

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

LUCAS JOHN

**O AGENTE INFILTRADO À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

FLORIANÓPOLIS

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
LUCAS JOHN

**O AGENTE INFILTRADO À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como
requisito à obtenção do título
de Bacharel em Direito pela
Universidade Federal de Santa
Catarina – UFSC.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre
Morais da Rosa

FLORIANÓPOLIS
2014



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada
O AGENTE NEUTRADO À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO

elaborada pelo acadêmico
LUCAS JOHN

defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,7
(nove e sete), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como, pela Res. CNE/CES/09/2004.

Florianópolis, 08 / 07 / 2014.

(nome do orientador)

Alexandre Moraes de Costa

(nome de um membro titular)

ISABELA SOUZA DE BORBA

(nome do outro membro titular)

Guilherme Souza Regis

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, não somente por todo amor e dedicação ao longo de minha vida, mas também por sempre me apoiarem e incentivarem em minha formação.

Tudo que sou, o que conquistei e o que ainda irei conquistar devo a vocês.

Ao meu irmão, meu melhor amigo, por estar ao meu lado em todos os momentos.

À minha namorada, amiga e companheira, Luana, por todo amor e carinho, sempre me inspirando a alçar voos mais altos.

Agradeço também aos meus amigos e colegas pela amizade e companheirismo, pelos bons momentos vividos e auxílio sempre que precisei.

Aos Professores da Graduação do Departamento de Direito da UFSC, que tanto contribuíram para a minha formação acadêmica e profissional.

E ao meu professor e orientador Alexandre Morais da Rosa que prontamente aceitou meu convite, por seu auxílio e por sua disponibilidade, indispensáveis para a elaboração do presente trabalho.

RESUMO

O crime organizado é um dos maiores problemas de nosso mundo globalizado, seja devido à extensão das atividades desempenhadas pelas organizações criminosas, exigindo uma resposta eficiente das autoridades. A infiltração policial, prevista na Lei n. 12.850/13, constitui importante meio de obtenção de prova no combate às organizações criminosas. O presente estudo tem por objetivo central a análise dos limites da aplicação desse instituto à luz do Direito Processual Penal brasileiro. Para tanto, utiliza-se o método de pesquisa dedutivo, consultando-se a doutrina e legislação pertinente. Com vistas a alcançar este objetivo, parte-se da evolução histórica das organizações criminosas, assim como sua conceituação e características. É feito um histórico da legislação brasileira acerca do tema bem como a nova Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13). O segundo capítulo trata das perspectivas internacionais no combate ao crime organizado, com uma sucinta abordagem acerca dos sistemas legais de Itália, Alemanha e Espanha. Ressalta-se ainda, a importância da legalidade como pressuposto à validade das provas, assim como o conceito de prova no Direito Penal. Adiante analisa-se os meios de prova em face do crime organizado. No terceiro capítulo, estuda-se o instituto do agente infiltrado, seus conceitos e características, bem como sua utilização em outros países, como Argentina, Colômbia, Espanha e Itália. Por fim, faz-se uma análise dos limites e exigências para a atuação do agente infiltrado, concluindo-se que, embora que inexista uma determinação exata dos limites de sua atuação, a aplicação do instituto do agente infiltrado encontra-se balizada pelos princípios da legalidade, excepcionalidade da medida, da proporcionalidade e de um rígido controle jurisdicional, afim de evitar excessos, bem como preservar garantias e direitos fundamentais dos investigados.

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

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	8
2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	8
2.2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.....	10
2.3. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	16
2.4. A NOVA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS (LEI N. 12.850/13)..	25
3. MODALIDADES DE PROVA INSERIDAS NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO	30
3.1. PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS.....	30
3.2. A LEGALIDADE COMO PRESSUPOSTO À VALIDADE DAS PROVAS	39
3.3. INVESTIGAÇÃO E MEIOS DE PROVA EM FACE DO CRIME ORGANIZADO	43
4. O AGENTE INFILTRADO NA NOVA LEI DE CRIME ORGANIZADO	52
4.1. O AGENTE INFILTRADO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	52
4.2. AGENTE INFILTRADO: DIREITO COMPARADO	58
4.3. LIMITES E EXIGÊNCIAS PARA ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO	59
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
6. REFERÊNCIAS	73

1. INTRODUÇÃO

O crime organizado é uma das grandes preocupações de nossas autoridades, que precisam encontrar soluções adequadas para seu enfrentamento.

Frente à relevância do agente infiltrado enquanto técnica de investigação e instrumento de combate às organizações criminosas, é fundamental o exame dos diferentes posicionamentos acerca do tema bem como suas implicações práticas.

Apesar se tratar de importante ferramenta para investigação de organizações criminosas, ainda há muita dúvida em relação aos limites da aplicabilidade do instituto do agente infiltrado e de sua atuação. Mesmo com a promulgação da Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013, continua a inexistir uma determinação legal exata dessas limitações.

O presente projeto visa aprofundar os estudos sobre o crime organizado e meios de investigação, bem como a aplicação do instituto do agente infiltrado, utilizando como referência as limitações impostas pelos princípios da legalidade, excepcionalidade da medida, da proporcionalidade e do controle jurisdicional, assim como as garantias e direitos fundamentais dos investigados.

Utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, consultando-se a doutrina e legislação pertinente.

2. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Ainda que não se trate de um fenômeno recente, o crime organizado é um dos maiores problemas de nosso mundo globalizado, seja devido à extensão das atividades desempenhadas pelas organizações criminosas, seu poder, ou mesmo seu grau de influência na sociedade e dentro do Estado¹.

Em razão de seu caráter transnacional e sua extraordinária capacidade de adaptação aos modernos fenômenos sociais² praticamente inexistente lugar no globo que esteja livre de sua atuação.

Com a modernização dos meios de comunicação, dos meios de transporte e processamento de dados³, rompeu-se a barreira da distância, abrindo espaço para a atuação em novos mercados, diversificando as modalidades criminosas.

Apresentam, muitas vezes, uma verdadeira vocação empresarial, com uma estrutura altamente organizada e capacitada, objetivando lucro e, de certa forma, tentando se estabilizarem em um mercado livre de quaisquer amarras institucionais ou legais e bastante lucrativo.

Essas organizações atraem cada vez mais a atenção de autoridades e da própria sociedade, não somente pela instabilidade social e política que geram, mas principalmente pelo fato de muitas delas empregarem da violência para a prática seus delitos, com a criação de grupos armados com poderio bélico comparável ou mesmo superior, em alguns casos, ao da força policial local.

¹ NETO, Franciso Tolentino. *Histórico do Crime Organizado*. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Crime Organizado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

² RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*. 1. ed. Granada: Comares, 2009, p. 03

³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 07.

A prática criminal organizada remonta a séculos passados, sendo reportada, entre outros, à Inglaterra do início do séc. XVIII, na cidade de Londres, com a gangue liderada por Jonathan Wild, que se dedicava à prática de furtos, roubos e extorsão.⁴

O crime organizado da Era Moderna, por seu turno, encontra suas raízes principalmente nos Estados Unidos, entre as décadas de 1920 e 1930, com a *Volstead Act*, conhecida como Lei Seca, que proibia a fabricação e o consumo de álcool naquele país. Surgiram então grupos destinados ao contrabando e distribuição de bebidas alcoólicas para os E.U.A, provenientes principalmente da Europa e do Canadá.⁵

Nas décadas seguintes o crime organizado evoluiu para outras atividades, como o jogo ilegal, a prostituição e a extorsão e, por fim, na década de 1960, ao tráfico de entorpecentes.⁶

No Brasil, merecem destaque duas organizações criminosas: o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital.

