 64.

²²⁵ Aliás, nome, nacionalidade, estado civil, data de nascimento, profissão, endereço (residencial ou de trabalho), RG, CPF, filiação não são elementos que devassam a intimidade da pessoa. GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 419.

²²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 431,6/688 (Epub).

²²⁷ Art. 16. As empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registro de viagens. BRASIL. Diário oficial da União. Lei nº 12850 de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 25 de jun. 2015.

²²⁸ Valem as observações ao art. 15, acrescentando-se que a norma institui o dever de as empresas de transporte de passageiros manterem o registro de dados de reservas e viagens pelo prazo de 5 anos. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 118,6/200 (Epub).

Como explica Bitencourt, o dispositivo se refere a acesso direto, isto traduz um acesso rápido e sem burocracia, novamente, sem necessidade de crivo judicial, devendo as informações serem prestadas a partir de uma simples requisição²²⁹.

Além disso, o art. 17 da Lei n.º 12.850/13 determina:

As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.

Porém, alguns doutrinadores entendem de forma diferente, dizendo ser imprescindível a autorização judicial para que as autoridades estatais tenham acesso aos registros de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.^{230 231 232}

²²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 433,1/688 (Epub).

²³⁰ Em outras palavras, os dados relativos às ligações deverão estar à disposição do Ministério Público e do Delegado de Polícia pelo prazo de 5 anos, mas a sua obtenção dependerá de autorização judicial nos termos da legislação específica, porque esses elementos são acessórios do sigilo das telecomunicações. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 119,8/200 (Epub).

²³¹ Aqui inevitavelmente haverá invasão estatal na vida privada do cidadão investigado, pois os seus contatos telefônicos dizem respeito à sua intimidade. Por isso apenas mediante ordem judicial fundamentada poderão tais informações ser reveladas, sob pena de violação ao disposto no art. 5º, inciso X, da Constituição da República, e consequente ilicitude da prova colhida. SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 108.

²³² A disposição contida no art. 17 difere sensivelmente das anteriores porque, conquanto se trate também de registros mantidos por concessionária de serviços públicos, os registros de identificação dos números dos terminais de origem e destino de chamadas telefônicas podem revelar aspectos da vida privada que dizem respeito unicamente ao particular, aliás, devidamente protegidos como garantia fundamental do cidadão, constituindo cláusula pétrea (art. 5º, XII, da CF).

Daí que a interpretação mais correta há de ser restritiva, exigindo o controle judicial a respeito desta medida, sujeita, ademais, por analogia para com a fórmula da infiltração de agentes, à exigência de demonstração da necessidade da medida e da impossibilidade de obter a mesma prova por outra via. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 437,0/688 (Epub).

Trata-se de posição minoritária, com um número maior de posições contrárias²³³ ²³⁴ ²³⁵ as quais são inclusive corroboradas pelo Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. [...] 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial – violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher

²³³ Quanto às relações de chamadas feitas e recebidas, seus destinatários, duração e horários de realização, é certo que não se submetem ao regime da Lei 9.296/96 (STJ, RMS17732, Dipp, 5ª T., u., 28.6.05), **não havendo necessidade de autorização judicial para que sejam fornecidas as informações** (TRF4, AMS 20047100022811-2, Néfi, 7ª T., u., 7.6.05; TRF4, AGEPN 20057000032655-0, Pentead, 8ª T., u., 27.8.08). (...) **À propósito, há regra específica a respeito no art. 17 da LOC, autorizando o acesso a tais informações**, nos seguintes termos: Art. 17. As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais. **Ainda que se entenda que tal regra somente é aplicável em casos de crime organizado, ainda assim, não há que se exigir autorização judicial para o acesso a essas informações** em caso de investigações relativas a outros delitos. (grifo nosso). BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 2228,4/3357.

²³⁴ Agiu certo o legislador, vez que se acaso permitisse o acesso ao teor das conversações mantidas entre os interlocutores, restaria violado o sigilo telefônico, o qual encontra proteção no art. 5º, inciso XII da Constituição Federal. Continua, pois, valendo a exigência da ordem judicial para acesso ao teor dos diálogos interceptados. FERRO, Ana Luiza Almeida; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade organizada – comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá. 2014. p. 234

²³⁵ Da mesma forma, dados de registros em empresas de telefonia, fixa e móvel, são muito utilizados em investigações na medida em que permitem acesso a informações de dados cadastrais e chamadas efetuadas pelos números pesquisados.

Estes, os números pesquisados, – números dos terminais de origem e de destino das ligações..., também se incluem em dados cadastrais, já que não atingem o sigilo do teor das conversas, que são, estes sim, por princípio, da intimidade da pessoa física. A mera chamada para outro número é apenas indício ou um elemento de prova, que pode se converter em parte de um contexto probatório (sentido amplo). (grifo nosso). MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 220.

elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º.²³⁶

Mostra-se de grande relevância este acórdão do Supremo Tribunal Federal que, apesar de não se tratar de uma decisão vinculante, baliza boa parte da jurisprudência e gera expectativas positivas para os órgãos de persecução interessados em uma investigação mais célere e dentro da legalidade.

Vale a pena registrar que no caso de recusa ou omissão no fornecimento dos dados requisitados pelo Delegado de Polícia e/ou pelo MP, o responsável está sujeito a uma pena de reclusão que varia de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, nos termos do art. 16²³⁷ da Lei n.º 12.850/13.

Portanto, o legislador criou uma forma especial de desobediência²³⁸ com o fim de não comprometer a atividade investigatória²³⁹, além de adotar o critério da

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HABEAS CORPUS. n.º 91867/PA. Impetrante: JOSÉ LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(A/S), Pacientes: DAVI RESENDE SOARES e LINDOMAR RESENDE SOARES. Relator: GILMAR MENDES. 24 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+91867%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+91867%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a79gbnv>> Acesso em: 22 de set. 2015.

²³⁷ Art. 16. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo:

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. BRASIL. Diário oficial da União. Lei nº 12850 de 02 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 25 de jun. 2015.

²³⁸ Cuida-se de forma especial de desobediência, envolvendo a negativa no fornecimento de dados cadastrais legalmente requisitados por autoridade judiciária, quando necessário, ou diretamente pelo delegado ou membro do MP, na forma do art. 15. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3178,0/3357.

²³⁹ O bem jurídico é, igualmente, a boa e regular administração da justiça, que, necessariamente, é atingida pelo descumprimento ou desatendimento de diligências determinadas pelas autoridades que a representam, especialmente no curso de investigações criminais, mormente naquelas relativas a crimes graves, como os eventualmente praticados por uma organização criminosa. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 483,5/688 (Epub).

celeridade com o reconhecimento do acesso pelas autoridades responsáveis pela *persecutio criminis* a dados não reveladores da intimidade alheia.

3.7 DISCUSSÃO CRÍTICA DAS METODOLOGIAS DE INVESTIGAÇÃO

Neste tópico, além das críticas pontuais realizadas nos itens anteriores, aqui o objetivo é destacar os pontos problemáticos sobre as condições jurídicas que autorizam o emprego de metodologias ocultas de investigação, mais invasivas, em especial a do agente infiltrado pelo que nos propusemos desde o início do trabalho, sem olvidar que não podemos admitir uma investigação a qualquer preço, afinal a onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais dos cidadãos²⁴⁰.

A formalização do Direito Penal, com suas respectivas normas submetidas a uma Lei Maior,²⁴¹ objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão²⁴². A perseguição de qualquer agente envolvido com o crime organizado deve, mesmo que não seja eficaz, basear-se nos princípios e valores próprios da cultura jurídica de um Estado assentado na dignidade da pessoa humana e na vontade popular²⁴³.

Para Manuel Monteiro Guedes Valente, Manuel João Alves e Fernando Gonçalves:

(...) as técnicas de obtenção de meios de prova em processo penal têm de promover a materialização dos princípios e dos direitos próprios de um estado de direito democráticos, ou seja, devem materializar o princípio democrático como forma de legitimação do poder²⁴⁴.

²⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Prefácio in LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 855.

²⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Prefácio in LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

²⁴³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A investigação do crime organizado in *Criminalidade Organizada e criminalidade de massa. Interferências e ingerências mútuas*. Coimbra: Almedina. 2009, p. 165.

²⁴⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; ALVES, Manuel João; e GONÇALVES, Fernando. *O novo regime jurídico do agente infiltrado*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 30.

Não faz sentido que no quadro da investigação criminal, possa-se defender a utilização de todos e quaisquer meios e técnicas de investigação²⁴⁵, especialmente os mais intrusivos, afinal o Estado não pode invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão sem respeitar os direitos constitucionais, ainda e quando haja praticado algum delito²⁴⁶.

Como testifica Manuel Valente:

(...) **jamais poder-se-ia admitir uma expansão incontrolada de meios ocultos de investigação criminal tipificados em lei** – princípio da legalidade formal – **sem que primeiro** houvesse uma prévia exegese legiferante segundo os axiomas constitucionais referentes à admissibilidade de meios de elevada restritividade de bens jurídicos pessoais ou direitos fundamentais pessoais. (...) e, **em segundo lugar**, sem que devêssemos proceder a um exame em concreto de que esses meios restritivos de direitos fundamentais pessoais obedecem ou não colidem/violam as finalidades do processo penal democrático: descoberta da verdade material (não real), processual e judicialmente válida que culmina em uma convicção judicial; a realização da justiça conforme ao espírito do princípio do Estado democrático de direito; a efetiva defesa e garantia dos direitos e liberdades fundamentais de todos os cidadãos (vítima direta, vítimas indiretas ou colaterais ou comunitárias, e indiciado/arguido no processo-crime); restabelecimento da paz jurídica e social (...) ²⁴⁷. (grifo nosso)

No entanto, em virtude da natureza invasiva da infiltração de agentes e das outras metodologias investigativas vistas alhures, é quase certo que algumas garantias constitucionais serão ofendidas, mas isso não pode ser diferente, pois, o direito penal deve assumir o papel de proteção de gerações futuras²⁴⁸.

²⁴⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A investigação do crime organizado in *Criminalidade Organizada e criminalidade de massa. Interferências e ingerências mútuas*. Coimbra: Almedina. 2009, p. 163

²⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Prefácio* in LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

²⁴⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior*. Boletim 274 IBCCrim. São Paulo, Set. 2015.

²⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras in *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. III. Coimbra Editora. Coimbra. 2009. p. 603.

Torna-se indispensável pois, neste tempo pós-moderno, uma nova ética, uma nova racionalidade, uma nova política²⁴⁹ e também, o desenvolvimento de novas técnicas investigativas eficazes face à ameaça global causada por grandes riscos²⁵⁰.

Mas estas novas técnicas investigativas não podem ser criadas sem qualquer critério, pois, como explica Manuel Valente, devem apresentar uma legitimidade normativa e sociológica:

A **legitimidade normativa** – aquela que ressalta da previsão legal emanada do órgão eleito pelo povo – dos meios e técnicas de investigação não é, hoje e num Estado de direito e democrático, suficiente. Pois, impõe-se que os meios e técnicas de investigação criminal – mesmo da actividade emergente do crime organizado – estejam dotados de **legitimidade sociológica** – devem ser tidos por necessários e úteis aos olhos dos cidadãos, desde logo pela confiança que o povo tributa os operadores judiciais e policiais²⁵¹.

Não são todos os meios de investigação criminal que são aceites pela sociedade, existindo alguns que são admitidos somente em carácter **excepcional** e de acordo com os princípios mais caros, dentro de um catálogo restrito de crimes²⁵², os quais, em regra, são destacados pelo legislador em razão da imensa gravidade que representam para os direitos fundamentais.

Como destaca Germano Marques:

(...) a população está disposta a colaborar com a polícia que lhe pareça claramente legítima, ou seja, uma polícia que respeite a legalidade, seja tecnicamente eficaz, cumpra os imperativos morais dominantes e seja eticamente responsável²⁵³.

²⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. III. Coimbra Editora. Coimbra. 2009. p. 604

²⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. III. Coimbra Editora. Coimbra. 2009. p. 603

²⁵¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A investigação do crime organizado in *Criminalidade Organizada e criminalidade de massa. Interferências e ingerências mútuas*. Coimbra: Almedina. 2009, p. 163

²⁵² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A investigação do crime organizado in *Criminalidade Organizada e criminalidade de massa. Interferências e ingerências mútuas*. Coimbra: Almedina. 2009, p. 164

²⁵³ MARQUES DA SILVA, Germano, apud VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A investigação do crime organizado in *Criminalidade Organizada e criminalidade de massa. Interferências e ingerências mútuas*. Coimbra: Almedina. 2009, p. 164

Outro ponto a ser ressaltado, é que, independente da normatização das medidas investigativas, o processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena²⁵⁴, devendo ele ser encarado como instrumento de efetivação das garantias constitucionais²⁵⁵. Nesse contexto, adverte Canuto Mendes que a residual liberdade natural, ao adentrar assim o mundo jurídico, deixa de ser meramente natural, transformando-se em liberdade jurídica²⁵⁶.

Infere-se, portanto, que a sanção penal somente pode ser aplicada pelos órgãos jurisdicionais por meio de um instrumento adequado, em homenagem ao princípio do devido processo legal, isto significa dizer que devem ser respeitadas todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens²⁵⁷.

Um dos corolários fundamentais do devido processo legal é o princípio do contraditório, previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, o qual traz, como consequência lógica, a igualdade das partes, possibilitando a ambas a produção, em idênticas condições, das provas de suas pretensões²⁵⁸.

Portanto, o princípio do contraditório é imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo²⁵⁹.

A garantia do contraditório no processo penal é de suma importância, tanto que é possível afirmar que representa uma condição de validade das provas²⁶⁰, no entanto, no caso da infiltração de agentes e de outras técnicas cautelares, seu exercício é **diferido** por conta da própria natureza sigilosa das ações, pois não é

²⁵⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 104,1/3662 Epub.

²⁵⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97,6/3662 Epub.

²⁵⁶ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A liberdade jurídica no direito e no processo. Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1976, p.11.

²⁵⁷ RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*. 22 ed. São Paulo: Lumen Juris., 2014, p. 4.

²⁵⁸ RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*. 22 ed. São Paulo: Lumen Juris., 2014, p. 18.

²⁵⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 229.

²⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: *Novas tendências do Direito Processual (de acordo com a Constituição de 1988)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 21.

possível adotá-la sem privar (naquele momento) o réu do conhecimento da medida que será adotada em seu desfavor²⁶¹.

Trata-se do que se denomina de contraditório *diferido, postergado, a posteriori* ou *diferido no tempo*²⁶²

Vicente Greco Filho adverte que não há qualquer óbice a isto, tanto que a Constituição não exige que o contraditório seja prévio e simultâneo ao ato realizado, bastando que a manifestação contrária tenha **eficácia prática**²⁶³.

Outra consequência do devido processo legal e que serve para o controle da eficácia do contraditório, demonstrando que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência é a **motivação da decisão judicial**²⁶⁴, expressamente prevista no art. 93, IX, da Constituição, constituindo o caráter mais importante e típico da racionalização da função jurisdicional²⁶⁵.

Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, conferindo legitimidade ao ato decisório²⁶⁶, de sorte a que sua exposição, dotada de clareza, lógica e precisão, propicie perfeita compreensão de todos os pontos controvertidos²⁶⁷.

Afinal, como assevera Aury Lopes Junior, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio²⁶⁸.

Vale ressaltar que não apenas as sentenças definitivas devem ser motivadas, mas também, as decisões interlocutórias, especialmente aquelas que impliquem restrições de direitos e garantias fundamentais²⁶⁹, como as medidas cautelares ora

²⁶¹ RANGEL, Paulo. "Breves considerações sobre a Interceptação Telefônica", In: *Reflexões Teóricas sobre o Processo Penal e a Violência Urbana: uma Abordagem Crítica Construtiva à Luz Da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 32.

²⁶² TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 224.

²⁶³ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 110-111.

²⁶⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 573,2/3662 Epub.

²⁶⁵ CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Buenos Aires: EJEJA, 1960, p. 115.

²⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 573,2/3662 Epub

²⁶⁷ TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74

²⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 573,2/3662 Epub

²⁶⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 576,0/3662 Epub

em estudo, destacando a interceptação das comunicações telefônicas, a infiltração de agentes, os afastamento de sigilos bancários, fiscal, etc..

A questão é saber se é lícito ao Estado avançar sobre a intimidade²⁷⁰ e a vida privada das pessoas, através de técnicas investigativas ocultas, para obter provas em desfavor delas, afrontando, assim, direitos fundamentais consagrados na Carta Magna.

A própria atuação do agente infiltrado, inexoravelmente, representa ofensa ao direito à intimidade do investigado, pois, ocultando a sua condição de policial, observa e ouve o que ocorre em conversas e condutas que têm lugar diante de sua presença²⁷¹.

Geraldo Prado assim se manifesta sobre a atuação do agente infiltrado:

Examinando agora as novas técnicas de investigação introduzidas pela Lei nº 10.217/2001, é certo que há visível tensão entre elas e a tutela da intimidade e da vida privada.

(...)

A constante atuação do infiltrado colocará insolúvel problema de ordem processual-constitucional: **como não compreendê-la como violação das comunicações e do domicílio sem ordem judicial e como não atentar para a flagrante violação da AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA?**²⁷². (grifo nosso).

Porém, para Paulo Rangel, a ação do Estado é plenamente lícita:

A alegação de que tal medida fere a intimidade e a vida privada dos suspeitos e transborda os limites éticos de atuação do Estado, fazendo-o atuar na investigação da criminalidade praticada pela base social, não é verdadeira. Existe uma cláusula de reserva constitucional deferida ao juiz para a concessão da medida, até porque **não existe direito à intimidade do ilícito**²⁷³. (grifo nosso)

²⁷⁰ O direito à intimidade é definido por Costa Junior como o direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a sua vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido na sua intimidade. COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só – A tutela penal do direito à intimidade*. São Paulo: Siciliano, 2004, p. 54.

²⁷¹ NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação. Dissertação de mestrado*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006. p. 77.

²⁷² PRADO, Geraldo. *Escritos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 131 e 135, apud RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*. 22 ed. São Paulo: Lumen Juris., 2014, p. 147.

²⁷³ RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*. 22 ed. São Paulo: Lumen Juris., 2014, p. 147.

Assim, entende-se que é permitida a utilização de meios intrusivos de investigação, desde que estejam presentes os requisitos inafastáveis da legalidade, legitimidade, necessidade e proporcionalidade.

Ademais, não podemos deslembrar do princípio da presunção da inocência que, segundo Beccaria, um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida²⁷⁴.

Em interessante manifestação Paulo Rangel aduz que não adota a terminologia presunção de inocência, pois, segundo ele, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente²⁷⁵.

De qualquer sorte, um dos corolários do referido princípio é o direito ao silêncio, sendo ele apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no *princípio nemo tenetur se deterge*²⁷⁶.

Segundo Binder, é o acusado que tem o domínio e o poder de decisão sobre seu próprio depoimento. Consequentemente, somente ele determinará o que quer ou o que interessa declarar²⁷⁷.