O Comando Vermelho surgiu na década de 1980 nas penitenciárias do Rio de Janeiro, com o objetivo de controlar o tráfico de entorpecentes nos morros cariocas. Utiliza táticas de guerrilha urbana inspiradas em grupos de esquerda armada e aproveita da falta de atuação do Estado nas favelas cariocas para dominar aqueles espaços. Possui conhecida ligação com a Máfia Colombiana.⁷

Assim como o Comando Vermelho, o Primeiro Comando da Capital também surgiu dentro do sistema penitenciário, no Estado de São Paulo, em 1993, segundo estudos. Apesar de alguns autores questionarem o caráter de

⁴ VICTORIA, Artur. *Criminalidade Organizada - Origem e evolução*. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/arturvictoriaartigosensaio/Home/criminalidade-organizada---origem-e-evolucao>> Acesso em 03 mar. 2014

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ NETO, Franciso Tolentino. *Histórico do Crime Organizado*. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Crime Organizado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54-55.

organização criminosa tendo em vista que um de seus principais objetivos seja a melhoria das condições de vida dentro dos presídios, é hoje, possivelmente, a maior organização criminosa do Brasil, sendo responsável por uma série de rebeliões e atentados. Tem uma forte estrutura hierárquica e econômica, com cobrança de mensalidades e estatuto próprio.⁸

2.2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Apesar da grande importância do tema e da existência em muitos ordenamentos de uma definição normativa de organização criminosa - como temos no Brasil, por exemplo -, o conceito de crime organizado ainda é uma questão bastante controversa, dada a dificuldade de se encontrar um conceito unívoco que abarque todas as peculiaridades e variedades de fenômenos delitivos. Ademais, esse tipo de criminalidade, está sempre evoluindo, se transformando, buscando não somente formas mais lucrativas de atuação, mas também escapar da persecução penal.⁹

Alberto Silva Franco (1994 *apud* LEVORIN, 2012, p. 32-33) leciona que:

[...] o crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base em estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentes e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social,

⁸ NETO, Franciso Tolentino. *Histórico do Crime Organizado*. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Crime Organizado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55-56.

⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado; aspectos gerais e mecanismos legais*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 21.

econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inercial ou fragilizar os Poderes do próprio Estado.

Por sua vez, conforme ensinamentos dos sociólogo Guaracy Mingardi (1998 *apud* Neto, 2012, p. 59):

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

Quanto as características de uma organização criminosa, destaca-se o apontamento de Fausto Martins de Sanctis (2009, p. 8):

[...] o conceito de crime organizado sempre envolve estrutura complexa e, de certa forma, profissionalizada. Não se trata de apenas de uma organização bem feita, não sendo somente uma organização internacional, mas se caracteriza pela ausência de vítimas individuais e por um determinado *modus operandi*, com divisão de tarefas, utilização de métodos sofisticados, existência, por vezes, de simbiose com o Poder Público, além de alto poder de intimidação (forja clima de medo, fazendo constante apelo à intimidação e à violência).

Percebe-se, portanto, que inexistente um conceito único que consiga descrever com clareza o que seria uma *organização criminosa*. No entanto, existe um certo consenso na doutrina em relação a algumas características que são comuns à essas organizações. Nesse sentido, a professora Ana Flávia Messa¹⁰ enumera algumas dessas características tidas como essenciais:

(a) Complexidade estrutural: dentro de uma organização criminosa existem regras próprias, um código de conduta. Além disso, os objetivos da organização são previamente definidos e geralmente bem elaborados. Sua

¹⁰ MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Crime Organizado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99-100.

forma de atuação pode mudar ao longo de tempo e espaço. Possui um esquema articulado e profissionalizado, além de uma estrutura bem aparelhada.

(b) Divisão orgânica hierárquica: organização estruturada em níveis, de acordo com a posição ocupada por seus agentes e seu grau de comprometimento na realização das atividades criminosas. Existe um comando que centraliza a tomada de decisões e traça o planejamento das atividades, enquanto os demais membros encontram-se subordinados à essa chefia. Se assemelha muito à estrutura e *modus operandi* de uma empresa, nesse sentido.

(c) Divisão funcional: intimamente ligado ao dois itens anteriores. Cada membro da organização tem suas atribuições e tarefas bem definidas, demonstrando esse caráter de especialização na delegação de funções.

(d) Divisão territorial: cada organização criminosa tem sua área de atuação, com limites, muitas vezes, bastante definidos. Possui uma sede onde estará seu centro de comando, que concentrará as tomadas de decisões. Geralmente a demarcação e o controle dessas áreas se dá através da força e da intimidação.

(e) Estreitas ligações com o poder estatal: para conseguirem desenvolver suas atividades ilícitas as organizações criminosas precisam exercer sua ingerência sobre as instituições estatais, seja através da corrupção de agentes, ou mesmo, através do próprio controle do poder estatal. Essas organizações se aproveitam das deficiências do Estado para gerar instabilidade política e social.

(f) Atos de violência: é como a organizações criminosas costumam exercer seu poder. Não se sujeitam à qualquer limite quanto ao uso da força, ignorando valores e princípios constitucionais, espalhando medo e insegurança.

(g) Intuito do lucro ilícito ou indevido: dispensa maiores explicações. Toda organização criminosa busca obter lucro ou algum benefício de maneira ilícita. A ilicitude é a essência da atuação de uma organização criminosa.

(h) Detentora de um poder econômico elevado: por não respeitarem os limites legais, as organizações criminosas buscam sempre atividades bastante

lucrativas, estabelecendo mercado, conquistando nichos. Sua organização e controle permite acumular riqueza e poder.

(i) Capacitação funcional: os membros dessas organizações são recrutados, recebendo instrução e treinamento para o desempenho de suas atividades. Somente são aceitos aqueles que realmente têm algo a oferecer à organização.

(j) Alto poder de intimidação: a intimidação se torna necessária não somente pela natureza das atividades desempenhadas pela organização criminosa, afastando a interferência de agentes públicos e da própria população, mas também é uma forma de manter o sigilo a respeito da organização, agindo com extrema violência caso algum de seus membros venha a se tornar um delator.

(l) Capacidade de fraudes diversas: não há como determinar todos os possíveis crimes que uma organização criminosa pode praticar. Com a evolução social e tecnológica sempre surgem novas modalidades de atuação. Qualquer normatização que enumere ou estabeleça um rol de crimes praticados pelas organizações criminosas será ineficaz e irá gerar uma insegurança coletiva generalizada, com a existência de crime sem tipificação normativa e efetiva repressão estatal.

(m) Clandestinidade: como agem à margem da lei, as organizações criminosas precisam fazer uso de simulações e disfarces, de modo a camuflar seus negócios e lucros ilícitos. É comum a existência de uma vasta rede de corrupção de maneira a ocultar ou revestir de legalidade dessas atividades ilegais.

(n) Caráter transnacional: as grandes inovações tecnológicas e transformações sociais mudaram profundamente a forma de atuação do crime organizado, que demonstrou uma enorme capacidade de se adaptar à nova realidade, apresentando rápida expansão se tornando um fenômeno globalizado.