Entretanto, muitas das revelações auto-incriminatórias feitas pelos investigados ao agente infiltrado, ou obtidas mediante interceptações telefônicas, captação ambiental, ou através de outras diligências mais invasivas, não teriam ocorrido se os investigadores não tivessem se valido de meios enganosos que mantêm os criminosos em erro em relação a identidade do interlocutor ou não tem conhecimento de que está sendo monitorado.

Como assevera Manuel Valente:

Falamos de um elenco de meios ou métodos ocultos de obtenção de provas – investigação criminal – operacionalizados pelas polícias e que são uma autêntica intrusão nos tempos e espaços operativos humanos de ação, de

²⁷⁴ BECCARIA, Cesare. De los Delitos y de las Penas. Trad. Juan Antonio de las Casas. Madri: Alianza, 1996 apud LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 529,7/3662 Epub

²⁷⁵ RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*. 22 ed. São Paulo: Lumen Juris., 2014, p. 24.

²⁷⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 242.

²⁷⁷ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

interação e de comunicação entre e das pessoas visadas em concreto (quantas vezes pessoas terceiras) com o meio investigativo **sem que tenham qualquer conhecimento e sem que se apercebam dessa intrusão e, em simultâneo, produzam prova incriminatória contra si próprias com uma ausência plena de autodeterminação** –liberdade de e em pensar, liberdade de e em decidir, e liberdade de e em agir(interagir e comunicar) – e com uma consequente ausência de autorresponsabilidade consciente.

Inconscientes abdicam do direito de recusa a depor perante um tribunal e contribuem para colocar o centro do processo no resultado da investigação criminal (...). Pois, **são autopólicas investigativos produtores de prova contra si próprias** – contribuintes inconscientes da sua própria incriminação [autoincriminam-se] –, **abdicam, sem saber, da força jurídico-política do princípio da presunção de inocência.**²⁷⁸ (grifo nosso)

Portanto, essa conduta acarreta a obtenção de informações confidenciais sem dar a oportunidade de o investigado decidir se deseja ou não fazer uso do seu direito ao silêncio, o qual por sua vez, é protegido constitucionalmente nos termos do artigo 5º, LXIII²⁷⁹ da Carta Magna.

Manuel Monteiro Guedes Valente, Manuel João Alves e Fernando Gonçalves destacam que:

(...) o recurso à figura do agente infiltrado consubstancia, intrinsecamente e em si mesma, uma técnica de investigação de moral duvidosa, uma vez que é o próprio suspeito que, actuando em erro sobre a qualidade do funcionário de investigação criminal, **produz, involuntariamente, a prova de sua própria condenação**²⁸⁰. (grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a simples falta de informação da autoridade policial para o indiciado ou suspeito sobre seu direito ao silêncio, não constitui uma desprezível irregularidade, mas sim, **gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas**²⁸¹.

²⁷⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior*. Boletim 274 IBCCrim. São Paulo, Set. 2015.

²⁷⁹ Art. 5º. LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

²⁸⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; ALVES, Manuel João; GONÇALVES, Fernando. *O novo regime jurídico do agente infiltrado*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 27.

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. HABEAS CORPUS 78.708/SP. Impetrante: ROBERTO DELMANTO E OUTROS, Paciente: ALVARO BRANDÃO GIOMETTI. Relator: Sepúlveda Pertence. 16 de abril de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1742299>> Acesso em: 22 de set. 2015.

Diante dessa situação é inegável a existência de uma questão de alta complexidade que permeia a constitucionalidade de métodos investigativos intrusivos ocultos, mormente no que tange à introdução no processo penal de declarações autoincriminatórias feitas pelos investigados sem lhes conferir o direito ao silêncio e o exercício da autodefesa, sendo o princípio da proporcionalidade chamado, invariavelmente, para decidir entre a prevalência de determinado direito fundamental sobre o outro, tendo em vista a diversidade de direitos fundamentais protegidos pela nossa Constituição.

No próximo capítulo dedicaremos uma atenção especial à técnica investigativa do agente infiltrado pela sua importância no cenário internacional e por se tratar de um instituto relativamente novo no Brasil. Optamos, metodologicamente, por analisar, num primeiro momento, a problematização das organizações criminosas para num segundo passo, analisar as metodologias ocultas e tecer uma abordagem crítica. Num terceiro momento, delimitamos a análise a uma das metodologias, ou seja, a do agente infiltrado.

4. DO AGENTE INFILTRADO

O agente infiltrado tem seus primeiros relatos escritos na Bíblia Sagrada, no Evangelho de Mateus, 26:14-16, ou ainda Marcos 14:10-11, onde se descreve a maneira como Judas Escariotes se infiltrou entre os escolhidos de Jesus e, por 30 (trinta) moedas de prata, o traiu^{282 283}.

No Brasil, tentou-se implementar pela primeira vez a técnica especial de infiltração de agentes com o Projeto de Lei n.º 3.516/89 que se transformou na Lei n.º 9.034/95²⁸⁴, entretanto, houve um veto presidencial no respectivo artigo sob o argumento de “que o referido dispositivo²⁸⁵ contrariava o interesse público, já que esta infiltração depende do Poder Judiciário, e, por isso, afrontava princípios do Direito Penal, no que se refere à exclusão de antijuridicidade”²⁸⁶.

Adotando como parâmetro a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional²⁸⁷, foi promulgada a Lei n.º 10.217/2001 que alterou a Lei

²⁸² GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 389.

²⁸³ A origem do instituto pode ser buscada no período do absolutismo francês, sobretudo nos tempos de Luis XIV, no qual para reforçar o regime foi criada a figura do “delator”, composta por cidadãos que descobriam na sociedade os inimigos políticos em troca de favores do príncipe. Nessa época, sua prática se limitava a espionar e levar os fatos ao conhecimento das autoridades, sem qualquer atividade de provocação. Contudo, com o passar do tempo, a atividade de vigiar os suspeitos não foi suficiente para neutralizar a oposição ao regime, passando a atividade da mera espionagem para a provocação de condutas consideradas ilícitas. SANCHES, Juan Muñoz. *El agente...*, cit., p. 21, nota 1; RUBIO, José María Paz et al. *La prueba...*, cit., p. 387 *apud* SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 92/93.

²⁸⁴ Lei de combate às organizações criminosas que foi revogada pela Lei n.º 12.850/13.

²⁸⁵ O texto do projeto previa o seguinte: “A infiltração de agentes de polícia especializada em organizações criminosas, para investigação do crime organizado, será solicitada pela autoridade policial ao juiz competente, que autorizará desde que haja suficientes indícios da prática ou da tentativa das infrações penais presentes nesta lei e a providência for absolutamente indispensável à apuração ou assecuração das provas, dando ciência ao Ministério Público”. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 360,4/688 (Epub).

²⁸⁶ SNICK, Valdir. *Crime Organizado. Comentários*. São Paulo: Leud. p. 1997 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 361,0/688 (Epub)

²⁸⁷ A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Brasil (Decreto nº 5.015/04), prevê que “se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir [...] “as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada” (art. 20, item 1). SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 93.

n.º 9.034/95²⁸⁸, instituindo a infiltração de agentes, seis anos depois de sua inicial discussão²⁸⁹.

A lei previa o seguinte:

Art. 2º. Em qualquer fase da persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação das provas: (...) V – infiltração por agente da polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituídas pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Apesar da previsão legal, alguns autores comentavam que a falta de regulamentação do procedimento inviabilizava sua implementação e tornava a técnica pouco utilizada^{290 291} e (in)²⁹²constitucional²⁹³.

Também a Lei nº 10.409/02 que disciplinava um procedimento especial para a apuração dos crimes de tráfico de drogas, tratou do instituto da seguinte forma:

Art. 33. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I – infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo

²⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 391.

²⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 361,3/688 (Epub).

²⁹⁰ Em que pese a previsão legal da infiltração de agentes, é certo que não havia regulamentação do procedimento, o que inviabilizava a implementação desta técnica especial de investigação, o que tornou um método pouco utilizado na prática. GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 391.

²⁹¹ O uso da figura do agente infiltrado só muito recentemente passou a receber um tratamento regulatório no campo da investigação criminal, ao menos nos países de tradição romano-germânica. Desde a década de 80 do século XX, a figura do agente infiltrado vem aparecendo nos ordenamentos jurídicos tanto europeus quanto latino-americanos, inovando o panorama de produção probatória, reclamando uma tratativa jurídica detalhada para conformá-lo ao modelo de um processo penal próprio dos regimes democráticos. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 354,9/688 (Epub).

²⁹² Por certo que a infiltração de agentes é uma medida restritiva de direitos fundamentais, podendo vir a afetar eventualmente a autodeterminação informativa, o direito à intimidade e à inviolabilidade de domicílio. PACHECO. Rafael. *Crime Organizado – medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá. 2011. p. 117.

²⁹³ “Não há inconstitucionalidade no fato de a CF não prever expressamente o recurso à infiltração policial, uma vez que, interpretado o texto em seu conjunto, é de concluir-se que, estando ali assegurados os direitos à vida e à integridade física e moral, à igualdade, à liberdade e à segurança, é de concluir-se que estão autorizados, também, os meios para sua garantia (Gonçalves; Alves; Valente: 44). Pela legalidade da medida: TRF2, HC 200802010197868, Abel Gomes, 1ª TE, u., 11.2.09.” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3253,9/3357.

de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações.

Referida lei foi revogada pela Lei n.º 11.343/2006 que passou a prever a figura do agente infiltrado no artigo 53, inciso I:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída.²⁹⁴

Por sua vez, a Lei nº 12.850/13 fixou o procedimento da infiltração de agentes nos seus artigos 10 e 11²⁹⁵, sem conceituá-lo, cabendo essa tarefa à doutrina^{296 297}:

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.²⁹⁸

²⁹⁴ Observe-se que a Lei 11.343/2006 foi mais acertada quando comparada Lei 9.034/1995, pois só previu a possibilidade de infiltração de agentes de polícia (e não de inteligência). De outro lado, foi capenga no trato da matéria, pois só anunciou a medida cautelar probatória sem estabelecer um procedimento. GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 392.

²⁹⁵ (...) os dispositivos que tratam de agente infiltrado na Lei 12.850/13 aplicam-se à Lei 11.343, servindo de regulamento geral a esta no que tange ao procedimento. GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 392

²⁹⁶ A infiltração de agentes trata-se de técnica especial de investigação excepcionalíssima e sigilosa em que, após prévia autorização judicial (guardada a devida proporcionalidade com a medida), um ou mais policiais, que sem revelar suas respectivas identidades ou condições de policiais, são inseridos de maneira dissimulada no bojo da engrenagem delitiva da Organização Criminosa, com vistas a escaneá-la e colher provas ou fontes de provas suficientes a permitir a desarticulação da referida Organização, encontrando assim seus mandantes (ou homem de trás ou Hintermann), ou aqueles que controlam os fios (drahtzieher), bem como seus executores ou figuras periféricas (Randfiguren). GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 392/393.

²⁹⁷ Dessa forma, a denominada infiltração de agente é uma técnica de investigação que pode ser utilizada na persecução penal das ações praticadas por organizações criminosas e crimes envolvendo entorpecentes. SOUZA, Luiz Roberto Salles. *A infiltração de agente como técnica de investigação criminal*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 515,2/1699 (Epub).

²⁹⁸ A Lei 12.850/2013 (nova Lei de Combate ao Crime Organizado) revogou integralmente a Lei 9.034/95, e também trouxe a figura do agente policial infiltrado em seus artigos 3º, VII e 10 a 14. A Lei 12.850/13 de maneira acertada, também não previu a possibilidade de infiltração de agentes de inteligência, em claro silêncio eloquente. GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 392.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

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

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

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

Diante dessas considerações e antes de adentrarmos à análise do procedimento legal, faz-se necessário apontar algumas diferenças conceituais.

4.1 AGENTE INFILTRADO E INFORMANTE

O agente infiltrado não se confunde com um mero informante:

O informante é aquele que não é integrante da polícia, mas conhecendo algum ambiente criminoso ou tendencialmente criminoso, participando ou não de eventos delitivos, tem informação relevante para investigações policiais e as presta para agentes de investigação estatais. O agente infiltrado, ao contrário, pertence aos quadros da polícia investigativa, é inserido deliberadamente no seio da organização criminosa especificamente com o objetivo de obter provas para a incriminação dos responsáveis pelas práticas ilícitas associadas à referida organização²⁹⁹.

Ou seja, por mais relevante que seja a participação do informante para a investigação ou para o desmantelamento da organização criminosa, ele não está

²⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 368,4/688 (Epub).

obrigado a dizer a verdade ou se esforçar para o sucesso da empreitada policial³⁰⁰, sendo que, em regra, age motivado por interesses pessoais, financeiros ou outros³⁰¹.

Nas palavras de Bitencourt:

O informante, por sua vez, não tem objetivo algum relacionado ao controle da criminalidade ou ao sucesso da investigação. Quando muito, em casos determinados, como o de delação premiada, por exemplo, obter benefícios próprios. A atividade do informante consiste, como o próprio nome diz, no fornecimento de informações privilegiadas que podem ajudar na investigação das infrações respectivas. Aqui, não há preocupação com um delito específico ou com uma organização criminosa determinada, podendo ser utilizada em qualquer espécie de crimes³⁰².

Já o agente infiltrado cria uma “estória cobertura”, passando a viver um personagem fictício a fim de ganhar a confiança dos membros da organização criminosa e, com isso, angariar provas suficientes para sua desarticulação.

Toda essa ação é previamente definida e acertada com o Delegado de Polícia, que articula o *modus operandi* observando o procedimento legal e respeitando a autorização judicial, agindo, portanto, no estrito cumprimento de dever legal.

Nessa toada, assim se pronuncia a doutrina:

De modo diverso, o agente infiltrado adapta sua vida aos interesses investigativos da infiltração e captura as informações especificamente determinadas por aqueles que controlam a investigação.

O agente infiltrado tem o objetivo final de obter provas capazes de dismantelar a atividade delitiva por ele investigada.

(...)

³⁰⁰ Como se nota, o informante é alguém cuja vida real não é alterada, nem modifica o usual de suas atividades. Além disso, as informações por ele obtidas e prestadas são as que sua própria consciência e vontade determinam. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 369,2/688 (Epub).

³⁰¹ O denunciante anônimo assemelha-se aos informantes, também conhecidos como “gansos”. Os informantes, normalmente, são pessoas que vivem ou trabalham próximos da delinquência sem estar envolvidos com a mesma. São colaboradores informais e clandestinos dos órgãos policiais cuja identidade é preservada por questões de segurança. Normalmente agem movidos por interesses pessoais, inclusive financeiros ou por ódio ou vingança.

Não se nega a importância da contribuição dos informantes, sendo provavelmente a mais antiga e habitual fonte de informações dos órgãos policiais. SOUZA, Luiz Roberto Salles. *A infiltração de agente como técnica de investigação criminal*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 519,6/1699 (Epub).

³⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 368,6/688 (Epub).

A atividade de infiltração de agentes é totalmente regulamentada, sofrendo controle judicial, com marcados limites temporais, fiscalização do Ministério Público etc...³⁰³

Portanto, não há como confundir ambos os conceitos.

4.2 AGENTE INFILTRADO E AGENTE DE INTELIGÊNCIA

A Lei n.º 9.034/95 permitia a infiltração de agentes de inteligência em tarefas de investigação criminal,³⁰⁴ o que foi revogado pela Lei n.º 12.850/13, reservando essa possibilidade apenas para os policiais devidamente treinados.

Observe que a amplitude do conceito de agente de inteligência ou agente de polícia não tinha limites para alguns doutrinadores:

(...) somente o particular estaria excluído pelo legislador, afirmando que “o dispositivo permite a interpretação de que não só os agentes da Polícia Federal, Polícias Estaduais, Civil e Militar, mas também da Receita Federal e Secretarias da Fazenda Estaduais e outros órgãos policiais e de inteligência podem ser infiltrados sempre que se tratar de investigar qualquer circunstância ligada a organizações criminosas, com prévia autorização judicial.”³⁰⁵

Com relação a essa posição ampliativa, acreditamos que não é a melhor interpretação e comungamos do entendimento de outros doutrinadores que restringem o conceito legal.

A deliberada exclusão da lei da hipótese de infiltração de agente de inteligência determina a necessidade de delimitar a situação de infiltração em face da situação de investigação da inteligência. O espião ou agente de

³⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 370,0/688 (Epub).

³⁰⁴ Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

³⁰⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado; Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2007, p. 58 apud SOUZA, Luiz Roberto Salles. *A infiltração de agente como técnica de investigação criminal*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 515,7/1699 (Epub).

inteligência tem deveres determinados de captura de informações que não se vinculam precisamente a nenhuma investigação criminal, menos ainda de crime organizado. A atividade própria dos agentes de inteligência é a defesa do Estado, tanto no aspecto político de soberania e preservação do Estado democrático de direito como também da eficiência da prestação de serviços da Administração Pública.

Ao contrário, a atividade de investigação policial, que é própria do agente infiltrado cuida necessariamente de uma investigação criminal que envolve a existência de uma organização criminosa. Portanto, as figuras são absolutamente distintas³⁰⁶.

Como se não bastasse, o próprio conceito de agente de polícia deve ser interpretado da seguinte forma:

Quanto à possibilidade de os policiais agirem como infiltrados, vale dizer que **somente aqueles policiais que efetivamente atuem nas atividades investigatórias criminais podem ser agentes infiltrados**, ou seja, **policiais que atuem na polícia repressiva, visto que apenas estes têm autorização para investigar crimes**, principalmente na hipótese exigida pela lei, de que já tenha inquérito policial instaurado. **Não se pode abranger os agentes da polícia preventiva, pois estes não podem investigar, mas apenas prevenir a prática de delitos**³⁰⁷. (grifo nosso)

Não se pode confundir a expressão “agente de polícia” a ponto de permitir que policiais que atuam preventivamente ajam como investigadores, haja vista que tal

³⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 371,0/688 (Epub).

³⁰⁷ NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação. Dissertação de mestrado*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006. p. 99.

atribuição refere-se somente a Polícia Federal e a Polícia Civil³⁰⁸, nos termos do art. 144, § 1º e 4º, da Constituição Federal^{309 310}.