(o) Modernidade: uso das novas tecnologias, principalmente na área da comunicação para dar celeridade às operações.

(p) Danosidade social de alto vulto: os danos causados por essas organizações criminosas são enormes, não somente pelo grande número de envolvidos em suas atividades, mas também pela forma de atuação através do emprego de armas de fogo, uso de violência e a rede de corrupção que alimenta.

(q) Associação estável e permanente com planejamento e sofisticação de meios: os membros de uma organização criminosa agem em conjunto e de maneira ordenada, com o objetivo de facilitar a execução de um crime. Suas condutas devem ser convergentes para atingir o objetivo em comum. Há comunhão de interesses na tomada de decisões e no planejamento das operações.

(r) Impessoalidade da organização: a composição dos membros da organização criminosas permanece no mais absoluto sigilo, seja para evitar a persecução penal ou mesmo para manter as operações e funcionamento preservados.

Por seu turno, para Marcelo Batlouni Mendroni¹¹, existem quatro formas básicas de Organizações criminosas: a organização tradicional, a rede, a empresaria e a endógena.

(a) Organização criminosa tradicional: organismo ou empresa, cujo objetivo seja a prática de crimes de qualquer natureza. Trata-se do modelo clássico de organização criminosa e tem como principal exemplo a Máfia.

Possui estrutura hierárquico-piramidal, com no mínimo três níveis e composta geralmente por "chefe", "subchefes", "gerentes" e "aviões" - pessoas especializadas para as funções a serem desempenhadas.

As tarefas são divididas conforme as especialidades e subdivididas em estrutura modular, determinada pelos diferentes etapas das atividades criminosas desempenhadas pela organização.

¹¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado; aspectos gerais e mecanismos legais*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 21.

São bastante restritas quanto ao ingresso de seus membros, devendo o candidato apresentar diversas qualidades, dentre as principais obedecer regras, seguir ordens e manter segredo.

Outra característica marcante é a participação efetiva de agentes públicos na organização ou a sua corrupção, de maneira a viabilizar a execução das atividades ilegais.

Tem como objetivo principal a obtenção de lucro fácil e ilícito e exerce domínio sobre um território definido.

(b) Rede: possui profunda ligação com a globalização. Tem caráter provisório e não apresenta a mesma hierarquia e organização da tradicional. Esse grupo de criminosos se reúne durante certo período (geralmente alguns meses) para realizar determinada atividade ilegal e depois de diluí, com seus membros de juntando à novos grupos em outros locais.

(c) Empresarial: se forma no âmbito das empresas licitamente constituídas que mantém suas atividades primárias lícitas, servindo para acobertar as atividades ilegais desempenhadas por essas empresas, tais como crimes ambientais, crimes fiscais, fraudes em licitações, lavagem de dinheiro, estelionato, entre outros.

(d) Endógena: organização criminosa que age dentro da própria estrutura estatal. Formada essencialmente por agentes públicos dos mais diversos escalões, que praticam crimes contra a administração pública, tais como corrupção, concussão e prevaricação.

Independentemente da definição empregada ou de que forma o crime organizado se apresente, é latente sua lesividade à sociedade e às instituições democráticas. Como um parasita essas organizações vão ganhando força, expandindo e se infiltrando cada vez mais nas estruturas sociais¹².

¹² CEPIK, Marco; BORBA, Pedro. *Crime organizado, estado e segurança internacional*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292011000200005#nt04> Acesso em: 15/04/2014.

Sua grande capacidade transformação, apresentando as mais variadas facetas, resultam em uma necessidade de constante aperfeiçoamento dos mecanismos de enfrentamento à criminalidade organizada. Exige-se respostas rápidas e eficientes do Estado.

Para o autor Flávio Cardoso Pereira¹³, o controle preventivo e repressivo do crime organizado deve partir de três pontos fundamentais, a saber: o tratamento legislativo em relação ao Direito Penal substantivo, um adequada política criminal e medidas eficazes no âmbito do Direito Processual Penal, de modo especial com a atualização dos meios de investigação.

2.3. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O rápido crescimento da criminalidade organizada no Brasil, principalmente na década de 1980, fez surgir uma enorme discussão acerca da necessidade de se encontrar formas eficazes de combate à essas organizações, que espalhavam medo e insegurança à sociedade, principalmente nas grandes cidades.

Em 1995 foi promulgada a já revogada Lei n. 9.034, que dispunha sobre a utilização dos meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas sem, no entanto, trazer qualquer conceito ou definição legal de "crime organizado" ou "organização criminosa".¹⁴

Muito embora trouxesse em sua ementa que dispunha sobre a *utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas*, seu conteúdo somente fazia menção à *quadrilha ou bando*, conforme se observa da leitura de seu art. 1º:

¹³ PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*. 1. ed. Córdoba: Lerner Editora, 2012, p. 150.

¹⁴ MESSA, Alcione Aparecida. *Crime Organizado: uma compreensão acerca dos aspectos psicológicos e repercussões psicossociais*. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Crime Organizado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

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

Conforme bem pontuou o professor Francisco Tolentino Neto¹⁵:

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

Havia, portanto, uma clara contradição entre o que dispunha a ementa da lei (fazendo menção ao termo *organização criminosa*) e o seu art. 1º, que tratava de *ações de quadrilha ou bando*.

Tal situação provocou o surgimento de duas correntes doutrinárias acerca da definição do que seriam as "organizações criminosas".

A primeira entendia que *quadrilha ou bando* seria sinônimo de *organização criminosa*, dessa maneira, a Lei n. 9.034/95 estaria abrangida pelo tipo penal previsto na primitiva redação do artigo 288 do Código Penal, que tratava do crime de formação de quadrilha ou bando, não havendo qualquer distinção acerca da sofisticação e complexidade desse agrupamento de agentes.¹⁶

A segunda corrente, por sua vez, defendia que a complexidade e a sofisticação da atuação de uma organização criminosa era um de seus elementos essenciais. Dessa forma, o conceito de *organização criminosa*

¹⁵ NETO, Francisco Tolentino. *Histórico do Crime Organizado*. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Crime Organizado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

¹⁶ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis n. 12.694/2012 e 12.850/13. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26108/o-conflito-conceitual-de-organizacao-criminosa-nas-leis-n-12-694-12-e-12-850-13>> Acesso em 05 mai. 2014.

extrapolava aquele de *quadrilha ou bando*, reconhecendo, no entanto, que aquela Lei teria sido omissa em dizer qual seria o elemento que a diferenciava do tipo previsto no art. 288 do Código Penal vigente à época. Não foi o posicionamento que prevaleceu, uma vez que a falta de especificidade fez com que se entendesse que *organização criminosa* e *quadrilha ou bando* seriam expressões sinônimas.¹⁷

Conforme bem resumiu Fernando Capez (2012, pp. 264-265):

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

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

Sobre o assunto, cumpre colacionar ainda o ensinamento de Antonio Fernandes Scarance (1995, p. 38) que, analisando o previsto no art. 1º da Lei n. 9.034/95, assim pontuou:

É ao mesmo tempo ampliativa e restritiva. Abrange crimes que, pelo simples fato de serem resultantes de bando ou quadrilha, serão 'crimes organizados', e que, na realidade, podem representar pequena ofensa social, não merecendo especial preocupação. Mas o preceito também restringe, pois em certos casos, os delitos

¹⁷ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis n. 12.694/2012 e 12.850/13. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26108/o-conflito-conceitual-de-organizacao-criminosa-nas-leis-n-12-694-12-e-12-850-13>> Acesso em 05 mai. 2014.

praticados por determinadas pessoas poderiam se caracterizar como 'crimes organizados', e, por estarem desvinculados de bando ou quadrilha, ficarão fora da órbita da lei."

Posteriormente, o art. 1º da Lei n. 9.034/95 foi alterado pela Lei n. 10.217/01, passando a vigorar o seguinte texto:

Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Dessa forma, a nova redação trazida pela Lei n. 10.217/01 passou a fazer referência aos termos *quadrilha*, *bando*, *organizações* e *associações criminosas*, sem no entanto definir o que seriam *organizações* ou *associações criminosas*.

Tal situação ensejou, novamente, diversas posições doutrinárias. Diante desse cenário de distintos entendimentos, ocasionando até mesmo um quadro de insegurança jurídica, Alberto Silva Franco (2001, p. 576) assim se manifestou:

O art. 1º da Lei n. 10.217/01 equipara rigorosamente quadrilha ou bando a organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Essa equiparação deixou ainda mais vulnerável o dispositivo penal na medida em que não foi formulada - tal como já havia ocorrido anteriormente - a descrição de organização criminosa e, agora, da associação criminosa de qualquer tipo.

Diante dessa lacuna, ocupou-se a doutrina, naquela ocasião, em estabelecer definições às expressões mencionadas no art. 1º da Lei n. 9.034/95 (com as alterações dadas pela Lei n. 10.217/01).

Quanto a definição de *quadrilha* ou *bando*, o entendimento majoritário à época era de que estaria conferida pela primitiva redação do art.

288 do CP, consubstanciando, assim, em uma associação de mais de três pessoas para o fim de cometer crimes.

Já a definição de *associação criminosa* estaria prevista no art. 14 da já revogada Lei n. 6.368/76, que tratava do tráfico ilícito e o uso de substâncias entorpecentes, configurando, dessa forma em uma associação de duas ou mais pessoas, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos no arts. 12 ou 13 daquela lei. Havia referências ainda as modalidades de associações criminosas previstas no artigo 2º da Lei n. 2.889/56 que trata do crime de genocídio e dos artigos 16 e 24 da Lei n. 7.170/83 que trata da segurança nacional.¹⁸

No entanto, atinente às organizações criminosas, inexistia qualquer conceito preexistente. Tal definição sempre foi reconhecidamente dificultada pela controvérsia e complexidade inerentes ao conceito de organização criminosa, conforme bem pontuou Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 13):

O conceito de organização criminosa é complexo e controverso, tal como a própria atividade do crime nesse cenário. Não se pretende obter uma definição tão abrangente quanto pacífica, mas um horizonte a perseguir, com bases seguras para identificar a atuação da delinquência estruturada, que visa ao combate de bens jurídicos fundamentais para o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a ausência de definição do que seria uma organização criminosa, impedia a aplicação daquele texto normativo em razão do princípio da reserva legal.¹⁹

Tal omissão gerava insegurança jurídica, ainda mais em havendo a citação da expressão em algumas passagens do ordenamento jurídico, sem receber a devida definição legal, possibilitando a ocorrência de interpretações das mais diversas e contraditórias sobre o sentido e alcance da norma.

¹⁸ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis n. 12.694/2012 e 12.850/13. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26108/o-conflito-conceitual-de-organizacao-criminosa-nas-leis-n-12-694-12-e-12-850-13>> Acesso em 05 mai. 2014.

¹⁹ Ibid.

Ainda não havia qualquer conceituação acerca de organização criminosa até a entrada em vigor do Decreto n. 5.015/2004, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que assim dispõe em seu art. 2º: a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior. No entanto havia divergência quanto à adoção ou não do conceito previsto pela Convenção de Palermo.²⁰

Alguns autores entendiam que, como se tratava de tratado internacional, não poderia definir crimes e penas no âmbito do direito interno, o que exigiria que a lei fosse discutida e aprovada pelo parlamento brasileiro. Não obstante, um tratado internacional somente detém *jus puniendi* no plano do direito internacional, entre indivíduos e organismos internacionais, não podendo estabelecer tipos penais e sanções do Direito Penal brasileiro.²¹

Adotando esse posicionamento, o Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 96.007-SP²², entendeu pela inaplicabilidade da hipótese prevista no art. 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/98, que fazia menção ao crime *praticado por organização criminosa*, definindo a conduta como atípica, por não existir no ordenamento brasileiro a definição de organização criminosa, que somente restou conceituada em nosso ordenamento por meio da Convenção de Palermo, que foi introduzida por meio de decreto:

²⁰ MESSA, Ana Flávia. *Aspectos Constitucionais do Crime Organizado*. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Crime Organizado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93-95.

²¹ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis nº 12.694/12 e 12.850/13*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3814, 10 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26108>>. Acesso em: 02 maio 2014.

²² STF, HC 96.007-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/06/2012

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!

Destaca-se ainda trecho do voto-vista da Ministra Cármen Lúcia, proferido naqueles mesmos autos²³:

A definição emprestada de “organização criminosa” acrescenta à norma penal elementos inexistentes, numa intolerável tentativa de substituir o legislador que não se expressou adequadamente, o que é defeso em Direito Penal.

Portanto, ainda que trouxesse uma definição de organização criminosa com o conceito estabelecido pela Convenção de Palermo, o Decreto n. 5.015/2004 não conseguiu preencher a lacuna legal acerca da punição ao crime de organização criminosa.²⁴

Acerca de sua inaplicabilidade, assim pontuou Luiz Flávio Gomes²⁵:

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,

²³ STF, HC 96.007-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/06/2012

²⁴ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis nº 12.694/12 e 12.850/13*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3814, 10 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26108>>. Acesso em: 02 maio 2014.

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print> Acesso em 04 mar. 2014.

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*).

Com a promulgação da Lei n. 12.694 de 2012 surge a primeira definição legislativa de organizações criminosas, não mais havendo de se falar em ausência normativa em relação a conceituação do que seria uma organização criminosa, encerrando de vez o debate acerca da aplicabilidade da definição estabelecida pela Convenção de Palermo e introduzida em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 5.015/2004.

Estabelece a referida lei em seu artigo 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".

Nota-se que Lei n. 12.694/2012 traz conceito bastante similar ao estabelecido na Convenção de Palermo, no entanto, tais alterações, ainda que sutis, foram bastante significativas. Rogério Sanches Cunha²⁶ aponta quatro requisitos para a caracterização de uma organização criminosa, de acordo com a definição dada por aquela lei:

²⁶CUNHA, Rogério Sanches. *LEI 12.694/12: breves comentários*. Disponível em: <<http://www.fatonotorio.com.br/artigos/ver/224/lei-1269412-breves-comentarios>> Acesso em 25 março 2014.

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

Cumpre salientar que a n. 12.694/2012 não caracterizou organização criminosa como um delito, passível de sanção, somente apresentou uma definição legal necessária para aplicação de outros institutos²⁷, tais como os dispositivos da Lei n. 9.034/95 (revogada pela Lei n. 12.850/2013).