³⁰⁸ O texto constitucional de 1988 faz referência a seis modalidades de atividade policial: (a) A polícia ostensiva exerce as funções de prevenir e de reprimir de forma imediata a prática de delitos. O policiamento ostensivo é feito por policiais uniformizados, ou que possam ser imediatamente identificados por equipamento ou viatura (art. 2º, n. 27, do Decreto n. 88.777/83). O objetivo é explicitar a presença policial nas ruas, criando a percepção de que a prática de delitos será prontamente reprimida – o que exerceria efeito preventivo. (b) A polícia de investigação realiza o trabalho de investigação criminal. Para investigar a prática de delitos, pode ouvir testemunhas, requisitar documentos, realizar perícias, interceptar comunicações telefônicas, entre outras medidas. Em sua maioria, tais medidas dependem de autorização judicial. (c) O texto constitucional distingue as funções de polícia judiciária e de investigação criminal. O já mencionado § 1º do art. 144 atribui às polícias civis estaduais não só a função de “polícia judiciária”, mas também a de “apuração de infrações penais”. Em relação à Polícia Federal, a Constituição chega a prevê-las em preceitos distintos. No inciso I do § 4º, encarrega a PF de “apurar infrações penais”. Já no inciso IV, confere-lhe, “com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”. Cabe-lhes, portanto, além de investigar delitos, executar as diligências solicitadas pelos órgãos judiciais. (d) A polícia de fronteiras controla a entrada e a saída de pessoas e mercadorias do território nacional. A tarefa é atribuída à Polícia Federal. Compete-lhe, genericamente, “exercer as funções de polícia (...) de fronteiras” (art. 144, § 1º, III), e, em especial, “prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho” (art. 144, § 1º, II). No que se refere ao tráfico de entorpecentes, a Polícia Federal concentra-se na repressão ao que opera através das fronteiras do País: o tráfico internacional (STF, DJU 22 jun. 2007, HC n. 89.437) (...) (e) A polícia marítima, que também é exercida pela Polícia Federal, em grande parte se identifica com a polícia de fronteiras. Por atuar em portos, igualmente se presta ao controle da entrada e da saída de pessoas e bens do País, concentrando-se, por exemplo, na repressão ao tráfico de drogas e de armas. Além disso, contudo, a polícia marítima é responsável também pela repressão aos crimes praticados em detrimento da normalidade das navegações, em especial aos “atos de pirataria”. (f) Por fim, a Constituição menciona ainda a atividade de polícia aeroportuária – atividade também exercida pela Polícia Federal, que se identifica, igualmente, com a de polícia de fronteiras. Não se trata de policiamento ostensivo do espaço aéreo, mas de controle do fluxo de pessoas e de bens que se dá através de aeroportos. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Comentário ao artigo 144*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 9343,5/13887. (Epub).

³⁰⁹ Como “agentes de polícia” devem ser entendidos os membros das corporações elencadas no art. 144 da Constituição Federal, a saber: Polícia Federal propriamente dita, rodoviária e ferroviária; a Polícia Estadual (civil, militar e corpo de bombeiros), observadas, nesta última hipótese, a organização própria de cada unidade da federação. Mas nem todos estes órgãos possuem atribuições investigativas. Com efeito, o inc. I deste dispositivo constitucional atribui à Polícia Federal a tarefa de “apurar infrações penais”. Já o inc. IV, § 4º do art. 144 da CF, comina às polícias civis estaduais essa tarefa investigativa. São, portanto, os policiais federais e civis aqueles habilitados a servirem como agentes infiltrados. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado. Comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei n.º 12.850/13)*. 3 ed. Salvador: Podivm. 2015. p. 98.

³¹⁰ O texto do art. 10 deixa bastante claro que o agente infiltrado deve ser policial, porém, não especifica se pode ser qualquer classe de policial, ou se a possibilidade se limita a determinados policiais. Diferindo da tratativa legislativa precedente sobre a matéria, a nova Lei n. 12.850/2013 fala apenas em “agentes de polícia”.

A questão é de relevância porque a previsão legislativa precedente (mais especificamente o art. 2º, inciso V, da Lei n. 9.034, incluído pela Lei n. 10.217, de 11-4-2001) previa a possibilidade de que tanto agentes de polícia quanto agentes de inteligência realizassem a infiltração. Na nova redação, foi suprimida a menção aos agentes de inteligência, mantida apenas a expressão agentes de polícia. A opção atende ao reclamo doutrinário[167], porquanto sempre foi criticada a ampliação legislativa promovida, reclamando-se inclusive uma interpretação restritiva da própria expressão agentes de polícia.

A questão é constitucional. É que a Constituição da República prevê, em seu art. 144, o elenco das instituições policiais do País, nos seguintes termos:

4.3 AGENTE INFILTRADO E AGENTE ENCOBERTO

A doutrina nacional não apresenta diferenças significativas entre o agente infiltrado e o agente encoberto, tratando, às vezes, este, como especialização daquele.

Na lição de Bitencourt:

Figura também muito similar à do agente infiltrado é a do chamado undercover agent, muito presente no direito estadunidense. Na verdade, a doutrina tem reconhecido nessa figura uma especialização do agente infiltrado, visto que tem as mesmas características de ser um agente policial, com preparação e identidade manipuladas para permitir-lhe aproximação com atividades criminosas; porém, a diferença crucial é que ele não se encontra vinculado a uma investigação específica, senão que atua de modo livre, infiltrado em diversos âmbitos criminosos, prestando as informações possíveis que lhe cheguem ao conhecimento, mais ou menos como o informante³¹¹.

Nessa toada, Neisten aduz que:

(...) o agente infiltrado seria uma figura mais ampla em relação ao encoberto, pois abrangeria todos aqueles que se infiltram em determinados locais de forma 'disfarçada', ou seja, fazem-se passar por outra pessoa³¹².

“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”.

E estabelece, nos parágrafos do mesmo art. 144, quais destes órgãos têm atribuição investigatória, reservando-a para a polícia federal (art. 144, § 1º, inciso I) e as polícias civis (art. 144, § 4º). Resta absolutamente claro que às polícias militares não compete atividade investigatória alguma, conforme especificado no art. 144, § 5º.

Ora, se a infiltração de agentes tem por escopo proceder investigação, obviamente, o agente infiltrado somente pode ser policial federal ou policial civil. O desempenho desta atividade por qualquer outro policial é flagrantemente inconstitucional. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 378,3/688 (Epub).

³¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 371,0/688 (Epub).

³¹² NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação. Dissertação de mestrado*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006. p. 51.

Para uma maior compreensão, autores nacionais recorrem a doutrina estrangeira sobre o agente encoberto³¹³:

“Agente meramente Encubierto”: agente que investiga a prática de um delito mediante a técnica consistente em ocultar sua condição de policial, sem outras manobras ou instrumentos de infiltração. Normalmente, sua atuação se centraliza na investigação de um fato delituoso isolado, sem estender-se na atividade geral de uma organização criminosa e sem prolongar-se no tempo; frequentemente aborda os fatos delituosos cometidos por autores isolados, ou pertencentes a pequenas organizações criminosas.

“Agente Encubierto Infiltrado”: a sofisticação inerente à atividade das organizações criminosas frequentemente exige que o agente não somente oculte a sua condição, mas também integre as suas estruturas e participe de suas atividades. O termo mais adequado para definir essa figura é de agente infiltrado, porque ele se introduz sub-repticiamente na organização criminosa.

“Agente Encubierto Infiltrado con Identidad Supuesta”: para que o Agente Encoberto (AE) possa se infiltrar de forma adequada na organização criminosa, é necessário que se apresente ante os seus integrantes com identidade falsa. Deparamos, desta forma, com uma modalidade de AE infiltrado na qual ele assume dados que o identificam como outra pessoa diversa daquela que realmente é. A adoção de uma identidade falsa supõe um salto qualitativo nos distintos graus de infiltração policial, porque o próprio poder público utiliza mecanismos por si só delituosos para criar uma identidade falsa³¹⁴.

Segundo Baltazar Junior, valendo-se dos conhecimentos de Manuel Valente, *et tal*:

Idêntica distinção é reconhecida no direito português (Gonçalves; Alves; Valente: 37), onde se faz, ainda, distinção entre agente infiltrado e agente encoberto, assim entendido aquele que, de forma passiva e discreta, como o policial sem uniforme ou em veículo sem identificação policial, observa o desenrolar dos acontecimentos criminosos em local público ou aberto ao público (Gonçalves; Alves; Valente: 41)³¹⁵.

E ainda, Mendes complementa:

³¹³ O legislador português utilizou a expressão agente encoberto em detrimento da expressão agente infiltrado. SOUZA, Luiz Roberto Salles. *A infiltração de agente como técnica de investigação criminal*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 518,5/1699 (Epub).

³¹⁴ DELGADO, Joaquin. *Criminalidad organizada*. Barcelona: Bosch, 2001. p. 46-48 *apud* MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 12/13

³¹⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3253,0/3357.

Segundo AUGUSTO MEIREIS, a particularidade que distingue o agente encoberto das outras figuras “é a sua absoluta passividade relativamente à decisão criminosa. Estava naquele lugar aquela hora como poderia estar outro agente qualquer ou outro cidadão qualquer”. Nesse sentido, “o agente encoberto é o agente de polícia ou um terceiro concertado com aquele que, sem revelar a sua identidade ou qualidade”, frequenta locais conotados com a criminalidade que geram intranquilidade e alarme social, como podem ser os seguintes casos: cafés, bares, bombas de gasolina, farmácias, ourivesarias, estações de autocarros comboios, transportes públicos (eléctricos, metro ou autocarros) e os demais locais abertos ao público onde exista a susceptibilidade de serem perpetrados crimes como furtos (por carteiristas, no interior de automóveis), tráfico de estupefacientes, roubos, entre outros tipos de actos criminosos.

Importa salientar que o agente encoberto não provoca o crime nem conquista a confiança de ninguém. A sua presença em nada afecta os acontecimentos, uma vez que ele apenas desloca-se aos locais com a finalidade e “esperança” de poder interceptar os infractores da lei.

Como exemplo, podemos referir as equipas das Esquadras de Investigação Criminal da PSP e o Núcleo de Investigação da GNR onde, segundo GUEDES VALENTE, o agente encoberto “não necessita de autorização judicial, porque não actua ao lado dos agentes do crime a investigar e a prevenir, encontra-se à espera que a infracção ocorra para deter os agentes do crime”.³¹⁶

Constata-se que a doutrina nacional se posiciona a não fazer distinção significativa entre agente infiltrado e agente encoberto, enquanto que no direito estrangeiro, cada país possui uma sistemática própria³¹⁷, que, em regra, conduz-nos ao raciocínio de que se tratam de figuras jurídicas distintas.^{318 319}

³¹⁶ MENDES, Márcio Hugo Costa. *Agente Infiltrado Contributos para a delimitação material de atribuições e competências*. Instituto Superior de Ciências Policiais. 2011. p. 25.

³¹⁷ Na verdade, as expressões “agente infiltrado” ou “agente encoberto” tratam da mesma figura, ou seja, o agente da polícia ou de inteligência que é utilizado na técnica de investigação, observando-se as regras legais de cada país. SOUZA, Luiz Roberto Salles. *A infiltração de agente como técnica de investigação criminal*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 518,5/1699 (Epub).

³¹⁸ (...) tendo sempre presente a distinção que assinalamos entre o agente encoberto e o agente infiltrado, uma vez que eles representam figuras jurídicas distintas. A grande diferença entre as duas figuras é a intensidade e a inclusão no meio criminoso. MENDES, Márcio Hugo Costa. *Agente Infiltrado. Contributos para a delimitação material de atribuições e competências*. Instituto Superior de Ciências Policiais. 2011. p. 25.

³¹⁹ Note-se, ainda, que o ordenamento jurídico português diferencia, além do agente infiltrado e do agente provocador, também uma terceira figura – o agente encoberto. Esse tipo de agente corresponde a uma figura da polícia criminal ou particular que, sem revelar sua qualidade ou identidade, frequenta os lugares relacionados com a criminalidade (bares, cafés, lojas, e outros lugares abertos ao público), com a finalidade de identificar – e eventualmente deter – possíveis suspeitos da prática de crimes. 664 Esta figura, no entanto, se distingue das demais por sua absoluta passividade em relação à decisão criminosa 665 – o agente encoberto não determina a prática de qualquer crime nem tenta conquistar a confiança dos investigados 666. Em outras palavras, sua presença nos lugares relacionados com a prática de crimes é totalmente indiferente para determinar o rumo dos acontecimentos delituosos. 667 A doutrina portuguesa considera a sua atuação totalmente lícita e

4.4 AGENTE INFILTRADO E AGENTE PROVOCADOR

Considera-se agente provocador aquele que instiga, induz³²⁰ ou determina que outro realize o injusto penal, sem estar imbuído deste propósito inicialmente³²¹. O resultado torna-se previsível e aguardado pelo agente provocador, semelhante ao que ocorre no *flagrante preparado*³²².

legalmente admissível 668 , podendo ser a prova assim obtida ser aceita e livremente valorada pelo magistrado 669 . JOSÉ, Maria Jamile. *A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010. p. 159.

³²⁰ (...) instigando-o, induzindo-o, nomeadamente, aparecendo como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de Prova em Processo Penal*, p. 220. *apud* MENDES, Márcio Hugo Costa. *Agente Infiltrado Contributos para a delimitação material de atribuições e competências*. Instituto Superior de Ciências Policiais. 2011. p. 19.

³²¹ O agente provocador é aquele que “*induce a outro a cometer un delito, o contribuye a su ejecución com actos de autoría o de auxílio, lo que lleva a cabo sin intención de lesionar ni poner em peligro el bien jurídico afectado ni lograr satisfacer ningún interes personal, sino simplemente por el hecho de lograr que el provocado pueda ser sancionado por su conducta*”. MONTOYA, Mario Daniel. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001 *apud* JOSÉ, Maria Jamile. *A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010. p.

³²² Historicamente, o flagrante preparado, o delito putativo por obra do agente provocador, surgiu na França, durante o período do *Ancién Régime* (Antigo Regime), quando o Estado não mais conseguia fazer frente à onda de criminalidade que assolava a cidade, necessitando criar o cargo de “lugar-tenente de polícia” no ano de 1667. Como o cargo era dispendioso para o governo, recorreu-se à contratação de outros agentes, denominados Comissários e Inspetores de polícia, que, por sua vez, necessitavam de outras pessoas para ajudá-los no combate ao crime, a fim de dar uma satisfação ao governo. Os inspetores valiam-se de pessoas da classe mais baixa da sociedade parisiense, tais como reclusos, que negociavam sua liberdade a troco de cooperação, ou de pessoas de níveis sociais mais elevados, dependendo do local em que deveriam se infiltrar. O papel desses espíões era o que hoje é exercido pelo “alcaguete” ou modernamente pelo chamado X9: “*seguir, escutar criminosos, mas também provocá-los a praticar crimes para prendê-los*”, tudo com a permissão dos inspetores. A Revolução Francesa não pôe fim a esse estado de coisas e esses “*agentes passam a ser utilizados pelo governo para se poder libertar de sujeitos incômodos, mas contra os quais não há provas suficientes para condenação*”. (Manuel Augusto Alves Meireis. *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1999, 21).

Veja o leitor que a origem do instituto vem do País berço da Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde reinava o despotismo, o autoritarismo, para que, hodiernamente, possamos entender a razão pela qual não podemos aceitar tal procedimento. O Estado, pelo menos o Democrático de Direito no qual vivemos, não pode se curvar diante de procedimentos policiais que não sejam fruto do exercício da legalidade. É que há limites impostos pelo Estado de Direito ao combate às novas formas de criminalidade. Hassemer diz que “*não é permitido ao Estado utilizar os meios empregados pelos criminosos, se não quer perder, por razões simbólicas e práticas, a sua superioridade moral*”.

O flagrante preparado está previsto na Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal. Diz a Súmula: “*Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*”.

Trata-se do também chamado delito putativo por obra do agente provocador, ou delito de ensaio, de experiência, ou crime provocado. Ocorre quando o agente é impelido, insidiosamente, por terceiros, a praticar um crime, mas são adotadas todas as providências necessárias para que não haja a consumação.

Sua atuação é indesejada, pois vicia a manifestação da vontade do agente³²³, de forma a induzi-lo à prática de um ato³²⁴.

Para Germano Marques da Silva:

(...) a provocação não é apenas informativa, mas sobretudo formativa, não revela o crime e o criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso e, por isso, é contrária à própria finalidade da investigação, uma vez que gera o seu próprio objeto³²⁵.

Vejamos o que diz Lopez Ortega:

(...) a polícia, cuja tarefa principal é lutar contra a delinquência, não pode contribuir para a realização do delito, induzindo o suspeito a executá-lo. Em sua atuação, tem de se limitar a criar a ocasião para que o delito ocorra, em condições tais que seja possível constatar sua realização e identificar os seus autores; porém, em nenhum caso poderá incitar a sua realização fazendo nascer no provocado a resolução criminal. É decisivo, portanto, que o desígnio criminal haja surgido no autor livremente, sem nenhuma intervenção do agente da polícia³²⁶.

Importante contribuição sobre o assunto traz Valente, Alves e Gonçalves:

(..) agente provocador pretende submeter outrem a um processo penal e, em última instância, a uma pena, actuando conseqüentemente com vontade e intenção de, através do seu comportamento, determinar outra pessoa à

Neste caso, o agente tem o dolo (elemento subjetivo), percorre o tipo penal (elemento objetivo), mas a infração não se consuma exatamente pelas providências externas que são adotadas. RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*. 22 ed. São Paulo: Lumen Juris., 2014, p. 788/789.

³²³ (...) resta, então, desvirtuada a atuação delitativa desenvolvida pelo infrator, nos seus aspectos fundamentais, consubstanciados na espontaneidade do querer, na exclusividade da ação criminosa e na autenticidade do fato tido como típico pela legislação penal material. TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 228.

³²⁴ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 109.

³²⁵ SILVA, Germano Marques da. *Bufos, infiltrados e arrependidos...* in *Direito e Justiça - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica*, p. 29 *apud* MENDES, Márcio Hugo Costa. *Agente Infiltrado Contributos para a delimitação material de atribuições e competências*. Instituto Superior de Ciências Policiais. 2011. p. 19.

³²⁶ LÓPEZ ORTEGA, Juan José. *Infiltración policial y provocación del delito*. *Revista Española de Derecho Militar*, v. 70, jul./dez. 1997. p. 165. *apud* SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98/99.

prática do crime, agindo com dolo ao determinar outra pessoa à prática de um crime, ele age, também, com dolo relativamente à realização do crime³²⁷.

Procurando estabelecer a diferença entre agente infiltrado e agente provocador, Silva assim se pronuncia:

A figura do agente infiltrado não se confunde, pois, com a do agente provocador, que deliberadamente desencadeia práticas ilícitas pelos integrantes de uma organização criminosa, sem dela fazer parte, para em seguida impedir a consumação do resultado³²⁸. A propósito, podem ser identificados como 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 consuma³²⁹.

Pelas razões acima apontadas, mormente pelo fato de pessoas inocentes poderem ser induzidas ou forçadas à delinquência pela atuação abusiva de um agente de estado³³⁰, gerando, assim, uma insegurança jurídica insustentável, é que se conclui

³²⁷ VALENTE Manuel Monteiro Guedes; ALVES Manuel João; GONÇALVES Fernando. *Lei e Crime – O agente infiltrado versus o agente provocador: Os princípios do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 256.

³²⁸ (...) a figura do agente infiltrado é, pois, substancialmente diferente da do agente provocador. O agente provocador cria o próprio crime e o próprio criminoso, porque induz o suspeito à prática de actos ilícitos, instigando-o e alimentando o crime, agindo, nomeadamente, comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos. O agente infiltrado, por sua vez, através da sua actuação limita-se, apenas, a obter a confiança do(s) suspeito(s), tornando-se aparentemente um deles para, como refere Manuel Augusto Alves Meireis, 'desta forma, ter acesso as informações, planos, processos, confidências [...] que, de acordo com o seu plano constituirão as provas necessárias à condenação. GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Lei e Crime – o agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 264) apud SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99

³²⁹ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99

³³⁰ (...) caso o agente infiltrado passe a provocador, actua contrariamente aos princípios e às normas próprias de um Estado de direito democrático e inerentes a um processo penal de estrutura acusatória temperado pelo princípio da investigação. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; ALVES, Manuel João; e GONÇALVES, Fernando. *O novo regime jurídico do agente infiltrado*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 32.

que as provas carreadas pelo agente provocador devem ser consideradas ilícitas³³¹
332 333

Nelson Hungria também se posiciona de forma contrária a qualquer tipo de interferência policial nesse sentido e é taxativo ao tratar da impossibilidade criminal diante dessas condições:

Um crime que, além de astuciosamente sugerido e ensejado ao agente, tem suas conseqüências frustradas por medidas tomadas de antemão, não passa de um crime imaginário. **Não há lesão, nem efetiva exposição a perigo, de qualquer interesse público ou privado**³³⁴. (grifo nosso)

De acordo com o Tribunal Constitucional Português:

(...) é inquestionável a inadmissibilidade da prova obtida por agente provocador, pois seria imoral que, num Estado de Direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir. **Uma tal desonestidade seria de todo incompatível com o que, num Estado de Direito, se espera que seja o comportamento das autoridades e agentes**

³³¹ A instigação da conduta delituosa representa um atentado contra a dignidade do cidadão, cuja iniciativa não pode ser provocada para fins criminosos. Trata-se de um abuso do Estado que compromete a segurança jurídica, pois seus agentes não podem investir indistintamente contra todo e qualquer cidadão para testar sua eventual inclinação delituosa. SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100.

³³² O Supremo Tribunal Federal já editou enunciado sumular sobre a matéria, de número 145, reconhecendo, nestas hipóteses, o que se denominou flagrante preparado e, por conseguinte, inexistente o crime, fazendo-o, nos seguintes termos: “*não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*”.

A razão de ser material desta decisão é bastante simples. Parte-se do princípio de que o delito jamais poderia ser consumado, dado que a situação de flagrante estaria previamente constituída de modo a permitir a intervenção dos aparatos persecutórios e consequente impedimento de produção do resultado.

Em complemento, sustenta-se que sequer o desvalor da ação remanesce presente, porque a prática delitiva de consumação impossível fora antecipadamente programada pelo agente provocador, o que significa que ela não teria tido lugar, não fosse a intervenção daquele. É uma espécie de reconhecimento de que o próprio Estado, através de seu agente, determinou a produção do resultado. Daí que se possa reconhecer, na hipótese, o crime de *abuso de autoridade*, pelo qual deverá responder o agente infiltrado. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 374,0/688 (Epub).

³³³ (...) a consumação do delito é impossível, tendo-se em vista o fato de não restar ameaçado ou efetivamente ofendido qualquer bem juridicamente tutelado, sem prejuízo de se questionar também o dolo, posto que a vontade do aludido infrator, ou seja, o elemento subjetivo de sua conduta, foi desvirtuada. ³³³ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 366.

³³⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 105.

da justiça penal, que deve pautar-se pelas regras gerais da ética (...) ³³⁵.
(grifo nosso)

Portanto, resta cristalina a posição da doutrina e jurisprudência quanto a impossibilidade de resguardo jurídico da ação e das provas ilícitas³³⁶ obtidas pelo agente provocador.

Feitas essas considerações, analisaremos a partir de agora o procedimento e os requisitos legais desta técnica investigativa.

4.5 REQUISITOS LEGAIS NOS TERMOS DA LEI N.º 12.850/13

Antes de mais nada, vale destacar que as regras procedimentais estão esparsas em diversos artigos, por isso, começaremos tratando da autorização judicial.

O artigo 10 da Lei n.º 12.850/13 estabelece como primeiro requisito a ser observado pelo Estado-investigador é que se obtenha autorização judicial para a infiltração de agentes³³⁷, sob pena de nulidade da prova e eventual responsabilização por crime de abuso de autoridade³³⁸.

³³⁵ Cfr. Ac. TC n.º 578/98, Processo n.º835/98, Relator Messias Bento *apud* MENDES, Márcio Hugo Costa. *Agente Infiltrado Contributos para a delimitação material de atribuições e competências*. Instituto Superior de Ciências Policiais. 2011. p. 21.

³³⁶ O juiz, ao ter que enfrentar um caso em que esteja sendo discutida a admissibilidade de uma prova ilicitamente obtida, deve atentar para uma boa administração das liberdades em conflito de forma a tornar possível a incidência do 'justo' na decisão final a ser proferida. VASCONCELLOS, Roberto Prado de. *Provas Ilícitas (Enfoque Constitucional)* In: Revista dos Tribunais, nº 791, setembro de 2001. p.460.

³³⁷ A infiltração, para ser legítima, depende de autorização judicial circunstanciada, motivada e sigilosa, mediante representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público, ou com requerimento do Ministério Público. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102,6/200 (Epub).

³³⁸ Já no caput do art. 10 se estabelece como condição primária para a realização da infiltração policial a autorização judicial, providência que era reclamada nos dispositivos legais anteriores que trataram da matéria. Evidentemente, por tratar-se de um recorte de garantias fundamentais, uma simulação para a produção de provas, perpetrada pelo Estado, a mais importante restrição à infiltração policial é a sua submissão estrita e absoluta à prévia autorização judicial, sob pena de "ilicitude da prova obtida". BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 378,9/688 (Epub).

Evidentemente que isso representa uma garantia dos direitos e liberdade do cidadão e um controle das atividades policiais³³⁹, especialmente diante da excepcionalidade da medida³⁴⁰.

A decisão judicial, sempre que possível, estabelecerá o âmbito e os limites da atividade policial³⁴¹, bem como, autorizará os agentes a apreender documentos, realizar filmagens, escutas ambientais, dentre outros, a fim de tornar a medida mais eficaz possível.

Nessa perspectiva se posiciona Mendroni:

Interessa saber, a qualquer agente infiltrado, o âmbito e o limite de suas atividades na coleta das evidências e provas encontradas no seio da organização criminosa. Além da evidente possibilidade de servir como testemunha, **entendemos que o mandado judicial 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.** Posteriormente, apreendida a prova, o agente deverá reportar as condições de tempo, lugar e a forma como foi apreendida, não só para viabilizar o exercício da ampla defesa e do contraditório, mas também para apreciação judicial das condições de sua legalidade. Em caso de decisão de ilegalidade, o material que assim o for declarado judicialmente, não pode compor os autos de investigação ou de processo criminal, podendo ser

³³⁹ O controle judicial limitará as atividades passíveis de realização durante a infiltração no afã da produção da prova que se visa. Ademais, a decisão que autoriza a infiltração deverá declinar expressamente os fundamentos que a justificam, as circunstâncias que a exigem e os motivos pelos quais foi decretada, entre eles, obrigatoriamente, a impossibilidade de se produzir a prova pretendida por outra via, conforme refere expressamente o § 2º do art. 10. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 379,4/688 (Epub).

³⁴⁰ A autorização judicial consiste em importante forma de controle da atividade policial, sem o que se caracterizaria em atuação demasiadamente discricionária por parte da polícia em prejuízo do próprio bom desempenho das suas funções e todos os riscos a ela inerentes. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 185.

³⁴¹ Na autorização, este é um elemento importante, a decisão estabelecerá os limites da ação do agente, considerando-se as circunstâncias e necessidades do caso. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102,6/200 (Epub).

determinada a sua devolução ou destruição imediata ou autuação em autos apartados em segredo de justiça até final decisão de eventual recurso interposto pela parte interessada³⁴². (grifo nosso)

A decisão judicial deve ser precedida e acompanhar, *in totum* ou em partes a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público³⁴³.

Observe que a lei condiciona o pedido de infiltração à manifestação técnica do Delegado de Polícia³⁴⁴, o qual apresentará um arrazoado sobre a viabilidade da medida, confrontando os riscos da operação com os riscos de lesão da integridade física e da vida que serão submetidos os agentes³⁴⁵. Nunca é demais deslembrar que se trata de meio de prova subsidiário e excepcional³⁴⁶, que poderá ser aventado apenas quando nenhuma outra medida for eficaz³⁴⁷.

³⁴² MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 185.

³⁴³ (...) o requerimento do MP ou a representação do delegado deverão conter uma certa limitação objetiva, que contemple, nos limites do possível, além da descrição preliminar do objeto da investigação, nos limites do possível (art. 11):

- a) o alcance das tarefas dos agentes;
- b) os nomes ou apelidos das pessoas investigadas;
- c) o local da infiltração. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3260,6/3357.

³⁴⁴ A manifestação técnica do delegado de polícia é sempre indispensável (mesmo quando ele próprio figure como representante). Quem pode dizer se há ou não quadro técnico pronto para esse tipo de missão é a própria autoridade policial. GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 403.

³⁴⁵ (...) o Juiz, a autoridade requerente e o próprio agente infiltrado devem manter permanente reflexão sobre os riscos à integridade corporal do funcionário infiltrado. Não se pode olvidar que, paralelamente ao dever do Estado de promover a persecução penal, deve haver a preocupação com a vida do agente infiltrado. A infiltração policial implica, necessariamente, sério risco ao agente, todavia, o risco deve limitar-se à própria natureza da atividade exercida, não se concebendo a infiltração em condições absolutamente temerárias. SOUZA, Luiz Roberto Salles. *A infiltração de agente como técnica de investigação criminal*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 522,4/1699 (Epub).

³⁴⁶ (...) é justamente esta disposição que permite entrever ser este meio de prova absolutamente subsidiário em relação a outros. Somente será possível lançar mão da infiltração de agentes quando a prova não possa ser produzida através de outros meios. A razão da reserva é que, de certo modo, a infiltração de agente que contribui para a prática delitiva consiste em uma atuação delitiva do próprio Estado, o que faz com que se reserve tal classe de intervenção somente para os casos em que particularmente se exija a providência. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 379,9/688 (Epub).

³⁴⁷ A análise das legislações que tratam do tema da infiltração leva, necessariamente, à conclusão de que se trata de uma medida excepcional. Não há a menor dúvida de que a técnica somente poderá ser utilizada nos expressos termos previstos na lei e como derradeira opção investigatória.

Três são os fatores que levam a tal conclusão. O primeiro diz respeito à possível violação de direitos fundamentais do investigado; o segundo diz respeito aos riscos a que ficam expostos os agentes infiltrados e o terceiro, à possibilidade do agente infiltrado praticar crimes.

No que tange à possibilidade de violação de direitos fundamentais do investigado, somente o controle e acompanhamento por parte do Juiz, que autorizou a infiltração, poderá mitigar o constrangimento.

A fim de corroborar esse raciocínio, Greco Filho aduz:

O critério é eminentemente policial, dentro das técnicas de investigação e levará em conta também e primordialmente a segurança do agente. Daí a necessidade, ainda, de o pedido de autorização ser acompanhado de manifestação técnica do delegado de polícia. Na decisão autorizativa, se isso for adequado e possível, o juiz poderá, por exemplo, determinar a apresentação de relatórios parciais, resguardada sempre a segurança da operação. Independentemente da decisão judicial, o Delegado responsável e o Ministério Público poderão solicitar ou requisitar relatórios do andamento das atividades do agente infiltrado.

A investigação mediante infiltração deve ser excepcional e tem como pressuposto necessário indícios da prática do crime de organização criminosa e é subsidiária, admitindo-se quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.”³⁴⁸

Além da decisão judicial e da representação do Delegado ou do Ministério Público com a respectiva manifestação técnica, exige-se que a medida seja implementada por policiais, nos termos já tratados em capítulo próprio.

Outro requisito é que haja uma investigação formal em curso, com a instauração de inquérito policial³⁴⁹ e em caráter sigiloso³⁵⁰, para que se possa implementar e controlar a infiltração³⁵¹.

SOUZA, Luiz Roberto Salles. *A infiltração de agente como técnica de investigação criminal*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 521,6/1699 (Epub).

³⁴⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102,6/200 (Epub).

³⁴⁹ A sede do pedido de infiltração de agentes, ainda a teor do art. 10, deve ser **exclusivamente o inquérito policial**. Ou seja, **não cabe a providência de infiltração de agentes em outros mecanismos investigatórios que são facultados pelo ordenamento jurídico**. Corretamente a lei limita as possibilidades de determinar-se a infiltração de agentes ao período do inquérito policial. Realmente, não faz qualquer sentido que se realize a infiltração uma vez já iniciada a ação penal, por exemplo. (grifo nosso). BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 365,7/688 (Epub).

³⁵⁰ O procedimento deverá ser marcado pelo sigilo, sem menção às “informações que possam indicar a operação a ser efetuada ou identificar o agente que será infiltrado” (art. 12 da lei), pois o vazamento de tais informações, além de comprometer o sucesso da investigação, poderá colocar em risco a segurança do agente designado para a operação. SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 96.

³⁵¹ O controle judicial limitará as atividades passíveis de realização durante a infiltração no afã da produção da prova que se visa. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 379,2/688 (Epub).

A formalidade é essencial diante de um procedimento extremamente invasivo³⁵² que adota um contraditório diferido³⁵³, homenageando, assim, a plenitude³⁵⁴ e a efetividade³⁵⁵ da defesa.

³⁵² Com o olhar dirigido às experiências portuguesa e alemã, Manuel da Costa Andrade adverte que a nova realidade processual que contempla as figuras “particularmente invasivas e desiguais de investigação”, caracterizadas pelos designados “meios ocultos”, também tem requisitado da doutrina “o reforço do potencial de garantia”. PRADO, Geraldo. *A produção da prova penal e as novas tecnologias: o caso brasileiro*. Disponível em: <<http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20A%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20da%20Prova%20Penal%20e%20as%20Novas%20Tecnologia%20-%20o%20Caso%20Brasileiro.pdf>>. Acesso em: 22 de jul. 2015.

³⁵³ (...) mesmo em condições excepcionais, seja possível assegurar a ‘cognição adequada’, que também integra a noção de ‘devido processo’, através da qual o juiz analisa os pressupostos da medida cautelar com imparcialidade e tendo em conta as possíveis razões dos integrantes do contraditório, ainda que este só possa vir a ser exercido plenamente *a posteriori*. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 78.

³⁵⁴ (...) pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares. SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 61.

³⁵⁵ (...) plenitude e efetividade do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças. A quem age e a quem se defende em Juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões. Mais ainda: no processo penal, com o seu máximo de publicismo e mínimo de disponibilidade, a reação não pode ser meramente eventual, mas há de fazer-se efetiva. O contraditório, agora, não pode ser simplesmente garantido, mas deve ser estimulado. E a contradição dialógica das partes há de ser real e não apenas formal. O juiz cuidará da efetiva participação das partes no contraditório, utilizando, para tanto, seus amplos poderes, a fim de que não haja desequilíbrios entre os ofícios da acusação e da defesa. Cabe ao juiz penal, portanto, integrar e disciplinar o contraditório, sem que com isso venha a perder sua imparcialidade, que sairá fortalecida, no momento da síntese, pela apreciação do resultado de atividades justapostas e paritárias, desenvolvidas pelas partes. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O conteúdo da garantia do contraditório*. In: *Novas tendências do Direito Processual (de acordo com a Constituição de 1988)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 18.

Exige-se também que haja indícios³⁵⁶ de materialidade, demonstrando-se na representação que há prova mínima³⁵⁷ da existência do crime de organização criminosa^{358 359}.

O prazo inicial máximo da medida deve ser de até 6 (seis) meses, cabendo prorrogação por igual período, sem haver limite **máximo** definido em lei, ficando, portanto, a critério do magistrado^{360 361}.

Por derradeiro, a lei impõe que, ao final do prazo, a autoridade policial elabore minucioso relatório contendo todas as circunstâncias da medida implementada³⁶².

³⁵⁶ (...) o indício é o fato provado que, por sua ligação com o fato probando, autoriza a concluir algo sobre este. TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p.452.

³⁵⁷ A infiltração de agentes somente é admitida se houver indícios de infração penal praticada por organização criminosa, transnacional ou terrorista, ou seja, nos limites do art. 1º da LOC, como estabelece o § 2º do art. 10. Afora isso, também é de ser admitida a medida em casos de tráfico de drogas, por força do inc. I do art. 53 da Lei 11.343/06, mediante aplicação do procedimento estabelecido pela LOC.

Afora os indícios da prática de infração penal que admita a medida, ou seja, da causa provável, o requisito essencial para o deferimento será a demonstração da imprescindibilidade da medida, evidenciando-se que a prova buscada não poderá ser obtida por outros meios ou que são escassas as probabilidades de obtê-la sem lançar mão de tal recurso (arts. 10, § 2º, e 11). BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3260,1/3357.

³⁵⁸ (...) a medida de infiltração somente será permitida caso hajam claros elementos indicativos da estrutura organizacional delitiva associada à demonstração concreta de impossibilidade de obtenção de determinada prova, a respeito dos crimes perpetrados por tal organização, por outro modo que não a infiltração de agentes, o que significa o esgotamento de outras medidas menos drásticas, inclusive algumas previstas nesta própria lei. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 380,3/688 (Epub).

³⁵⁹ A investigação mediante infiltração deve ser excepcional e tem como pressuposto necessário indícios da prática do crime de organização criminosa e é subsidiária, admitindo-se quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103,9/200 (Epub).

³⁶⁰ A infiltração poderá ser deferida pelo prazo máximo de seis meses, podendo ser inferior (art. 10, § 3º), podendo ser prorrogada, se necessário, por mais de uma oportunidade, estando as renovações também sujeitas ao prazo de seis meses. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 3261,3/3357.

³⁶¹ Rafael Pacheco menciona os ensinamentos de Dias Ferreira que entende que há duas possibilidades de infiltração através de duas operações distintas, que são: as operações *light cover* (infiltração leve) e as operações *deep cover* (infiltração profunda).

As operações *light cover* não duram mais de seis meses e não exigem permanência constante no meio criminoso do agente infiltrado. As operações *deep cover*, no entanto, duram período superior a seis meses e há total imersão do policial no meio criminoso, podendo inclusive limitar acesso a seus familiares por determinado período. CAMILO, Roberta Rodrigues. *A infiltração do agente no crime organizado*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015.p. 637,3/1699 (Epub).

³⁶² Por outro lado, a lei prevê que, findo o prazo de seis meses, “o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público” (§ 4º do art. 10), os quais deverão verificar se o agente respeitou os limites de sua tarefa fixados da decisão autorizadora, notadamente quanto à prática de eventuais condutas ilícitas. Também com a mesma finalidade, no “curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração” (§ 5º do art. 10). A doutrina espanhola não descarta a possibilidade de o Ministério Público ou juiz, responsáveis

4.6 RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO AGENTE INFILTRADO

O artigo 13, parágrafo único, da Lei n.º 12.850/2013, prevê uma excludente de culpabilidade³⁶³ ao dispor que: *Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa*³⁶⁴. Expressamente, o ordenamento jurídico acolheu a tese da inexigibilidade de conduta diversa, até então consagrada como sendo supra-legal.

pelo controle das atividades dos agentes infiltrados, solicitarem informações periódicas sobre o desenvolvimento da investigação. SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 96.

³⁶³ Zaffaroni, em seu *Manual de Derecho Penal*, define culpabilidade como “un juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, de este modo, operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona el paso y la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste, es decir, se puede reprocharse el injusto al autor y, por ende, si puede imponerse pena y hasta qué medida según el grado de esse reproche”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. 2ª ed. Buenos Aires : Ediar, 2007, p. 507.