Para Rômulo de Andrade Moreira²⁸, a grande novidade trazida pela lei, vinha positivada em seu artigo 1º, consistindo na possibilidade do Juiz decidir pela formação de um órgão colegiado de primeiro grau para a prática de qualquer ato processual em processos ou procedimentos que tenham como objeto crimes praticados por organizações criminosas, em especial para:

- a) decretação de prisão ou de medidas assecuratórias (inciso I);
- b) concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão (inciso II);
- c) prolação da sentença (inciso III);
- d) para incidentes do processo de execução penal, como:
 - d.1) progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena (inciso IV);
 - d.2) concessão de liberdade condicional (inciso V);

²⁷ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis nº 12.694/12 e 12.850/13*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3814, 10 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26108>>. Acesso em: 06 maio 2014.

²⁸ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A nova Lei de organização criminosa – lei nº. 12.850/2013*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013/>> Acesso em: 04 abril 2014.

d.3) transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima (inciso VI);

d.4) inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado (inciso VII).

A teor do que dispõe o § 1º, do art. 1º, da Lei n. Lei n. 12.694/2012, é pressuposto para a instauração do colegiado o risco à integridade física do juiz. Nas palavras de Rafael Fecury Nogueira (2012 *apud* MOREIRA):

[...] havendo circunstância que acarrete risco para o julgador em determinado feito envolvendo organização criminosa, surge para ele a possibilidade de convocação do colegiado de juízes para deliberar sobre qualquer ato decisório. Não se pode olvidar que a decisão que convoca o colegiado deve ser devidamente motivada com a exposição das razões pelas quais se vislumbrou o risco à integridade física do juiz a partir da explicitação das circunstâncias verificadas que, em regra, giram ao redor de ameaças ao magistrado.

2.4. A NOVA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS (LEI N. 12.850/13)

Em 02 de agosto de 2013 foi promulgada a Lei n. 12.850 que, conforme dispõe em sua ementa, "define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

Resta evidente, portanto, que não se preocupou o legislador em trazer somente uma nova definição de *organização criminosa*, mas também de criar uma normatização, com a tipificação do crime e institutos correlatos, assim como definir meios para a investigação e combate ao crime organizado.

Além disso, a nova lei revogou a Lei n. 9.034/95 e alterou os artigos 288 (deixou de existir o crime de quadrilha ou bando, passando a tratar o

referido artigo de crime de associação criminosa) e 342 (somente alteração da pena), ambos do Código Penal.²⁹

A nova definição para organização criminosa restou estampada no art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/13: *Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.*

Dentre as mudanças na definição de crime organizado, trazidas pela Lei 12.850/13, cumpre transcrever os apontamentos de Filipe Martins Alves Pereira e Rafael de Vasconcelos Silva³⁰:

- 1) O número mínimo de integrantes exigidos na nova compreensão legal passa a ser de 4 (quatro) pessoas, e não apenas 3 (três) como previa a lei anterior.
- 2) A nova definição deixa de abranger apenas crimes, passando a tratar sobre infrações penais, que incluem crimes e contravenções (art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal). Além disso, abarca infrações punidas com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, e não mais as com pena máxima igual ou superior a este patamar.
- 3) A prática de crimes com pena máxima igual a 4 (quatro) anos, que incluem o furto simples (art. 155, CP), a receptação (art. 180, CP), a fraude à licitação (art. 90, Lei 8.666/90), restaram afastados da possibilidade de incidirem como crime organizado pelo novo conceito legal. Embora o contrabando e o descaminho (art. 318, CP) tenham pena máxima igual a 4 anos, estes são essencialmente transnacionais, razão pelo qual não estão excluídos na nova conceituação legal.

²⁹ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis nº 12.694/12 e 12.850/13*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3814, 10 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26108>>. Acesso em: 06 maio 2014.

³⁰ PEREIRA, Filipe Alves Martins; SILVA, Rafael de Vasconcelos. *Análise Jurídica da Nova Lei de Organizações Criminosas - Lei 12.850/13, de 05 de agosto de 2013*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/09/17/analise-juridica-das-novas-leis-de-organizacoes-criminosas/>> Acesso em: 20 abril 2014.

4) A nova compreensão legal inovou também ao estender o conceito às infrações penais previstas em Tratados Internacionais quando caracterizadas pela internacionalidade; e ainda aos grupos terroristas internacionais.

Por seu turno, o artigo 2º da referida lei, trouxe o seguinte tipo penal: "promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa", criminalizando, portanto, as condutas relacionadas à prática do crime organizado. A pena restou definida entre três a oito anos de reclusão e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. Já os parágrafos 1º ao 4º do dispositivo trataram de causas de equiparação, agravamento e aumento da pena. Os parágrafos 5º e 6º tratam de medidas que podem ser adotadas em caso de envolvimento de funcionário público e o parágrafo 7º, caso haja participação de policial.

Urge ressaltar que, embora a Lei n. 12.850/13, revogue explicitamente a Lei n 9.034/95 em seu art. 26, nenhuma menção faz à Lei n. 12.684/12, que traz um conceito distinto de organização criminosa. Dessa forma, diante de possibilidade de existência de duas definições diferentes de *organização criminosa*, surgiram duas correntes doutrinárias: enquanto uns entendem que a Lei n. 12.850/13 revogou tacitamente o art. 2º da Lei n. 12.684/12, que trazia a definição de organização criminosa, a outra vertente entende que a Lei 12.684/12 continua totalmente válida em nosso ordenamento jurídico.

Em relação ao primeiro entendimento, de que o art. 2º da Lei n. 12.684/12 restou tacitamente revogada, colaciona-se o ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt³¹:

[...] admitir-se a existência de "dois tipos de organização criminosa" constituiria grave ameaça à segurança jurídica, além de uma

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Primeiras reflexões sobre organização criminosa - anotações à Lei 12.850/2013*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa/>> Acesso em: 22 de abril 2014.

discriminação injustificada, propiciando tratamento diferenciado incompatível com um Estado Democrático de Direito, na persecução dos casos que envolvam organizações criminosas. Levando em consideração, por outro lado, o disposto no § 1º do art. 2º da Lei de introdução as normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. 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.

Já em relação ao segundo posicionamento de que a Lei n. 12.694/12 segue vigente em sua integralidade, assim leciona Luiz Flávio Gomes³²:

Num primeiro momento cheguei a imaginar o contrário (que os dois conceitos continuariam vigentes). Refletindo um pouco mais, estou concluindo que houve revogação do primeiro pelo segundo. O conceito dado pela Lei 12.694/12 visava a permitir o julgamento colegiado em primeira instância. Essa possibilidade (de julgamento colegiado em primeiro grau) continua (aliás, a Lei 12.694/12 continua intacta na sua totalidade, salvo no que diz respeito ao conceito de organização criminosa). Mas, agora, o juiz tem que se valer do conceito de organização criminosa da Lei 12.850/13, pelo seguinte: é com esta nova lei que veio, pela primeira vez no Brasil, o conceito de

³² GOMES, Luis Flávio. *Comentários aos artigos 1º e 2º da Lei 12.850/13 – Criminalidade organizada e crime organizado*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/>> Acesso em: 21 abril 2014.