³⁶⁴ Segundo Alberto da Silva Franco: “(...) essa fixação da responsabilidade pessoal pelo fato-crime, que antecede a aplicação da pena criminal e que não se confunde com o anterior - e também necessário - “acertamento” da autoria, é feita no âmbito do juízo de culpabilidade, mediante a constatação de que o agente, no momento da ação ou omissão, embora dotado de capacidade, comportou-se como se comportou, realizando um fato típico penal, quando dele seria exigível, nas circunstâncias, conduta diversa. A *contrario sensu*, chega-se à conclusão de que não age culpavelmente - nem deve ser, portanto, penalmente responsabilizado pelo fato - aquele que, no momento da ação ou omissão, não poderia nas circunstâncias, ter agido de outro modo, porque, dentro do que nos é comumente revelado pela humana experiência, não lhe era exigível comportamento diverso. **A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade.** E constitui um verdadeiro princípio de Direito Penal. Quando aflora em preceitos legislativos, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito”. FRANCO, Alberto da Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, 5ª ed. São Paulo: RT, 1995, p. 195

Como limite para verificar se foi respeitada a inexigibilidade de conduta diversa³⁶⁵ e conseqüentemente a não reprovabilidade do sujeito³⁶⁶, deve-se avaliar a proporcionalidade entre a conduta do agente e a finalidade da investigação, nos termos do *caput* do artigo 13³⁶⁷ da referida lei.

Nesse diapasão, assim assevera Greco Filho:

O *caput* do art. 13 alerta para a punição dos excessos eventualmente praticados pelo agente infiltrado, se seus atos não guardarem proporcionalidade com a finalidade da investigação. A análise dessa proporcionalidade deve levar em conta as circunstâncias em que se encontra o agente. Não pode ser milimétrica ou destituída de uma visão do contexto de tomada de decisão do agente, que pode colocar em risco sua vida se não

³⁶⁵ Tratando da inexigibilidade de conduta diversa, Figueiredo Dias ensina que: “Pode acontecer, com efeito, que relativamente a certos factos se revele uma sensível desconformidade entre a sua censurabilidade externo-objectiva e a 'essência de valor' da personalidade neles plasmada, tal como resulta nomeadamente da atitude global do agente ou das suas 'intenções fundamentais' perante as exigências jurídico-penais. Verificando-se que tal desconformidade tem a sua origem numa pressão imperiosa de momentos exteriores à própria pessoa, que não encontram nesta um 'eco' favorável, antes 'estorvaram' ou 'desviaram' o cumprimento normal das suas intenções fundamentais, deverá então a culpa ser excluída por inexigibilidade de um comportamento conforme com o direito. Assume pois aqui relevo decisivo a idéia de que a ordem jurídico-penal não pode – para usar uma expressão de Eduardo Correia – 'dividir a personalidade em exigências contraditórias'. Todos estão de acordo com que a personalidade suposta pela ordem jurídica não é a do 'herói moral', mas do homem dotado de uma resistência espiritual normal. Por isso não faria sentido censurar o agente pela personalidade manifestada no facto, quando afinal ela acaba por se revelar adequada no essencial ao modelo suposto pela ordem jurídica. Ponto é que a situação exterior seja uma tal que permita afirmar que também a generalidade dos homens 'honestos' ou 'normalmente fiéis ao direito' teria provavelmente actuado da mesma maneira; e que as qualidades pessoais juridicamente relevantes manifestadas no facto não sejam, apesar disso, juridicamente censuráveis. É este, ao que continuamos crer, o exigível conduta diversa verdadeiro fundamento da inexigibilidade como causa de exclusão da culpa; e dele resulta a determinação do seu âmbito de actuação, como seguidamente se dirá mas melhor será compreendido com a exposição do regime das concretizações legalmente admitidas da inexigibilidade. Assim se compreende que o duplo critério acima assinalado – correspondência do facto àquele que seria também praticado por um 'homem fiel ao direito'; e não manifestação naquele de qualidades da personalidade juridicamente desvaliosas ou censuráveis – possa na prática, relativamente à generalidade dos casos e porque a apreciação tem sempre, como é adequado a um problema de culpa, de ser feita em concreto, unificar-se relativamente a um agente não onerado por um dever especial (...) é em definitivo à lei que pertence definir as situações relativamente às quais reconhece (seja em função do perigo, seja do bem jurídico lesado, seja do círculo de agentes que à desculpa podem remeter-se, etc.) que a pressão exterior das coisas para o facto ultrapassa a resistência que ela espera de uma personalidade 'fiel ao direito': só nessas situações deve, em princípio, reconhecer-se a exclusão da culpa por inexigibilidade.” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 2 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 608/610

³⁶⁶ A respeito da culpabilidade, Aníbal Bruno assevera: “(...) a pena pôs-se em relação com a vontade do agente, tornando-se o justo castigo do seu comportamento culpável. Já não bastava a realização prática, externa, do fato criminoso, com o seu resultado de dano ou de perigo: a esta realização externa devia corresponder um ato interno de vontade, que fizesse do agente a causa moral do resultado. Operou-se desse modo a subjetivação do conceito de crime, juntando-se um complemento psicológico ao conteúdo da ação. Daí resultou o princípio de que não há pena sem a culpabilidade, princípio que é hoje imperiosa exigência da consciência jurídica”. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. v. 1 t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 24

³⁶⁷ Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

agir na conformidade com os padrões da organização. A situação deve ser interpretada sempre de um ponto de vista favorável ao agente que se arrisca além do usual em seu dever funcional, sob pena de se inviabilizar a aceitação de quem quer que seja para o exercício dessa função. Aliás, o termo “proporcionalidade” está mal empregado. Deve ser entendido como “desnecessidade”. Serão punidos os excessos, considerando-se como tais os atos desnecessários à finalidade da investigação. A proporcionalidade exige uma comparação, que é impossível no caso, porque a finalidade da investigação não é parâmetro para o tipo de atos a serem praticados. O que se pode examinar é se o ato era necessário, ou não, para o sucesso da investigação e se era exigível conduta diversa como refere o parágrafo. Se era necessário e inexigível conduta diversa, não há excesso a considerar³⁶⁸.

Portanto, o legislador atento às características dessa técnica de investigação, passou a permitir que o agente infiltrado participe ou até mesmo pratique algumas infrações penais, *seja para mostrar lealdade e confiança nos líderes, seja para acompanhar os demais*³⁶⁹.

Caso o agente infiltrado não participe plenamente das atividades criminosas, recusando-se às diligências propostas, poderá levantar suspeitas sobre sua identidade e sobre a finalidade que o motivou a integrar o grupo criminoso.

A preservação de sua condição de infiltrado, de sua vida, de sua incolumidade física e da própria investigação, dependem dessa falsa identidade e da imersão no mundo criminoso, pois, mais cedo ou mais tarde ele será testado em alguma atividade delitiva.

Neste sentido, Isabel Oneto assevera:

(...) o agente infiltrado, durante o seu trabalho, depara-se freqüentemente com uma situação ambígua, uma vez que tem de inserir-se num meio criminoso sem poder adoptar o comportamento delituoso dos seus actores. Aliás, assinala que tal situação nem sempre é realizável, pois **é precisamente com a prática de alguns delitos que o agente infiltrado ganha a confiança dos restantes membros do grupo**³⁷⁰. (grifo nosso)

³⁶⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111,4/200 (Epub).

³⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2015, p. 177,9/243 (Epub).

³⁷⁰ ONETO, Isabel. *O agente infiltrado – contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 81.

Observe que a prática de condutas típicas é quase inevitável, apesar de haver vozes dissonantes:

Levando-se em conta que a maioria das organizações criminosas está em situação pré-mafiosa, empresarial, torna-se factível integrar-se em sua estrutura sem o cometimento obrigatório de crimes. O cometimento de crime como uma prova de fidelidade em regra, são praticadas por organizações criminosas do tipo tradicional, mafiosas ou por aqueles grupos de extrema violência. Portanto, 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 delinquir³⁷¹.

Tal posicionamento não se coaduna com a realidade, pois o agente infiltrado é submetido a todos os tipos de testes para comprovar sua fidelidade, sendo recrutado exatamente para o exercício da prática ilícita a mando da organização criminosa, que, em regra, impõe sua lei por meio de violência e ameaça^{372 373}.

³⁷¹ PACHECO, Rafael. *Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 126.

³⁷² A máfia constitui-se numa verdadeira empresa criminosa com fins lucrativos, cujos membros são recrutados por meios da iniciação ou da captação. Em regra, a máfia recorre à corrupção, à influência e à violência para obter o silêncio e a obediência de seus membros ou atingir seus objetivos econômicos.

Em todos os grupos mafiosos conhecidos, alguns elementos estão sempre presentes, como o papel central da família, o sentido da honra, a cultura da morte, a relação com o Estado e com o poder, o mito fundacional e o emprego da violência. Ainda, há regras de conduta bastante rígidas como a lealdade aos demais membros, não interferir nos interesses dos outros, não ser informante, agir sempre corretamente e sendo um homem de honra, trabalhar em equipe, ouvir e enxergar sem falar, ter classe etc. SILVA JUNIOR, Gaspar Pereira da. *Facção Criminosa*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 282,8/1699 (Epub).

³⁷³ O Primeiro Comando da Capital (PCC) é uma das organizações criminosas mais atuantes no Brasil e seu estatuto prevê que todo membro que não seguir à risca suas determinações será condenado à morte, sem perdão, o que demonstra que qualquer intenção de infiltração policial no seu seio ensejará o cometimento de delitos por parte do agente do Estado. Abaixo segue a íntegra do estatuto reproduzida fielmente pelas lideranças da organização criminosa.

“ESTATUTO DO PCC

1. Lealdade, respeito, e solidariedade acima de tudo ao Partido
2. A Luta pela liberdade, justiça e paz
3. A união da Luta contra as injustiças e a opressão dentro das prisões
4. A contribuição daqueles que estão em Liberdade com os irmãos dentro da prisão através de advogados, dinheiro, ajuda aos familiares e ação de resgate
5. O respeito e a solidariedade a todos os membros do Partido, para que não haja conflitos internos, porque aquele que causar conflito interno dentro do Partido, tentando dividir a irmandade será excluído e repudiado do Partido.
6. Jamais usar o Partido para resolver conflitos pessoais, contra pessoas de fora. Porque o ideal do Partido está acima de conflitos pessoais. Mas o Partido estará sempre Leal e solidário à todos os seus integrantes para que não venham a sofrerem nenhuma desigualdade ou injustiça em conflitos externos.

Como assevera Juan Muñoz Sanchez:

(...) ao buscar infiltrar-se no mundo da droga, o policial deve acostumar-se ao consumo e ao 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 papéis³⁷⁴.

Convencidos desta realidade é que o legislador previu a excludente de culpabilidade do artigo 13, parágrafo único, da Lei n.º 12.850/2013, entretanto, faz-se

7. *Aquele que estiver em Liberdade "bem estruturado" mas esquecer de contribuir com os irmãos que estão na cadeia, serão condenados à morte sem perdão*

8. *Os integrantes do Partido tem que dar bom exemplo à serem seguidos e por isso o Partido não admite que haja assalto, estupro e extorsão dentro do Sistema.*

9. *O partido não admite mentiras, traição, inveja, cobiça, calúnia, egoísmo, interesse pessoal, mas sim: a verdade, a fidelidade, a hombridade, solidariedade e o interesse como ao Bem de todos, porque somos um por todos e todos por um.*

10. *Todo integrante tem que respeitar a ordem e a disciplina do Partido. Cada um vai receber de acordo com aquilo que fez por merecer. A opinião de Todos será ouvida e respeitada, mas a decisão final será dos fundadores do Partido.*

11. *O Primeiro Comando da Capital PCC fundado no ano de 1993, numa luta descomunal e incansável contra a opressão e as injustiças do Campo de concentração "anexo" à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, tem como tema absoluto a "Liberdade, a Justiça e Paz".*

12. *O partido não admite rivalidades internas, disputa do poder na Liderança do Comando, pois cada integrante do Comando sabe a função que lhe compete de acordo com sua capacidade para exercê-la.*

13. *Temos que permanecer unidos e organizados para evitarmos que ocorra novamente um massacre semelhante ou pior ao ocorrido na Casa de Detenção em 02 de outubro de 1992, onde 11 presos foram covardemente assassinados, massacre este que jamais será esquecido na consciência da sociedade brasileira. Porque nós do Comando vamos mudar a prática carcerária, desumana, cheia de injustiças, opressão, torturas, massacres nas prisões.*

14. *A prioridade do Comando no montante é pressionar o Governador do Estado à desativar aquele Campo de Concentração "anexo" à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, de onde surgiu a semente e as raízes do comando, no meio de tantas lutas inglórias e a tantos sofrimentos atroz.*

16. *Partindo do Comando Central da Capital do KG do Estado, as diretrizes de ações organizadas simultâneas em todos os estabelecimentos penais do Estado, numa guerra sem trégua, sem fronteira, até a vitória final.*

17. *O importante de tudo é que ninguém nos deterá nesta luta porque a semente do Comando se espalhou por todos os Sistemas Penitenciários do estado e conseguimos nos estruturar também do lado de fora, com muitos sacrifícios e muitas perdas irreparáveis, mas nos consolidamos à nível estadual e à médio e longo prazo nos consolidaremos à nível nacional. Em coligação com o Comando Vermelho - CV e PCC iremos revolucionar o país dentro das prisões e nosso braço armado será o Terror "dos Poderosos" opressores e tiranos que usam o Anexo de Taubaté e o Bangu I do Rio de Janeiro como instrumento de vingança da sociedade na fabricação de monstros.*

Conhecemos nossa força e a força de nossos inimigos Poderosos, mas estamos preparados, unidos e um povo unido jamais será vencido.

LIBERDADE! JUSTIÇA! E PAZ!

O Quartel General do PCC, Primeiro Comando da Capital, em coligação com Comando Vermelho CV UNIDOS VENCEREMOS". Estatuto do PCC prevê rebeliões integradas. Folha online. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u22521.shtml> Acesso em: 11. Jul. 2015.

³⁷⁴ MUÑOZ SANCHEZ, Juan. *El agente provocador*. Valência: Tirant lo Blanch, 1995 apud SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 97.

necessário buscar um ponto de equilíbrio a fim de evitar que o agente infiltrado cometa ações criminosas mais gravosas que a própria organização criminosa³⁷⁵.

4.7 DOS DIREITOS DO AGENTE INFILTRADO

O artigo 14 da Lei n.º 12.850/13³⁷⁶ prevê como direitos do agente infiltrado que ele poderá, *sponte sua*, recusar a ordem do seu superior hierárquico ou fazer cessar a atuação infiltrada, quando entender imperioso ou conveniente³⁷⁷.

A voluntariedade é um ponto essencial do desempenho do agente infiltrado, sendo que qualquer desequilíbrio emocional pode comprometer todo o trabalho desenvolvido e programado, colocando-o em risco sem precedentes³⁷⁸.

Como forma de ampará-lo, os incisos II, III e IV do art. 14, preveem a possibilidade de que o agente infiltrado tenha a sua identidade alterada e receba

³⁷⁵ 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 quaisquer infrações penais, que até eventualmente podem ser mais gravosas que aquelas cometidas pela organização criminosa. SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 97.

³⁷⁶ Art. 14. São direitos do agente: I – recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada; 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; III – ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário; IV – não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

³⁷⁷ O primeiro dos direitos do agente tem natureza administrativa. Significa que o agente policial não tem o dever de aceitar como ordem do superior hierárquico, não podendo ser punido, direta ou indiretamente, se recusar a incumbência. O mesmo se desejar interromper a sua participação. Neste caso, ou seja, ainda que haja a interrupção por sua vontade, continua ele com os demais direitos de preservação e alteração de sua identidade e de usufruir de medidas de proteção. **A recusa ou a desistência não precisam ser motivadas, tratando-se de ato livre de vontade do agente.** (grifo nosso). GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115,0/200 (Epub).

³⁷⁸ (...) o agente pode recusar ou fazer cessar a infiltração. Para isso, evidentemente, é necessário, no primeiro caso, uma ordem ou pedido. Só se pode recusar algo solicitado ou ordenado previamente. No segundo caso, é preciso que a infiltração esteja em curso e o agente deseje abandoná-la. Em qualquer caso, não se parte propriamente de uma voluntariedade. Pode ser voluntária apenas a recusa em participar ou seguir participando. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 410,2/688 (Epub).

outras medidas protetivas para evitar uma ação mais contundente de represália por parte da organização criminosa³⁷⁹.

Tais medidas podem ser estendidas aos seus familiares, que certamente estão expostos a riscos em razão da atuação do agente infiltrado³⁸⁰.

Portanto, faz-se necessária a implementação de uma estrutura logística correspondente à tarefa desempenhada e à excepcionalidade da medida.

4.8 O AGENTE INFILTRADO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Indubitável que a infiltração de agentes é um meio extremamente invasivo e agressivo aos direitos e garantias fundamentais. Entretanto, como explica Manuel Valente, devido a complexidade societária e as novas tipologias criminógenas, geradoras de novos tipos legais de crime, tem-se legitimado a admissibilidade de meios de intrusão na esfera nuclear privada dos seres humanos³⁸¹.

³⁷⁹ Nada se menciona sobre se a alteração de identidade deva ser prévia ou posterior à realização da infiltração. Tampouco se menciona em que consiste esta alteração de identidade, se se trata apenas de fornecimento de novos documentos de identificação, da criação de um novo perfil de atividades cotidianas ou até mesmo se inclui a possibilidade de alterações fisionômicas por via cirúrgica.

Outrossim, menciona-se expressamente a aplicação, no que seja pertinente, do disposto no art. 9º da Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999, que é a chamada lei de proteção às testemunhas, bem como o usufruto das medidas de proteção concedidas àquelas, que são as medidas dispostas pelo art. 7º da mencionada lei. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 411,3/688 (Epub).

³⁸⁰ Em princípio, como carta de intenções, a disposição do inciso II é válida, porquanto torna possível uma série de providências em favor do agente infiltrado e sua família, tais como a alteração do próprio nome completo e dos filhos menores, a determinação aos órgãos competentes para o fornecimento dos documentos decorrentes da alteração, facultado solicitar ao juiz o retorno à situação anterior, ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito, até segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações, escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos, transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção e até mesmo ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, caso impossibilitado de desenvolver trabalho regular, suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar, apoio e assistência social, médica e psicológica e apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 412,8/688 (Epub).

³⁸¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior*. Boletim 274 IBCCrim. São Paulo, Set. 2015.

Por isso, é imperioso compatibilizar esta técnica investigativa com as garantias constitucionais previstas na Constituição da República, fazendo com que o impacto da restrição dos direitos fundamentais, uma vez necessário, seja o menor possível, reduzindo ao mínimo seus efeitos.

Como bem adverte Mata-Mouros, para o emprego de meios excepcionais, faz-se necessária a observância de cautelas excepcionais³⁸².

A própria dinâmica das organizações criminosas, pressionam o legislador pela criação de medidas mais eficazes de prevenção e repressão, afinal o poder de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar, no sentido de assegurar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais (Untermassverbot)³⁸³.

Destarte, é natural que quanto mais se criam medidas para o enfrentamento da criminalidade, mais os direitos individuais restam agredidos, e vice-versa³⁸⁴.

O que se deve atentar, é que dentro deste processo de criação, o legislador deve se preocupar tanto com uma eficiente persecução criminal, quanto com uma eficiente atuação das normas de garantia³⁸⁵.

Nessa perspectiva, Scarance Fernandes afirma:

(...) é dotado de eficiência o ordenamento formado por regras que permitam equilíbrio entre o interesse do Estado em punir autores de infrações penais e o interesse do acusado em se defender plenamente. Em outras palavras, o equilíbrio entre a exigência de assegurar ao investigado, ao acusado e ao condenado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade de proporcionar aos órgãos de Estado encarregados da persecução penal mecanismos para uma atuação positiva. Não se deve pender para os extremos de um hipergarantismo ou de uma repressão a todo custo³⁸⁶.

³⁸² MATA-MOUROS, Fátima. *O agente infiltrado*. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, v. 22, n. 85, jan.-mar./2001, p. 109.

³⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 642,6/4759 Epub.

³⁸⁴ JOSÉ, Maria Jamile. *A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010. p. 129.

³⁸⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 10.

³⁸⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 10

Ou seja, de um lado, trabalha-se com a noção de que os direitos fundamentais não podem ser tidos como dogmas absolutos, a ponto de impedirem que qualquer ato persecutório restritivo de direito fundamental seja vedado³⁸⁷, de outro, será eficiente o meio de investigação de prova que permitir a repressão ao crime organizado mantendo o respeito ao núcleo essencial dessas garantias³⁸⁸.

Há necessidade, portanto, de estabelecer um equilíbrio entre a repressão penal e as liberdades dos cidadãos, sendo o princípio da proporcionalidade o mais evocado entre os doutrinadores para tal mister.

Sua importância consiste na construção teórica de que a limitação da liberdade individual se justifica apenas para a concretização de interesses coletivos superiores³⁸⁹.

Segundo Gilmar Mendes, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, não se deve indagar apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas deve atentar sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade³⁹⁰.

Com isso, permite-se converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), o qual, por sua vez, pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)³⁹¹.

Na lição de Suzana de Toledo Barros:

³⁸⁷ MORAES, Maurício Zanóide de. *Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira*. In: *Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 32.

³⁸⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 11

³⁸⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 54.

³⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 665,8/4759 Epub.

³⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 665,8/4759 Epub.

(...) o princípio da proporcionalidade, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes³⁹².

Nesse sentido, Maurício Zanóide de Moraes ao tratar especificamente sobre o âmbito da persecução penal, ambiente onde os conflitos surgem do entrecchoque entre os direitos fundamentais (individuais) e o interesse persecutório (estatal), aduz que a proporcionalidade interfere para determinar quanto aqueles direitos podem ceder, sem que essa compressão signifique sua supressão³⁹³.

Observa-se, portanto, que para se restringir direitos fundamentais é necessário que o ato atravesse por alguns filtros capazes de lhe conferir uma legitimidade constitucional. Qualquer ato contrário ao *princípio da reserva legal proporcional*, como denominado por Gilmar Ferreira Mendes, representa um ato ilegal, maculado pelo abuso de poder.

O primeiro filtro ou pressuposto é o da *legalidade* onde um direito individual não pode ser restrito sem a existência de prévia lei, elaborada por órgão constitucionalmente competente, imposta e interpretada de forma estrita³⁹⁴.

Desta forma, o uso da técnica do agente infiltrado ou qualquer outra medida investigativa somente será possível se houver previsão legal expressa, dentro dos limites impostos pelo legislador, pois, o princípio da legalidade dos atos e das formas procedimentais deve ser cumprido em sua plenitude.³⁹⁵

³⁹² BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 100.

³⁹³ MORAES, Maurício Zanóide de. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: *Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 32.

³⁹⁴ SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 56.

³⁹⁵ DOTTE, René Ariel. *A autoridade policial na Lei n. 9.099/95*. Boletim IBCCrim. São Paulo, IBCCrim, 41/5, maio 1996.

Além disso, o instrumento legal deve respeitar o subprincípio da *adequação* (Geeignetheit) que exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos³⁹⁶.

Consoante Wilson Antônio Steinmetz, o juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identificam-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental³⁹⁷.

Em outras palavras, devemos verificar se a medida é apta, útil e apropriada a fim de atingir a finalidade perseguida, sendo considerada adequada se, por meio dela, conseguirmos atingir o que almejamos.

Além da análise da adequação, deve-se respeitar o subprincípio da *necessidade* (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) que significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos³⁹⁸.

Tratando do subprincípio da *necessidade* ou da *exigibilidade*, Francisco Fernandes de Araújo ensina que o meio é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio igualmente eficaz, mas com menor grau restritivo ao direito fundamental envolvido³⁹⁹.

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa⁴⁰⁰.

Assim sendo, será necessária a medida que causar o menor prejuízo possível, ou seja, a técnica do agente infiltrado somente será admitida se não houver nenhuma outra menos gravosa ou apta para alcançar o fim colimado.

Sobre o assunto, vejamos o posicionamento de Manuel Valente:

³⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 666,7/4759 Epub.

³⁹⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.

³⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 666,8/4759 Epub.

³⁹⁹ ARAUJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da Proporcionalidade – Significado e Aplicação Prática*. Campinas: Copola, 2002, p. 57.

⁴⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 666,8/4759 Epub

O recurso a esta técnica de investigação só é de admitir no limite, ou seja, (...) quando a inteligência dos agentes de justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a actividade dos criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à justiça criminal cabe tutelar, e esgotados que estejam os restantes meios de investigação criminal⁴⁰¹.

Outro subprincípio a ser contemplado é o da *proporcionalidade em sentido estrito*, o qual é explicado por Steinmetz, citando Canotilho, aduzindo que os meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, como objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim⁴⁰².

Não é diferente o ensinamento de Gilmar Mendes que assevera:

De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito)⁴⁰³.

No caso específico da infiltração de agentes, Neistein declara:

(...) além de se verificar a adequação e a necessidade da medida, observadas em cada caso concreto, é preciso observar se a inclinação da balança a favor dos interesses da sociedade se justifica, em face da gravidade do crime, da duração da infiltração, das faculdades concedidas ao agente e do destino a ser dado às informações obtidas. Somente após detida análise, que somente será possível com a estrita observância das regras legais que expressamente tratarem do tema, poder-se-á dizer se a medida é proporcional e, em sendo, ser judicialmente autorizada a utilização do agente infiltrado⁴⁰⁴.

Portanto, os valores que são sacrificados pela atuação dos agentes não podem ser mais importantes do que aqueles que os que se busca proteger com a medida.

⁴⁰¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; ALVES, Manuel João; e GONÇALVES, Fernando. *O novo regime jurídico do agente infiltrado*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 39.

⁴⁰² STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 152.

⁴⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 668,0/4759 Epub

⁴⁰⁴ NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação*. *Dissertação de mestrado*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006. p.91-92.

Além disso, deve-se observar o pressuposto material da *justificação teleológica*, conforme afirma Maurício Zanóide de Moraes:

(...) sendo a proporcionalidade um juízo de ponderação entre o meio a ser utilizado e o fim a ser atingido, a justificação teleológica visa introduzir nessa análise de meio-fim exatamente essa última parcela, qual seja, o fim. Nesse pressuposto, cabe analisar se o fim almejado é constitucionalmente legítimo e se possui relevância social. Esse 'fim' almejado, se socialmente relevante e constitucional, é que servirá de parâmetro para o estudo de todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos da proporcionalidade⁴⁰⁵.

Ou seja, se o fim pretendido estiver vedado pela Constituição ou não se mostrar socialmente relevante, o pressuposto não estará atendido e adentraremos no campo do abuso de poder.

Por fim, é necessário que as medidas restritivas sejam impostas por juiz competente, mediante decisão motivada⁴⁰⁶.

Juiz competente é o juiz constitucional ou legalmente previsto para conhecer e julgar determinado tipo de litígio⁴⁰⁷.

Nesse sentido, leciona Tucci que:

(...) incidente ao processo penal a máxima *tempus criminis regit iudicem*, deve prevalecer, para o conhecimento e julgamento das causas criminais, a organização judiciária preexistente à prática da infração penal; equivalendo, conseqüentemente, à concepção de juiz natural as de juiz legal e de juiz competente⁴⁰⁸.

Já com relação a fundamentação das decisões, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus n.º 68.530 - SÃO PAULO, da relatoria do Ministro Celso de Mello, consignou que o artigo 93, IX, de nossa Lei Fundamental, impõe a qualquer

⁴⁰⁵ MORAES, Maurício Zanóide de. *Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira*. In: *Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 34.

⁴⁰⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57

⁴⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 149.

⁴⁰⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 122.

juiz ou tribunal, no julgamento de qualquer causa em sede jurisdicional, o dever jurídico de fundamentar as respectivas decisões.

E asseverou que:

A indisponibilidade desse princípio de ordem pública tem sido proclamada por esta Corte, que se não tem furtado a tornar efetiva a sanção constitucional impositiva: o reconhecimento da nulidade do próprio ato jurisdicional. Nesse sentido, cf. decisão da 1ª Turma, no HC n. 68.422-0-DF de que fui relator, julgado em 19.2.91, assim ementada:

(...) A exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui, hoje, postulado constitucional inafastável, que traduz, em sua concepção básica, poderoso fator de limitação do próprio poder estatal, além de constituir instrumento essencial de respeito e proteção às liberdades públicas. Atos jurisdicionais, que descumpram a obrigação constitucional de adequada motivação decisória, são atos estatais nulos. (...)⁴⁰⁹. (grifo nosso)

O Supremo ainda consignou que o ordenamento jurídico brasileiro, ao injungir a exigência de fundamentação das decisões judiciais, refletiu, em favor dos cidadãos e de todos os indivíduos, uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, e impôs, como natural derivação desse dever, um fator de clara limitação dos poderes deferidos a magistrados e Tribunais.

Nesse sentido, Neistein declara:

(...) afigura-se imprescindível a expedição de uma decisão judicial autorizadora da utilização do agente infiltrado, motivadamente, sobretudo no que se refere ao preenchimento de seus requisitos, em atenção às garantias do devido processo legal⁴¹⁰.

Uma vez realizada a análise da infiltração do agente policial à luz da legislação nacional e dos princípios constitucionais, no próximo capítulo, serão feitas algumas considerações sobre o agente infiltrado em Portugal.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HABEAS CORPUS n.º 68530/DF. Impetrante: JESUS ARANHA, Paciente: JESUS ARANHA. Relator: CELSO DE MELLO. 05 de março de 1991. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+68530%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+68530%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6dcq8f>> Acesso em: 22 de set. 2015.

⁴¹⁰ NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação. Dissertação de mestrado*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006. p. 86.

4.9 CONSIDERAÇÕES SOBRE O AGENTE INFILTRADO EM PORTUGAL.

Assim como no Brasil, a utilização da técnica do agente infiltrado - ou “agente encoberto”⁴¹¹ - é admitido em Portugal e em muitos outros ordenamentos jurídicos pelo mundo⁴¹², apresentando, como características comuns entre Brasil e Portugal, o fato de se tratar de um “meio excepcional de investigação”⁴¹³, de requerer autorização judicial⁴¹⁴ ⁴¹⁵, de não se confundir com o agente provocador⁴¹⁶, de apresentar uma tendência restritiva em busca de maior eficiência penal em detrimento dos direitos daqueles que participam de organizações criminosas⁴¹⁷, dentre outras como se observará a seguir.

Segundo Manuel Valente:

O agente infiltrado, como técnica excepcional de investigação criminal, quer por razões de ordem moral e ética, quer por razões de segurança do próprio

⁴¹¹ Como visto alhures: “O legislador português utilizou a expressão agente encoberto em detrimento da expressão agente infiltrado.” SOUZA, Luiz Roberto Salles. *A infiltração de agente como técnica de investigação criminal*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 518,5/1699 (Epub).

⁴¹² Exemplos de outros países que preveem essa técnica de investigação: Alemanha, Argentina, Espanha, Estados Unidos da América e França.

⁴¹³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. 3 ed. Coimbra: Almedina S.A, 2012. p. 471.

⁴¹⁴ O recurso ao agente infiltrado depende de *prévia autorização da autoridade judiciária* competente, Ministério Público ou JIC, consoante os casos, nos termos dos n.º 3 a 5 do presente preceito legal. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. 3 ed. Coimbra: Almedina S.A, 2012. p. 500.

⁴¹⁵ Em Portugal, prevê o art. 3º, n.º 3, da Lei n.º 101/01 que a ação infiltrada no âmbito do inquérito depende de autorização do “magistrado” do Ministério Público, que comunicará obrigatoriamente o juiz de instrução. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; ALVES, Manuel João; e GONÇALVES, Fernando. *O novo regime jurídico do agente infiltrado*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 82

⁴¹⁶ (...) o agente provocador pretende submeter outrem a um processo penal e, em última instância, a uma pena, actuando consequentemente com vontade e intenção de, através do seu comportamento, determinar outra pessoa à prática do crime, agindo com dolo ao determinar outra pessoa à prática de um crime, ele age, também, com dolo relativamente à realização do crime. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, ALVES, Manuel João ALVES e GONÇALVES Fernando. *Lei e Crime – O agente infiltrado versus o agente provocador: Os princípios do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 256.

⁴¹⁷ 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. ANDRADE, J. C. Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2 ed. Editora Livraria Almedina, 1983. p. 213.

infiltrado, somente, e repetimos somente, deve ser usado quando todos os outros meios de obtenção de prova não forem suficientemente capazes e eficazes para a descoberta da verdade e obtenção de prova⁴¹⁸.

É possível afirmar que a legislação portuguesa em matéria de meios de investigação de prova específicos é bastante avançada e equilibrada, buscando a eficácia sem restrição exagerada e sem descuidar da observância às normas de garantia^{419 420}.

A principal lei vigente em Portugal que trata do assunto é a Lei n.º 101/2005, de 25 de Agosto, que estabelece o *Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal (RJAEPIC)*.^{421 422}

Conforme dispõe o artigo 1º, n.º 1, do referido diploma legal, a infiltração de agentes tem por finalidade não apenas a investigação daqueles crimes que estão em curso, mas também, objetiva a **prevenção criminal**, a fim de evitar que futuros delitos ocorram⁴²³. Trata-se de uma previsão extremamente pertinente, haja vista que o papel

⁴¹⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. 3 ed. Coimbra: Almedina S.A, 2012. p. 473.

⁴¹⁹ GEMAQUE, Silvio César Arouck; RUSSO, Luciana. *Crime organizado em Portugal*. In: *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 280-281. *apud* JOSÉ, Maria Jamile. *A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010. p. 156.

⁴²⁰ (...) com muita propriedade, a Constituição portuguesa, ao disciplinar a atividade de produção legislativa, foi expressa na adoção do princípio, desde que cumuladas quatro condições: (a) que a restrição esteja expressamente admitida na Constituição; (b) que vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido; (c) que seja apta para a finalidade e se limite à medida necessária para alcançar esse objetivo; (d) que não atinja o núcleo essencial do direito em causa (art. 18, n.º 2 e 3). SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 47.

⁴²¹ Esta técnica especial de investigação aparece pela primeira vez no ordenamento jurídico português no Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, no âmbito da prevenção e repressão do consumo e tráfico de drogas (Lei da Droga). MENDES, Márcio Hugo Costa. *Agente Infiltrado Contributos para a delimitação material de atribuições e competências*. Instituto Superior de Ciências Policiais. 2011. p. 17.

⁴²² (...) o termo infiltrado foi utilizado pela primeira vez no ordenamento jurídico, na epígrafe do artigo 59.º-A (Protecção de funcionário e de terceiro) aditada pela Lei n.º45/96, de 3 de Setembro. Esta lei dilatou consideravelmente a actuação do agente infiltrado. Este diploma tem duas alterações patentes: 1) pela primeira vez utiliza o termo infiltrado; 2) admite pela primeira vez a utilização do terceiro, esta figura pode-se tratar de um cidadão ou um membro de outras forças e serviços de segurança (...). MENDES, Márcio Hugo Costa. *Agente Infiltrado Contributos para a delimitação material de atribuições e competências*. Instituto Superior de Ciências Policiais. 2011. p. 15.

⁴²³ O RJAEPIC, nos termos do n.º 1 do art. 1º, tem como finalidade a *prevenção e a investigação criminal*. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. 3 ed. Coimbra: Almedina S.A, 2012. p. 482.

da polícia é repressivo e preventivo⁴²⁴, objetivando a defesa do Estado de Direito, a segurança pública e os direitos dos cidadãos^{425 426}.

Outro aspecto interessante a ser ressaltado, é que esta técnica especial de investigação não pode ser utilizada para a apuração de todos os delitos, pelo contrário, o art. 2º da RJAEPIC elenca, **taxativamente**⁴²⁷, os crimes em que é possível a

⁴²⁴ A função de prevenção criminal, atribuída à Polícia, está consagrada no n.º 3 do art. 272º da CRP, que consagra que “a **prevenção dos crimes**, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se **com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos**”. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. 3 ed. Coimbra: Almedina S.A, 2012. p. 483.

⁴²⁵ Em Portugal, há a Polícia de Segurança Pública, força de segurança portuguesa com as missões de defesa da legalidade democrática, de garantia da segurança interna e de defesa dos direitos dos cidadãos. Embora tenha outras funções, tal polícia é sobretudo conhecida por tratar-se da força de segurança responsável pelo policiamento fardado e ostensivo nas grandes áreas urbanas de Portugal, estando o policiamento das áreas rurais reservado normalmente à Guarda Nacional Republicana. Atua em várias áreas funcionais, e como Polícia Preventiva, incluindo a prevenção da criminalidade geral e organizada, prevenção do terrorismo, garantia da segurança de pessoas e bens, ao nível da pequena criminalidade, em áreas que não estejam reservadas à Polícia Judiciária. CURY, Rogério. *Procedimento investigatório e de produção de provas*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 612,6/1699 (Epub).

⁴²⁶ Para Canotilho e Vital Moreira os cidadãos “não são apenas um limite da actividade da polícia (...); constituem também um dos próprios fins dessa função”. CANOTILHO, Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 859.

⁴²⁷ Artigo 2.º (Âmbito de aplicação)

“As acções encobertas são admissíveis no âmbito da prevenção e repressão dos seguintes crimes:

- a) Homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido;
- b) Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes;
- c) Relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados;
- d) Escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns;
- e) Organizações terroristas e terrorismo;
- f) Captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão;
- g) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas;
- h) Roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios;
- i) Associações criminosas;
- j) Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas;
- l) Branqueamento de capitais, outros bens ou produtos;
- m) Corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências;
- n) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção;
- o) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática;
- p) Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional;
- q) Contrafacção de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem;
- r) Relativos ao mercado de valores mobiliários”.

utilização do agente infiltrado⁴²⁸, sem olvidar à observância dos *princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito*⁴²⁹.

Não há necessidade de que o agente infiltrado seja policial, diferentemente do que ocorre no Brasil, devendo apenas atuar sob o controle da Polícia Judiciária do país, nos termos do artigo 1º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001:

Artigo 1º. 2- Consideram-se acções encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Política Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade.