“crime” organizado. O processo (julgado por juiz singular ou por juiz colegiado) existe para tornar realidade a persecução de um crime (ele é o instrumento da *persecutio criminis in iudicio*). O julgamento colegiado em primeiro grau é instrumento, não a substância. É a forma, não a matéria. Se o instrumento processual existe para tornar realidade o material, o substancial (o essencial), claro que esse instrumento deve estar conectado ao principal. O acessório segue a sorte do principal. Quando os juízes se reúnem coletivamente é para apurar e julgar um “crime organizado”. Eles não se reúnem para julgar a organização criminosa, isoladamente, que constitui apenas uma parte do crime organizado. O que importa para fins penais e processuais é o crime (não a parte dele). Se o conceito de crime organizado está dado pela nova lei, aos juízes competem seguir a nova lei, respeitando o seu conceito de crime organizado, que nada mais é que a soma dos requisitos típicos do art. 2º com a descrição de organização criminosa do art. 1º.

O Capítulo II da Lei n. 12.850/13 trata da investigação e dos meios de obtenção da prova em qualquer fase da persecução penal. Traz, nos incisos de seu art. 3º, os meios de prova que podem ser utilizados - sem prejuízo daqueles já previstos em lei -, a saber:

- 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.

Acerca da investigação e dos meios de obtenção da prova em relação ao crime organizado, não há necessidade no presente momento de maior aprofundamento, uma vez que o assunto será tratado posteriormente neste trabalho, em tópico próprio.

3. MODALIDADES DE PROVA INSERIDAS NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

3.1. PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS

O crime organizado é um fenômeno global, que tem exigido respostas das autoridades não somente sob uma perspectiva local - com inovações nos ordenamentos jurídicos -, mas também uma maior atenção de organismos internacionais.

Destaca-se a atuação de órgãos como a Organização das Nações Unidas (ONU), Organização dos Estados Americanos (OEA) e União Européia (EU), que incorporaram em seu debate o impacto do crime organizado na agenda global e a sua influência para a segurança mundial³³.

A já mencionada Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida também como Convenção de Palermo, recepcionada por nosso ordenamento pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, é um exemplo da atuação da ONU nesse sentido, tendo como objetivo *promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional*.

³³ WERNER, Guilherme Cunha. *O crime organizado transnacional e as redes criminosas: presença e influência nas relações internacionais contemporâneas*. 2009. 241f.. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

No entanto, apesar do profundo debate internacional acerca do combate à criminalidade organizada e dos diversos acordos de cooperação, o tratamento dado ao tema nos diversos ordenamentos jurídicos ainda é bastante heterogêneo, dificultando as ações dos Estados, haja vista essas organizações criminosas não se sujeitarem aos limites territoriais, optando por estabelecer suas operações em locais em que a repressão seja nula ou menos eficiente.

Como exemplos de diferentes tratamentos dados ao crime organizado nos diferentes ordenamentos, pode-se citar os sistemas legais adotados na Alemanha, Itália e Espanha, sucintamente abordados nos tópicos seguintes.

3.1.1 ITÁLIA

Em razão da forte presença dos grupos mafiosos no país, as "associações do tipo mafiosas" encontram tipificadas no Código Penal italiano, com pena de três a seis anos de reclusão para aquele que participar de uma dessas associações ou de quatro a nove anos para seus "promoventes" ou "dirigentes"³⁴.

Consoante apontamentos de Marcelo Batlouni Mendroni (2012, pp 239-240):

O artigo 416 *bis* do Códice Penale definiu, através de características mais marcantes, a associação de tipo mafiosa. Expressa o dispositivo que "a associação é do tipo mafioso quando aqueles que dela fazem parte se valem da força da intimidação do vínculo associativo e da condição de sujeitamento e submissão que dela deriva para cometer delitos, para obter, de modo direto ou indireto, a gestão ou o controle da atividade econômica, da concessões de autorizações, empreitadas e serviços públicos ou para realizar lucros ou vantagens injustas por si ou por outros ou então com o fim de impedir ou obstacularizar o livre exercício do voto ou de buscar votos para si ou para outros em pleitos eleitorais".

³⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 239.

Ressalta ainda, o autor, o destaque dado por aquele dispositivo acerca da infiltração da máfia no setor público, com o intuito de obter o controle ou a gestão das atividades econômicas. Sendo uma das características mais marcantes desse tipo de organização criminosa, que se aproveita da fragilidade do Estado para exercer suas atividades e influência sobre o setor público, sendo responsável, por exemplo, por fraudes em licitações e superfaturamento de obras.³⁵

Foram editadas diversas leis para o combate ao crime organizado, dentre elas:

- Lei n. 575, de 31 de maio de 1965 - Disposições contra a máfia

Estabelece medidas de prevenção e vigilância no combate às organizações mafiosas, como: a) a obrigação do investigado por "associação de tipo mafiosa" de permanecer em sua residência; b) medida de prevenção de sua "disponibilidade financeira", com a suspensão temporária da administração de seus bens; c) aumento de pena em caso de crimes cometidos durante a fase de vigilância; d) impossibilidade daquele contra a qual é imposta medida definitiva de prevenção de obter licenças, autorizações, habilitações, financiamentos ou outros procedimentos relacionados à atividade empreendedora que necessitem da participação do poder público³⁶.

- Lei n. 646, de 13 de setembro de 1982

Inseriu no Código Penal italiano, mais precisamente no já citado artigo 416-bis, o conceito de "associação de tipo mafioso"³⁷.

³⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 239.

³⁶ Ibid, p. 242-248.

³⁷ SANCHOTENE, Salise Monteiro. *Aspectos comuns entre o crime praticado por Milícias no Brasil e o tipo Mafioso na Itália*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao053/Salise_Sanchotene.html> Acesso em: 23 março 2014.

- Lei n. 356, de 7 de agosto de 1992

Trouxe inovações em relação a medidas investigativas contra as organizações mafiosas, com disposições mais específicas no que tange à armas, entorpecentes e lavagem de dinheiro. Em seu título II trata do crime da lavagem de dinheiro, enquanto que no título V estabelece regras relativas a "interceptações de telecomunicações" e "medida cautelar de permanência"³⁸.

- Decreto Legislativo n. 159, de 6 de setembro de 2011 - Código Antimáfia

Estabeleceu uma recopilação de todas as disposições relacionadas ao combate ao crime organizado, prevendo inclusive a adoção de novas medida, destacando-se as: a) medidas de prevenções especiais - vigilância especial ou de permanência na cidade ou província; b) Medidas de prevenção especial - investigação patrimonial, sequestro de bens ou valores, confisco; c) documentação antimáfia - comunicação e informação de restrições decorrentes de medidas de prevenção; d) Instituição de Banco de Dados Nacional da documentação antimáfia; e) criação da Direção Distrital Antimáfia.³⁹

Como exemplos de medidas de investigação e combate ao crime organizado prevista no ordenamento italiano, temos:

- 1) Interceptação das comunicações por determinação do Ministério Público:

Introduzida no Código de Processo Penal italiano pela Lei n. 356/92, a determinação de utilização de interceptação telefônica, por parte do Ministério Público, em casos de urgência. O Promotor que a determinar tem o prazo de 24 horas para comunicar o Juiz, que deve decidir acerca da ratificação ou anulação da medida no prazo de 48 horas. A interceptação não deve ser superior à quinze dias, no entanto, caso necessário, pode ser

³⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 248-250.

³⁹ *Ibid*, p. 270-273.

renovada por mais quinze dias, desde que através de despacho fundamentado.⁴⁰

2) Audiência por teleconferência:

Prevista no Decreto Legislativo n. 271, consiste na realização da audiência a distância, sem a presença física dos acusados ou testemunhas, procedendo oitiva por meio de equipamentos audiovisuais. Pode ser adotada por medida de proteção ou em caso de urgência, por requerimentos das partes ou de ofício, desde que existam meios técnicos idôneos para isso.