Nesse sentido, ensinam Manuel Valente e Isabel Oneto:

Agente infiltrado é, pois, o funcionário de investigação criminal ou terceiro – p. e., o cidadão particular ou um elemento de outra força ou serviço de segurança, que actue sob o controlo da Polícia Judiciária – que, com ocultação da sua qualidade e identidade e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito, ou suspeitos, ganha sua confiança pessoal e (quantas vezes) a familiar, para melhor o observar, em ordem a obter informações relativas às actividades criminosas de que é suspeito e provas – reais e pessoais – contra ele(s), com as finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, sem contudo, o(s) determinar à prática de novos crimes.⁴³⁰ (grifo nosso)

Do confronto entre os dois regimes verifica-se que, por um lado, só a Polícia Judiciária pode assumir a direcção de acções encobertas, por força do artigo 1º, n.º 2, do Regime Jurídico das Acções Encobertas, **admitindo-se, contudo, que qualquer um – agente policial ou terceiro – a possa integrar. Não faria sentido que um terceiro, estranho a qualquer força policial, pudesse ser agente infiltrado, negando-se essa possibilidade a um agente de outra força policial que não a Polícia Judiciária.**⁴³¹ (grifo nosso)

⁴²⁸ O recurso à acção encoberta exige, em nosso entender, a verificação de dois pressupostos: em primeiro lugar, a existência de *sérios indícios* de que um dos crimes do catálogo foi cometido ou está em vias de ser consumado; em segundo lugar, quando os indícios revelem igualmente que a sua comissão se enquadra no âmbito de *terrorismo ou criminalidade grave ou altamente violenta*, de acordo com o fundamento teleológico do seu regime jurídico, traçado por opções de política criminal face às consequências da globalização do fenómeno criminal. ONETO, Isabel. *O agente infiltrado – contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 187

⁴²⁹ ONETO, Isabel. *O agente infiltrado – contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 151.

⁴³⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. 3 ed. Coimbra: Almedina S.A, 2012. p. 478.

⁴³¹ ONETO, Isabel. *O agente infiltrado – contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 142

A participação de terceiro como agente infiltrado suscita muita polêmica em Portugal, mormente pelo fato de a lei não delimitar quem pode ser considerado “terceiro” e outros aspectos relevantes:

Se a utilização do agente infiltrado levanta alguns problemas no que se refere à restrição dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, mesmo sendo polícias a desempenhar a função, maior dificuldade existe em aceitar a sua utilização quando desempenhada por um terceiro, uma vez que o mesmo pode ter “interesses directos quanto ao crime a investigar, o que lhe proporciona um melhor controlo das operações da Polícia”

A própria lei não clarifica sob a pessoa que pode ser terceiro, não dá indicações sobre a forma de controlo exercido pela PJ, nem sobre o modo como esse o agente da PJ é controlado.

Segundo GUEDES VALENTE existem muitas dúvidas quanto ao controlo do agente infiltrado, sendo acrescidas quando se dá o caso do agente ser um terceiro que não é polícia, uma vez que, na legislação, não delimitou a qualidade do terceiro, mas somente se assinalou a necessidade de se “p. e., proibir que sejam infiltrados indivíduos a cumprir pena de prisão, proibir que sejam infiltrados indivíduos que estão sob investigação”.

(...) é possível confirmar que Portugal é o único país onde um comum cidadão pode desempenhar o papel de agente infiltrado. Levando isto em consideração, consideramos que saiu revigorada a ideia de que a utilização de terceiros “levanta problemas éticos e jurídicos”⁴³². (grifo nosso)

Além disso, a lei portuguesa não fixa um prazo de duração da infiltração como ocorre no Brasil, apenas norteia os operadores do direito que o pedido e eventual deferimento deve seguir critérios de **adequação** e de **proporcionalidade**^{433 434}:

⁴³²MENDES, Márcio Hugo Costa. *Agente Infiltrado Contributos para a delimitação material de atribuições e competências*. Instituto Superior de Ciências Policiais. 2011. p. 26/27.

⁴³³ Ainda a lei portuguesa não fez referência ao período de duração da atuação infiltrada, deixando tal decisão a critério do Ministério Público e do juiz; contudo, para orientá-los, prevê que “as ações encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta do material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação” (art. 3º, n.º 1, da Lei n.º 101/01). SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 96.

⁴³⁴ Quanto aos requisitos, intrínsecos à própria operação, haverá que observar, por um lado, a sua adequação aos fins da prevenção e repressão criminais identificados em concreto, sendo que, entre estes fins está a descoberta de material probatório; por outro lado, a acção encoberta deve ser proporcional à finalidade a que se propõe e também à gravidade do crime em investigação, nos termos do art. 3º, n.º 1, do respectivo regime jurídico. Do que resulta, de forma inequívoca, serem estes requisitos cumulativos.

O princípio da adequação decorre do princípio da proporcionalidade em sentido amplo e traduz-se na exigência de que os meios utilizados sejam aptos a atingir os fins. (...). Nesse sentido, a adequação do meio é indissociável da sua necessidade, pois que o meio poderá ser adequado, mas desnecessário.

Artigo 3º. 1 – As acções encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação.

Ainda, a Lei n.º 101/2001 autoriza a prática de delitos por parte do agente no decorrer da infiltração, nos termos de seu artigo 6º:

Artigo 6º. 1 – **Não é punível a conduta do agente encoberto** que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção e da autoria mediata, sempre que guarde a devia proporcionalidade com a finalidade da mesma.

2 – Se for instaurado procedimento criminal por acto ou actos praticados ao abrigo do disposto na presente lei, a autoridade judiciária competente deve, logo que tenha conhecimento de tal facto, requerer informação à autoridade judiciária que emitiu a autorização a que se refere o n. 3 do artigo 3º. (grifo nosso)

Portanto, o agente não será considerado culpado pela prática de atos preparatórios e/ou de execução caso sejam necessários e guardem proporcionalidade com o fim da diligência. Neste contexto, resta inadmissível a provocação do delito, sob pena de invalidação da prova^{435 436}.

Da mesma forma que, ainda que adequado e necessário, o meio escolhido pode manifestar-se desproporcional à gravidade do crime em investigação.

O princípio da necessidade impõe que os restantes métodos de investigação se revelem, de todo, ineficazes. ONETO, Isabel. *O agente infiltrado – contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 187

⁴³⁵ (...) não é tolerável que o infiltrado adopte uma conduta de impulso ou instigação dessa atividade, sob pena de se converter num verdadeiro agente provocador. Em suma, não pode o agente infiltrado, ou agente investigador, como também é designado, determinar a prática do crime. A sua atividade não pode ser formativa do crime, mas apenas informativa em co-participação com os demais integrantes da organização criminosa em que ele encontra-se infiltrado, desde que tal atuação não corresponda à instigação criminosa nem à autoria mediata do delito, e desde que guarde uma relação de proporcionalidade com a finalidade da infiltração. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, ALVES, Manuel João ALVES e GONÇALVES Fernando. *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 38.

⁴³⁶ O Tribunal Constitucional português decidiu: “o que verdadeiramente importa, para assegurar essa legitimidade – da intervenção do agente infiltrado – é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e acolher informações a respeito das atividades criminosas de que ele é suspeito. E, bem assim, que a intervenção do agente infiltrado seja autorizada previamente ou posteriormente ratificada pela competente autoridade judiciária.” SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99/100.

Segundo a doutrina:

(...) o artigo 6º, n.º 1, do Regime Jurídico das Acções Encobertas amplia o catálogo de crimes cuja investigação admite uma acção encoberta, ao mesmo tempo que isenta o agente infiltrado de responsabilidade penal por actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de participação diversa da investigação e da autoria mediata, desde que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da acção encoberta⁴³⁷.

E ainda, a legislação portuguesa, com fulcro em acordo, tratado ou convenção internacional e observância do princípio da reciprocidade, admite a atuação de agentes infiltrados oriundos de outros Estados conforme se depreende do artigo 160-B, 1 a 3, da Lei de Cooperação Judiciária:

Artigo 160.º-B.

1 - Os funcionários de investigação criminal **de outros Estados podem desenvolver acções encobertas em Portugal**, com estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal portugueses e nos demais termos da legislação aplicável.

2 - A actuação referida no número anterior **depende de pedido baseado em acordo, tratado ou convenção internacional e da observância do princípio da reciprocidade.**

3 - A autoridade judicial competente para a autorização é o juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal, sob proposta do magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP). (grifo nosso)

Trata-se de uma medida vanguardista do legislador português que demonstrou conhecimento das necessidades inerentes à investigação de alguns crimes transnacionais⁴³⁸.

Na opinião de Manuel Valente, *et al*:

⁴³⁷ ONETO, Isabel. *O agente infiltrado – contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 177

⁴³⁸ (...) o legislador português, em atitude vanguardista, e procurando acompanhar as diferentes necessidades da investigação criminal perante o crime organizado de natureza transnacional, permitiu a actuação em Portugal de agentes infiltrados oriundos de outros Estados, sendo-lhes atribuídos os mesmos estatutos que aos agentes infiltrados nacionais. MENDES, Márcio Hugo Costa. *Agente Infiltrado Contributos para a delimitação material de atribuições e competências*. Instituto Superior de Ciências Policiais. 2011. p. 36.

(...) a ampliação do âmbito de aplicação do agente infiltrado não é mais do que ajustar a lei aos tempos, sendo incompreensível que uma técnica de natureza excepcional não fosse permitida por lei para a investigação de crimes contra a vida humana.⁴³⁹

A título de proteção do agente encoberto, a legislação portuguesa diz que ninguém está obrigado a participar de uma ação desta⁴⁴⁰, exigindo-se, portanto, a voluntariedade do agente na infiltração, além de poder adotar uma identidade fictícia⁴⁴¹.

Esses são os principais aspectos legais do agente infiltrado português, que apresenta algumas diferenças do modelo brasileiro como visto ao longo da explanação, entretanto, podemos asseverar que comungamos com o entendimento de AUGUSTO MEIREIS quando transmite a ideia de que as fórmulas tradicionais do direito e os mecanismos até agora usados para prevenir e solucionar os conflitos são inadequadas e pouco satisfatórias⁴⁴², sendo, portanto, imprescindível a evolução legislativa brasileira ou portuguesa de forma a apostar em soluções mais modernas, a exemplo da técnica especial de investigação do agente infiltrado, para obtenção de resultados mais concretos e eficazes frente a criminalidade do século XXI.

⁴³⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, ALVES, Manuel João ALVES e GONÇALVES Fernando. *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 48.

⁴⁴⁰ Art. 3.º, n.º 2. “Ninguém pode ser obrigado a participar numa acção encoberta”.

⁴⁴¹ O Art. 5.º trata da identidade fictícia: 1 - Para o efeito do n.º 2 do artigo 1.º, os agentes da polícia criminal podem actuar sob identidade fictícia. 2 - A identidade fictícia é atribuída por despacho do Ministro da Justiça, mediante proposta do director nacional da Polícia Judiciária. 3 - A identidade referida no número anterior é válida por um período de seis meses prorrogáveis por períodos de igual duração, ficando o funcionário de investigação criminal a quem a mesma for atribuída autorizado a, durante aquele período, actuar sob a identidade fictícia, quer no exercício da concreta investigação quer genericamente em todas as circunstâncias do tráfico jurídico e social. 4 - O despacho que atribui a identidade fictícia é classificado de secreto e deve incluir a referência à verdadeira identidade do agente encoberto. 5 - Compete à Polícia Judiciária gerir e promover a actualização das identidade fictícias outorgadas nos termos dos números anteriores.

⁴⁴² (...) as fórmulas tradicionais do direito, os mecanismos até agora usados para prevenir e solucionar os conflitos, a forma como nos habituamos a fazer a investigação criminal e a realizar a justiça começa a parecer-nos, por vezes, inadequada ou, pelo menos, pouco satisfatória. MEIREIS, Manuel Augusto Alves, “*Homens de confiança: será o caminho?*” in *II congresso de processo penal – Memórias*, (Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2006, p. 82/83 *apud* MENDES, Márcio Hugo Costa. *Agente Infiltrado Contributos para a delimitação material de atribuições e competências*. Instituto Superior de Ciências Policiais. 2011. p. 32.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o fim da investigação, faz-se necessário analisar se atingimos o fim colimado proposto respondendo aos seguintes questionamentos: *As metodologias investigatórias previstas na Lei n.º 12.850/13, principalmente a infiltração de agentes, ofendem garantias processuais?* Como visto a Lei n.º 12.850/13 representou um grande avanço em termos penais e processuais penais no Brasil, pois, em termos penais, tipificou o crime de “organização criminosa”, acompanhando assim a agenda global com a preocupação supranacional do crime transnacional manifestada, por exemplo, pelas Organizações das Nações Unidas (ONU), Organizações dos Estados Americanos (OEA) e a União Européia (UE).

Já em termos processuais penais, redimensionou os modelos de investigação que estavam amparados basicamente no Código de Processo Penal, concebido à uma realidade da década de 40, estando completamente obsoleto e anacrônico frente a criminalidade organizada do século XXI, quebrando, assim, o paradigma da teoria baseada na criminalidade individual ou tradicional.

Nessa perspectiva, a Lei n.º 12.850/2013 disciplinou novos meios de provas para o enfrentamento do crime organizado, tais como a colaboração premiada, a captação ambiental, a ação controlada, o acesso a dados cadastrais, a infiltração de agentes policiais e a cooperação entre órgãos governamentais.

Veja que ela não apenas dispôs sobre tais técnicas investigativas, como ratificou a importância da interceptação telefônica e da quebra dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; regulamentou minuciosamente a delação premiada com requisitos, benefícios e direitos do colaborador; permitiu a postergação da atividade policial na ação controlada, seja para o flagrante ou para qualquer outra medida; previu a infiltração de agentes policiais, sob controle judicial, de forma minudente a ponto de detalhar os direitos do agente infiltrado.

Em regra, tais procedimentos ocorrem no bojo do inquérito policial e são realizados apenas com a autorização judicial, rendendo homenagens a Constituição Federal, aos direitos fundamentais e às garantias processuais dos investigados.

Sendo assim, todas as provas ou elementos de convicção colhidos ao longo da investigação são judicializados e submetidos ao contraditório diferido, ou seja, em momento posterior à sua produção⁴⁴³, não havendo qualquer prejuízo para as partes processuais que terão a oportunidade de analisar todo o conteúdo do procedimento investigatório, permitindo-se a ampla defesa, questionando por inteiro a prova produzida⁴⁴⁴, do momento em que foi requerida até sua execução.

O segundo problema proposto no início do trabalho é: *Quais os limites da infiltração de agentes segundo a Lei n.º 12.850/13?* Para responder isso, vamos rememorar que o conceito de “agente” previsto na lei refere-se ao policial federal ou estadual, não se admitindo a atuação de agente de inteligência, de terceiros, ou mesmo, de policiais que não sejam integrantes da Polícia Judiciária.

É fundamental a instauração de procedimento investigatório formal, em caráter sigiloso, para que se faça a infiltração. Cabe a autoridade policial ou ao Ministério Público representar pela infiltração, mas em ambos os casos deve haver a avaliação técnica do Delegado acerca da diligência. Caso a representação seja feita pela autoridade policial, o Ministério Público deve ser ouvido antes da decisão judicial⁴⁴⁵.

Na sequência, o pedido será encaminhado ao juiz competente, que, após se convencer da presença de indícios mínimos de materialidade delitiva, autorizará, fundamentadamente, a infiltração de agentes na organização criminosa.

Por se tratar de uma técnica investigativa extremamente invasiva, ela só pode ser utilizada quando não mais existirem outros meios idôneos para a colheita das provas, sendo, portanto, considerado um meio subsidiário, de *ultima ratio*⁴⁴⁶.

⁴⁴³ A prova que pode fundamentar a condenação é aquela que tenha sido submetida ao contraditório perante o juiz. Esta é a regra, que é mais que uma regra, é um princípio. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 205

⁴⁴⁴ O exercício da ampla defesa somente será efetivo quando o suspeito ou o acusado, bem como o defensor, tiverem acesso à documentação dos atos de investigação e dos atos processuais. O acesso ao imputado, como regra, se dá através do direito à informação, o que não é suficiente à defesa técnica, aplicando-se desde a fase preliminar até o julgamento final, abrangendo também a execução penal. (...) Ressalvam-se as situações de sigilo necessário, como ocorre nas interceptações telefônicas, durante a sua realização. O descumprimento de Súmula Vinculante pode ser remediado através de reclamação ao STF, nos termos do art. 103-A, § 3º, da CF. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF*. Editora Atlas. São Paulo: 2014, p. 115.

⁴⁴⁵ Art. 10, § 1.º, da Lei 12.850/2013.

⁴⁴⁶ Art. 10, § 2.º, segunda parte, da Lei 12.850/2013.

Por derradeiro, podemos acrescentar que a lei define um prazo inicial máximo de seis meses, cabendo prorrogação de seis em seis meses, a critério do magistrado, o qual decidirá de acordo com a necessidade da medida e do caso concreto⁴⁴⁷.

O terceiro e último problema a ser respondido é: *Há semelhanças e diferenças entre a infiltração de agentes no Brasil e em Portugal?* Quanto a esse aspecto podemos constatar que sim, ou seja, há tanto semelhanças como diferenças.

Iniciamos com a nomenclatura, haja vista que em Portugal denomina-se “agente infiltrado” ou “agente encoberto” enquanto que no Brasil é mais conhecido como “agente infiltrado”, mas, em nenhum dos dois países o agente se confunde com o “agente provocador”, como visto alhures.

Como semelhanças marcantes, destacamos que se trata de um “meio excepcional de investigação”, o qual requer autorização judicial para sua implementação e exige a voluntariedade do infiltrado.

Porém, em Portugal ela não pode ser utilizada para a apuração de todos os delitos, pelo contrário, o art. 2º da RJAEPIC elenca, taxativamente, os crimes em que é possível a participação do agente encoberto.

Já no Brasil não há um rol taxativo de crimes, mas tem como pressuposto necessário que haja indícios da prática do crime de organização criminosa.

Outra característica, é que em Portugal não há necessidade de que o agente infiltrado seja policial, devendo apenas atuar sob o controle da Polícia Judiciária do país, nos termos do artigo 1º, n. 2, da Lei n.º 101/2001, diferente do que ocorre no Brasil⁴⁴⁸, que além de exigir um agente policial, não se admite a infiltração de policias que não façam parte da Polícia Judiciária.

⁴⁴⁷ Art. 10, § 3.º, da Lei 12.850/2013.

⁴⁴⁸ Se a investigação se realizar à margem da intervenção policial, pode ser que as razões derivem justamente de que membros de tal instituição estejam sendo investigados. O problema é que, para preservar uma eventual possibilidade de prosseguir com a investigação a despeito da intervenção policial, seria necessário admitir, por um lado, a infiltração de agente do Ministério Público e não de policial, cujo preparo para a providência não seria adequado. Além disso, a análise de viabilidade técnica da medida, que exige o conhecimento específico do membro da polícia investigativa – no caso, o delegado de polícia –, restaria prejudicada. BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 366,7/688 (Epub).

Além disso, a lei portuguesa não fixa um prazo de duração da infiltração, apenas norteia os operadores do direito a seguirem critérios de adequação e de proporcionalidade, enquanto que no Brasil, a lei define um prazo inicial máximo de seis meses, cabendo prorrogação de seis em seis meses, a critério do magistrado.

Em ambos os ordenamentos jurídicos há a autorização da prática de delitos por parte do agente no decorrer da infiltração, mas, respeitando, basicamente, os critérios da necessidade e da utilidade da medida.

Os dois países protegem seus agentes infiltrados conferindo uma série de direitos para prevenir as ações dos criminosos.

Por derradeiro, insta salientar que a legislação portuguesa, escudada em acordo, tratado ou convenção internacional e observância do princípio da reciprocidade, admite a atuação de agentes infiltrados oriundos de outros Estados nos termos do artigo 160-B, 1 a 3, da Lei de Cooperação Judiciária, o que não apresenta nada semelhante no território brasileiro.

Uma vez realizadas todas essas considerações, encerramos a pesquisa sobre o tema proposto, sem a pretensão de esgotar completamente o assunto, pois, como em tudo na nossa vida, sempre há algo mais a acrescentar, além do que, o pouco tempo de publicação da Lei n.º 12.850/13 reduz significativamente o entendimento jurisprudencial sobre a matéria e a doutrina trilha vagarosamente suas nuances.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. A liberdade jurídica no direito e no processo. **Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo**. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

ANDRADE, J. C. Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2 ed. Editora Livraria Almedina, 1983.

ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de Prova em Processo Penal apud MENDES, Márcio Hugo Costa. **Agente Infiltrado Contributos para a delimitação material de atribuições e competências**. Instituto Superior de Ciências Policiais. 2011.

AQUINO, José Carlos Xavier de. **Manual de processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ARAUJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade – Significado e Aplicação Prática**. Campinas: Copola, 2002.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Crimes Federais**. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BECCARIA, Cesare. *De los Delitos y de las Penas*. Trad. Juan Antonio de las Casas. *Madri: Alianza*, 1996 apud LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BECK, Ulrich, apud SILVA, Luciana Carneiro da. **Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco**. Revista Liberdades. São Paulo, n. 5, set/dez. 2010.

BELLINATTI, Luiz Fernando. **Limitações legais ao sigilo bancário**. Revista de Direito do Consumidor, v. 18, abr./jun. 1996.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Prefácio in* LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. BUSATO, Paulo César **Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva. 2014.

_____. **Primeiras reflexões sobre organização criminosa**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobreorganizacao-criminosa/>> Acesso em 06 jun. 2015.

_____. **Nossas primeiras reflexões sobre organização criminosa**. Revista Acadêmica, v. 86, n.º1, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO n.º 583937/RJ**. Recorrente: FERNANDO CORREA DE OLIVEIRA, Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relator: Cezar Peluso. 18 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2610668>> Acesso em: 22 de set. 2015.

_____. Tribunal Pleno. **Inq. AgR. n.º 897/DF**. Agravante: JOSE CARLOS DE MORAES VASCONCELLOS, Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Relator: FRANCISCO REZEK. 23 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Inq%24%2ESCLA%2E+E+897%2ENUME%2E%29+OU+%28Inq%2EACMS%2E+ADJ2+897%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a2q8265>> Acesso em: 22 de set. 2015.

_____. Tribunal Pleno. **HABEAS CORPUS 96.007/SP**. Impetrante: LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO, Paciente: ESTEVAN HERNANDES FILHO e SONIA HADDAD MORAES HERNANDES. Relator: Marco Aurélio. 12 de junho de 2012. Disponível em <file:///C:/Users/Assis/Downloads/texto_124306255.pdf> Acessado em: 22 de jul. 2015.

_____. Segunda Turma. **HABEAS CORPUS. n.º 91867/PA.** Impetrante: JOSÉ LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(A/S), Pacientes: DAVI RESENDE SOARES e LINDOMAR RESENDE SOARES. Relator: GILMAR MENDES. 24 de abril de 2012. Disponível

em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+91867%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+91867%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a79gbnv>>
Acesso em: 22 de set. 2015.

_____. Primeira Turma. **HABEAS CORPUS n.º 97553/PR.** Impetrante: CARLOS ALBERTO FARRACHA DE CASTRO. Paciente: SERGIO AMILCAR DE AGUIAR MAIA. Relator: Dias Toffoli. 10 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2660304>. Acesso em: 21. Jun. 2015.

_____. Tribunal Pleno. **Ação Penal n.º 470/MG.** Partes: Ministério Público Federal, Procurador Geral da República, José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Joaquim Barbosa. 24 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>. Acesso em: 20. Jul. 2015.

_____. Tribunal Pleno. **Inq. 2245/MG.** Ministério Público Federal, Procurador Geral da República, José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Joaquim Barbosa. 09 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2312906>. Acesso em: 20.jul. 2015.

_____. Acórdão. **HABEAS CORPUS 78.708/SP.** Impetrante: ROBERTO DELMANTO E OUTROS, Paciente: ALVARO BRANDÃO GIOMETTI. Relator: Sepúlveda Pertence. 16 de abril de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1742299>> Acesso em: 22 de set. 2015.

BRASIL. Diário oficial da União. **Decreto nº 5015 de 12 de março de 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em : 22 de jul. 2015.

_____. **Decreto Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em : 09 de jun. 2015.

_____. **Lei nº 12694 de 24 de julho de 2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm. Acesso em: 09 de jun. 2015.

_____. **Lei nº 9613 de 03 de março de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 25 de jun. 2015.

_____. **Lei nº 12850 de 02 de agosto de 2013.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 25 de jun. 2015.

BRAZ, Graziela Palhares Torreão. **Crime Organizado x Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral.** v. 1 t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Parlamentar de Inquérito. **CPI da Pirataria – Relatório Final.** Centro de Documentos e Informação Coordenação de Publicações, 2004.

_____. **CPI destinada a investigar o tráfico de animais e plantas silvestres brasileiros, a exploração e comércio ilegal de madeira e a biopirataria no País – Relatório Final.** Centro de Documentos e Informação Coordenação de Publicações, 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia.** Buenos Aires: EJE, 1960.

CAMILO, Roberta Rodrigues. A infiltração do agente no crime organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **Crime Organizado.** São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada,** Vol. II, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

CARVALHO, Natália Oliveira de. **A Delação Premiada no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente, 1997. apud BRAZ, Graziela Palhares Torreão. **Crime Organizado x Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário como proteção à intimidade e à prova ilícita.** Revista dos Tribunais. v. 648. São Paulo: RT. 1989.

CRESSEY, Donald. R. (1969). *Theft of the nation: The structure and operations of organized crime in america*, New York. Harper. *apud* WERNER, Guilherme Cunha. **O crime organizado transnacional e as redes criminosas: presença e influência nas relações internacionais contemporâneas**. Dissertação de Mestrado da USP do curso de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. São Paulo. 2009.

COSTA ANDRADE. Manuel da. **Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente**. Coimbra Editora. Coimbra. 2009.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só – A tutela penal do direito à intimidade**. São Paulo: Siciliano, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado – Comentários à nova lei sobre crime organizado (Lei n.º 12.850/13)**. Salvador: JusPodivm, 2015.

CURY, Rogério. **Procedimento investigatório e de produção de provas**. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. São Paulo: Renovar, 2001.

_____; DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Fábio M. Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. São Paulo. Saraiva. 2014.

DELGADO, Joaquin. *Criminalidad organizada*. Barcelona: Bosch, 2001. p. 46-48 *apud* MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras in **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. Vol. III. Coimbra Editora. Coimbra. 2009.

_____. **A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 2008.

_____. **Direito penal: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. 2 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

DOTTI, René Ariel. **A autoridade policial na Lei n. 9.099/95**. Boletim IBCCrim. São Paulo, IBCCrim, 41/5, maio 1996.

EL TASSE, Adel. **Nova lei de crime organizado**. Disponível em: <<http://adeleltasse.jusbrasil.com.br/artigos/121933118/nova-lei-de-crime-organizado>> Acessado em: 15 de jul. 2015.

FARIA JOSÉ. Miguel. **Direitos Fundamentais e Direitos do Homem**. Vol. I. 3ª Ed. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 16, n. 70, jan./fev. 2008.

_____. Crime organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jacques de Camargo (Org.). **Justiça penal – 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____, 1994, p. 62 apud PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Comentários à lei contra o crime organizado. (Lei nº 9.034/95)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____ in SILVA, Marco Antonio Marques da; COSTA, José de Faria (Coord.) **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: **Crime organizado – aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Sigilo Fiscal e bancário, sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. In PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viegas (Coord.). Sigilo fiscal e bancário. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

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

FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra Editora. Coimbra. 2013.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Estatuto do PCC prevê rebeliões integradas**. Folha online. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u22521.shtml>>. Acesso em: 11 de jul. 2015

FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Crimes Hediondos**. 6 ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: RT. 2007.

_____. **Um difícil processo de tipificação**. São Paulo: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. n. 21, set. 1994.

_____, 1994, p. 5 apud GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Crime Organizado: enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____, 1994, p. 5 apud BRAZ, Graziela Palhares Torreão. **Crime Organizado x Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

_____. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5ª ed. São Paulo: RT, 1995.

GEMAQUE, Silvio César Arouck; RUSSO, Luciana. Crime organizado em Portugal. In: Crime organizado – aspectos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 280-281. apud JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF.** Editora Atlas. São Paulo: 2014.

_____. “O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais”, p. 156, em STRECK, Lenio Luiz et alli (organizadores). **Direito Penal em Tempos de Crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 151-175.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da proibição de proteção deficiente.** Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009120712405123> Acesso em: 05 de jun. 2015.

_____. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo.** Disponível em: <http://www.lfg.com.br> Acesso em: 06 de junho de 2015.

_____; CERVINI, Raúl, 1997 apud BRAZ, Graziela Palhares Torreão Graziela Palhares Torreão. **Crime Organizado x Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

_____; CERVINI, Raul. **Crime Organizado: enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal.** 2 ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei 10.217, de 11.04.2001? Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95.** São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 795, ano 91, jan. 2002.

_____. **Lei de Proteção aos Juízes não vai pegar; faltam recursos.** Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-02/coluna-lfg-lei-protecao-aos-juizes-nao-pegarfaltam-recursos>>. Acesso em 09 de jun. de 2015.

_____. **Organização criminosa: um ou dois conceitos?.** Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/direito-criminal/artigo-prof-luiz-flavio-gomes-organizacao-criminosa-um-ou-dois-conceitos->> Acessado em: 09 de jun. 2015.

_____. **Comentários aos artigos 1º e 2ª da Lei 12.850/13. Criminalidade organizada e crime organizado.** Disponível em: <Blogdolfg/atualidadesdodireito.com.br> Acessado em: 03 de jun. 2015.

_____; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica – Lei 9.296, de 24.07.96.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

_____. SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador: Juspodivm. 2014.

_____. **Corrupção Política e Delação Premiada**. In: Revista Magister, n. 07. Porto Alegre, ago./set. 2005.

_____. **Brasil é condenado novamente pela CIDH: Caso Escher (Violação à privacidade) (PARTE I)**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 25 agosto de 2009; acessado em 05 set 2015.

GOMES, Geder Luiz Rocha. **A delação Premiada em sede de Execução Penal**. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 02 set. 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GONÇALVES, Jorge Cesar Silveira Baldassare. **Organização Criminosa: a definição da lei 12.694/2012 e a convenção de Palermo**. Revista Jurídica Consulex. Ano XVI- nº 375. 1 set de 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O conteúdo da garantia do contraditório**. In: **Novas tendências do Direito Processual (de acordo com a Constituição de 1988)**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. São Paulo, 1976 apud ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo Fiscal e Direito à Intimidade*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. **O conteúdo da garantia do contraditório.** In: Novas tendências do Direito Processual (de acordo com a Constituição de 1988). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada: no combate ao crime organizado.** Franca/SP: Lemos e Cruz, 2006.

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais.** Tomo II. 5 ed. Salvador: Juspodivm. 2014.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JESUS, Damásio de. **Interceptação de comunicações telefônicas – notas à Lei n. 9.296, de 24-07-96.** Revista dos Tribunais. São Paulo, RT, 735/458-473, jan. 1997.

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada.** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural.** Coimbra: Almedina. 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade constitucional).** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José. Infiltración policial y provocación del delito. Revista Española de Derecho Militar, v. 70, jul./dez. 1997. p. 165. *apud* SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013.** São Paulo: Atlas, 2014.

LUCAS, Flávio Oliveira. “Organizações Criminosas e Poder Judiciário”, **em Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**, SP, 2007.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARQUES DA SILVA, Germano, apud VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A investigação do crime organizado in **Criminalidade Organizada e criminalidade de massa. Interferências e ingerências mútuas**. Coimbra: Almedina. 2009.

MATA-MOUROS, Fátima. **O agente infiltrado**. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, v. 22, n. 85, jan.-mar./2001.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves, “Homens de confiança: será o caminho?” in II congresso de processo penal – Memórias, (Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2006, p. 82/83 *apud* MENDES, Márcio Hugo Costa. **Agente Infiltrado Contributos para a delimitação material de atribuições e competências**. Instituto Superior de Ciências Policiais. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MENDES, Márcio Hugo Costa. **Agente Infiltrado Contributos para a delimitação material de atribuições e competências**. Instituto Superior de Ciências Policiais. 2011.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado; Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

_____. **Comentários à lei de combate ao crime organizado. Lei 12.850/2013**. São Paulo: Atlas S.A. 2014.

MESSA, Ana Flávia. **Aspectos constitucionais do Crime Organizado**. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. 2015.

MINGARDI, Guaracy. O Estado e o crime organizado. Boletim IBCCRIM, apud MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra Editora. 2012.

MONTOYA, Mario Daniel. Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001 *apud* JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010.

MORAES, Maurício Zanóide de. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. *In: Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MUÑOZ SANCHEZ, Juan. El agente provocador. Valência: Tirant lo Blanch, 1995 apud SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013**. São Paulo: Atlas, 2014.

NAVARRO, Rogério de Paiva. **O Ministério Público e o Sigilo Bancário - Anotações ao art. 8º da LC 75/93**. Revista da Procuradoria-Geral da República, n.º 6. São Paulo: RT. 1995.

NEISTEIN, Mariângela Lopes. **O agente infiltrado como meio de investigação**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Lei da “Caixa Preta”. Revista dos Tribunais, n. 720, out./1995, p. 572-581 *apud* GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n.º 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Vol. 2. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2014.

_____. **Organização Criminosa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica. 2015.

ONETO, Isabel. **O agente infiltrado – contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado – medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói/RJ: Impetus, 2006.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Limite às Interceptações, Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **A produção da prova penal e as novas tecnologias: o caso brasileiro**. Disponível em: <<http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20A%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20da%20Prova%20Penal%20e%20as%20Novas%20Tecnologia%20-%20o%20Caso%20Brasileiro.pdf>>. Acesso em: 22 de jul. 2015.

_____. **Escritos de Direito e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 131 e 135, apud RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*. 22 ed. São Paulo: Lumen Juris., 2014.

PRADO, Luiz Regis e CASTRO. Bruna Azevedo de. **O crime organizado no ordenamento jurídico brasileiro: algumas considerações críticas**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/anais/36/07_1414.pdf. 07 de junho de 2015.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Crime Organizado no Brasil, Comentários à Lei nº 9.034/95, Aspectos policiais e judiciários. Teoria e prática**. São Paulo: Iglu Editora, 1998.

RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**. 22 ed. São Paulo: Lumen Juris., 2014.

_____. **“Breves considerações sobre a Interceptação Telefônica”, In: Reflexões Teóricas sobre o Processo Penal e a Violência Urbana: uma Abordagem Crítica Construtiva à Luz Da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RASCOVSKI, Luiz. **A entrega vigiada como meio de investigação**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011.

_____. **A (in)eficiência da delação premiada**. *Estudos de processo penal*. São Paulo: Scortecci. 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Política criminal – Novos desafios, velhos rumos**. Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra Editora. Coimbra. 2009.

_____. **Criminalidade organizada – Que política criminal?**. Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra Editora. Coimbra. 2009.

SALES, Sheila Jorge Selim. **Dos tipos plurissubjetivos**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997.

_____. **Escritos de Direito Penal**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1997.

SANCHES, Juan Muñoz. El agente..., cit., p. 21, nota 1; RUBIO, José María Paz et al. La prueba..., cit., p. 387 *apud* SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013**. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Carlos Fernando dos. *apud* in FERRO, Ana Luiza Almeida et al. **Criminalidade organizada – comentários à lei 12.850 de 02 de agosto de 2013**. Curitiba: Juruá. 2014.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Luciana Carneiro da. **Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco**. Revista Liberdades. São Paulo, n. 5, set/dez. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/2013**. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Amaury. **Anotações à lei de proteção aos juízes criminais. Lei 12.694/2012: Lei do Juiz sem rosto**. São Paulo: J.H MIZUNO, 2013.

SILVA, Germano Marques da. Bufos, infiltrados e arrependidos... in Direito e Justiça - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica, p. 29 *apud* MENDES, Márcio Hugo Costa. **Agente Infiltrado Contributos para a delimitação material de atribuições e competências**. Instituto Superior de Ciências Policiais. 2011.

SILVA JUNIOR, Gaspar Pereira da. *Facção Criminosa*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **Crime Organizado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIQUEIRA FILHO, Elio Wanderley. **Repressão crime organizado; Inovações Lei nº 9.034/95**. Curitiba: Juruá, 1995.

SNICK, Valdir. *Crime Organizado. Comentários*. São Paulo: Leud. p. 1997 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa. Lei n.º 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA, Luciano Anderson. **Organização Criminosa e Repressão Jurídico- Penal na Realidade Brasileira**. Revista dos Institutos dos Advogados de São Paulo, 2012.

SOUZA, Luiz Roberto Salles. *A infiltração de agente como técnica de investigação criminal*. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **Crime Organizado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Comentário ao artigo 144*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

_____ et alli (organizadores). **Direito Penal em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____, TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo.** São Paulo: Saraiva, 1989.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial.** 3 ed. Coimbra: Almedina S.A, 2012.

_____; ALVES, Manuel João; e GONÇALVES, Fernando. **O novo regime jurídico do agente infiltrado.** Coimbra: Almedina, 2001.

_____, ALVES, Manuel João ALVES e GONÇALVES Fernando. **Lei e Crime – O agente infiltrado versus o agente provocador: Os princípios do processo penal.** Coimbra: Almedina, 2001.

_____. A investigação do crime organizado in **Criminalidade Organizada e criminalidade de massa. Interferências e ingerências mútuas.** Coimbra: Almedina. 2009.

_____. **Meios ocultos de investigação. Contributo mínimo para uma reflexão maior.** Boletim 274 IBCCrim. São Paulo, Set. 2015.

VASCONCELLOS, Roberto Prado de. **Provas Ilícitas (Enfoque Constitucional)** In: Revista dos Tribunais, nº 791, setembro de 2001.

WERNER, Guilherme Cunha. **O crime organizado transnacional e as redes criminosas: presença e influência nas relações internacionais contemporâneas.** São Paulo. 2009. Dissertação de Mestrado da USP do curso de Filosofia, Letras e Ciências Humanas.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal.** 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.

_____. **Crime organizado: uma categoria frustrada. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade.** Rio de Janeiro: Revan, ano 1. v. 1, 1996.