3) Falso testemunho ao Promotor de Justiça:

Na Itália, o Promotor de Justiça é encarregado de realizar os atos investigatórios de organização criminosa. Sendo assim, objetivando dar mais eficácia a investigação, o artigo 371 *bis* do Código Penal italiano prevê uma pena de até quatro anos de reclusão àquele que, no âmbito da investigação criminal, prestar ao Promotor de Justiça informação falsa.⁴¹

4) Combate à prática de usura:

Prática bastante comum entre as organizações criminosas, o crime de usura é tratado no artigo 644 *bis* do Código Penal italiano, que tratou de implementar seu combate, incrementando a punição.⁴²

5) Controle da venda de armas:

A Lei n. 356/92 além de outras medidas, introduziu um maior controle à venda de armas, munições e explosivos, tornando obrigatória a comunicação mensal de informações a respeito de quem adquiriu esses produtos.⁴³

⁴⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 250.

⁴¹ *Ibid*, p. 255-256.

⁴² *Ibid*, p. 256-257.

⁴³ *Ibid*, p. 258

7) Instituição de magistrados e promotores antimáfia:

Magistrados e promotores especialmente designados para trabalharem em conjunto com a DNA (*Direzione Nazionale Antimafia*). A DNA é dirigida por um procurador nacional antimáfia e 20 promotores, e foi criada com o intuito de coordenar as atividades e investigações dos Ministérios Públicos relacionados a criminalidade organizada.⁴⁴

8) Revista em edifícios:

Prevista no art. 25 *bis* da Lei n. 356/92, trata-se da possibilidade de revista em edifícios, por parte da polícia judiciária, em casos de fundada suspeita de que nesses locais estejam escondidas armas, munições, explosivos, ou mesmo um fugitivo acusado de algum crime relacionado à organização mafiosa.⁴⁵

9) Infiltração de agentes:

A utilização de agentes infiltrados está prevista no artigo 97 do Decreto n. 309/90; no artigo 12-*quarter* da Lei n. 356/92 e no artigo 14 da Lei n. 269/98)⁴⁶.

10) Tipificação do crime de lavagem de dinheiro:

O crime de lavagem de dinheiro está previsto no art. 648 *bis* Código Penal italiano, com pena de reclusão de 4 a 12 anos e multa. Também há a tipificação do crime de "emprego de dinheiro, bem ou utilidade de procedência ilícita" no art. 648 *ter* do mesmo código.⁴⁷

11) Criação da *Direzione Investigativa Antimáfia* (DIA):

Criada pela Lei n. 410/91, tem a finalidade de aprimorar a coordenação entre o Ministério Público e a Polícia, além de melhor a

⁴⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 250.

⁴⁵ *Ibid*, p. 258-259.

⁴⁶ *Ibid*, p. 260-261.

⁴⁷ *Ibid*, p. 261-262.

capacidade técnica da Polícia, com a sua modernização, melhorando a estrutura e a capacitação dos agentes.

2.1.2 ALEMANHA

Não há no ordenamento jurídico alemão definição legal de *organização criminosa*, tampouco punição específica a seus integrantes. No entanto, existem agravantes de pena àqueles considerados como membros de organização criminosa, devendo tal situação ser analisada em face do caso concreto.⁴⁸

Embora o crime organizado não seja tratado por legislação especial pelos Códigos alemães, merece destaque a lei denominada de *Besonderen Ermittlungsmaßnahmen im OrgKg von 1992 und für weitere Gesetze* (Medidas especiais de combate ao Crime Organizado, e demais crimes, de 1992), que integrou ao Código de Processo Penal Alemão medidas como requisição e análise de dados pessoais, agentes infiltrados e medidas sem conhecimento do investigado, entre outras. A utilização de tais medidas não está limitada à casos que envolvam organizações criminosas, mas também para a investigação de crimes graves⁴⁹.

Os doutrinadores alemães dividem as medidas para o combate ao crime organizado em duas formas distintas: materiais e processuais. Por formas processuais entende-se o sequestro e confisco de bens, proveitos de crimes, ou outras medidas decorrentes das ações que envolvam lavagem de dinheiro. Já como exemplo de medidas processuais temos: a) análise dos dados pessoais do suspeito; b) monitoramento das ações acústicas e visuais do suspeito, por meio de aparelhos; c) interceptação telefônica ou outros meios

⁴⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 224.

⁴⁹ Ibid.

eletrônicos de comunicação; d) outras formas de monitoramento das ações do suspeito; e) infiltração de agentes⁵⁰.

2.1.3 ESPANHA

Na Espanha existe uma grande preocupação com as ações de grupos terroristas, em especial o GRAPO⁵¹ e o ETA⁵². Por isso a opção do legislador espanhol em tratar do crime de terrorismo ao invés das organizações criminosas de maneira geral, embora se entenda o *terrorismo* como uma espécie do gênero *organização criminosa*⁵³.

Os crimes de terrorismo são tratados na Seção 2º do Capítulo V do Título XXII (trata dos crimes contra a ordem pública) do Código Penal espanhol.

A definição de participação em grupo terrorista encontra definição no artigo 571 daquela seção, que prevê a pena de reclusão de quinze a vinte anos, àqueles que "participando, atuando a serviço ou colaborando com grupos armados, organizações ou grupos cuja finalidade seja a de subverter a ordem constitucional ou alterar gravemente a paz pública, cometam os delitos de estragos ou incêndios tipificados no artigos 346 e 351":

Artículo 571: Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin

⁵⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 226-238.

⁵¹ GRAPO: *Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre*, grupo de esquerda com forte ligação com o Partido Comunista da Espanha.

⁵² ETA: *Euskadi Ta Askatasuna* (Pátria Basca e Liberdade), grupo com ideologia marxista-leninista, luta pela independência da região do País Basco.

⁵³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 298.

perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas.

Por sua vez, o artigo 572 daquele diploma legal, utilizando a mesma definição de participação ao terrorismo do artigo anterior, traz outras situações específicas, com a prática de crimes contra pessoas:

Artículo 572

1. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán:

1º. En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaran la muerte de una persona.

2º. En la pena de prisión de quince a veinte años si causaran lesiones de las previstas en los artículos 149 y 150 o secuestraran a una persona.

3º. En la pena de prisión de diez a quince años si causaran cualquier otra lesión o detuvieran ilegalmente, amenazaran o coaccionaran a una persona.

2. Si los hechos se realizaran contra las personas mencionadas en el apartado 2 del artículo 551 o contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, se impondrá la pena en su mitad superior.

Como medidas de combate e investigação ao crime organizado pode-se citar: a) a **infiltração de agentes**, prevista no art. 282 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*; b) **entrega vigiada**, prevista no art. 263 *bis* da supracitada lei (monitoramento da atividade criminosa, semelhante à "ação monitorada"); c) **proteção de testemunhas**, prevista na *Ley Orgánica 19* de 23 de dezembro de 1994; d) **tipificação do crime de lavagem de dinheiro** (os crimes de lavagem de dinheiro encontram previsão nos artigos 301 a 304 do Código Penal espanhol); e) **interceptação de comunicações**, prevista na Lei n. 32/2003.

3.2. A LEGALIDADE COMO PRESSUPOSTO À VALIDADE DAS PROVAS

Segundo a lição de Flávio Cardoso de Oliveira⁵⁴, *prova é todo elemento pelo qual se procura mostrar a existência e a veracidade de um fato. Sua finalidade, no processo, é influenciar no convencimento do julgador.*

Por seu turno, Guilherme Nucci (*apud* TÁVORA; ALENCAR p. 388) ensina que existem *três sentidos para o termo prova*: a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

Comumente, as provas podem ser classificadas: a) quanto ao objeto; b) quanto ao efeito ou valor; c) quanto ao sujeito ou causa e; d) quanto à forma ou aparência⁵⁵.

a) Quanto ao objeto (incidência entre a prova e o fato a ser provado):

a.1) Direta: demonstra diretamente o fato a ser provado. Ex: testemunha.

a.2) Indireta: relacionada a outro fato que, por ilação, remete-se ao fato a ser provado. Ex: álibi.

b) Quanto ao efeito ou valor (grau de certeza pela apreciação da prova):

b.1) Plena: imprime no julgador um juízo de certeza acerca do fato apreciado.

⁵⁴ OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. *Direito Processual Penal*. In: FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho (Coord.). *Teoria unificada: primeira fase*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 265.

⁵⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 390-391.

b.2) Indiciária: prova limitada quanto à profundidade.

c) Quanto ao sujeito ou causa (em que consiste a prova, sua natureza):

c.1) Real: emerge diretamente do fato. Ex: fotografia, pegadas.

c.2) Pessoal: decorre do conhecimento, da experiência de alguém. Ex: confissão, testemunho, declaração.

d) Quanto à forma ou aparência (forma como a prova se revela, sua característica):

d.1) Testemunhal: expressa pela afirmação de uma pessoa, independentemente de ser testemunha ou não. Ex: interrogatório do réu, testemunho.

d.2) Documental: elemento que condensa graficamente uma ideia, um texto. Ex: contrato.

d.3) Material: qualquer elemento que corporifique a demonstração de um fato. Ex: exame de corpo de delito, instrumentos utilizados para o cometimento do crime.

A instrução probatória configura importante momento do processo, sendo indispensável assegurar às partes o direito de produzir provas, sob pena de violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Soma-se ao direito à prova o princípio da verdade real ou material, impondo que sempre se procure conhecer, o mais fielmente possível, os fatos que motivaram a acusação⁵⁶.

⁵⁶ SANTOS, Paulo Ivan da Silva. As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2110/as-provas-obtidas-com-violacao-da-intimidade-e-sua-utilizacao-no-processo-penal/1>> Acesso em 04 abril 2014.

O direito à prova é uma das garantias das partes no Processo Penal. Não se limita à obrigação de se produzir com vistas ao princípio da verdade real, mas garantir que a parte tenha a liberdade de requerer a produção de prova, acompanhar sua produção e ter a prova analisada em juízo⁵⁷.

Eugênio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA 2009, p. 294) leciona que *consequência [...] do direito à prova, ou o seu reverso, porquanto dirigido ao mau exercício por parte dos órgãos da persecução penal, seria o de exclusão das provas obtidas ilicitamente.*

A inadmissibilidade das provas ilícitas encontra previsão no art. 5º, LVI, da Constituição Federal:

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

[...]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

O art. 157 do Código de Processo Penal também reproduz tal vedação, incluindo, inclusive, a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas em seu § 1º:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras

⁵⁷ OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. *Direito Processual Penal*, 5. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 112.

Acerca da vedação da prova ilícita, ensinam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar⁵⁸

Seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas. O Estado precisa ser sancionado quando viola a lei. Assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais, e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo.

Um dos princípios fundamentais para a obtenção de provas é o da legalidade. A obediência a lei é requisito imprescindível e obrigatório a qualquer atividade desenvolvida por um Estado de Direito. Os atos de todos os cidadãos e do próprio Estado devem encontrar respaldo em uma lei prévia e de caráter geral. O princípio da legalidade exige que todo o meio extraordinário e limitador de direitos fundamentais, como a infiltração de agentes, esteja descrito no ordenamento jurídico.⁵⁹

Sobre o princípio da legalidade, cumpre colacionar os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (PIETRO 2009, p. 64):

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

O respeito ao princípio da legalidade visa a preservação das garantias individuais do investigado, evitando excessos por parte da

⁵⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 395.

⁵⁹ PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*. 1. ed. Córdoba: Lerner Editora, 2012, p. 453-455.

administração e delimitando a atuação de seus agentes durante não somente o inquérito policial, mas toda a persecução penal.

Conforme bem pontuou Ruchester Marreiros Barbosa⁶⁰:

O investigado não é um objeto do direito penal o processual penal, e conseqüentemente, objeto da investigação. O investigado é pessoa de cuja regra do jogo para as todas as pessoas no Estado Democrático de Direito é o respeito às liberdades públicas, sendo o objeto do direito penal e processo penal o fato.

Assim, a investigação tem como objeto o fato. O investigado é sujeito de direitos na investigação e suas garantias individuais devem ser resguardadas.

Somente em caráter excepcional pode-se admitir outros meios de prova não previstos no CPP ou em legislação específica, desde que tomados todos os cuidados para que não haja violação dos limites constitucionais e processuais da prova, sob pena de ilicitude ou ilegitimidade.⁶¹

3.3. INVESTIGAÇÃO E MEIOS DE PROVA EM FACE DO CRIME ORGANIZADO

A lei n. 12.850/13 trata em seu capítulo II da investigação e dos meios de obtenção de prova na fase de persecução penal, que abrange a investigação preliminar e o processo. Cumpre destacar que os atos investigatórios têm limitado valor probatório, haja vista sejam realizados sem o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, sob o manto do segredo⁶².

⁶⁰ BARBOSA, Ruchester Marreiros. *O inquérito policial de garantias - sigilo e direito à informação do investigado - aspectos constitucionais penais*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11729&revista_caderno=22> Acesso em 06 abril 2014.

⁶¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 581.

⁶² *Ibid*, p. 547.

Os meios de obtenção de prova previstos no capítulo II da lei n. 12.850/13 são: a colaboração premiada; a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; a ação controlada; o 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; a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; a infiltração, por policiais, em atividade de investigação; a 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 colaboração premiada, a ação controlada, a infiltração de agentes e o acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações são tratados nas seções I, II, III e IV, respectivamente.

1. Colaboração premiada

Prevista no art. 4º da Lei 12.850/13, a colaboração premiada é modalidade de meio de obtenção de prova que possibilita a negociação entre agentes públicos encarregados na persecução penal e os integrantes da organização criminosa.⁶³

Conforme lição de Luiz Flávio Gomes (*apud* NETO), ela ocorre "quando o acusado não só confessa sua participação no delito imputado, como também delata outro ou outros participantes do mesmo fato, contribuindo para o estabelecimento de outro ou outros crimes e sua autoria".

Ou seja, visa o fornecimento de informações que levem à identificação dos demais integrantes da organização criminosa, possibilitando elucidação de outros crimes praticados e o desmantelamento do grupo.

Conforme dispõe o *caput* do referido artigo consiste na possibilidade, por parte do juiz, a requerimento das partes, de conceder perdão judicial,

⁶³ ROSA, Emanuel Motta da. *A lei 12850/2013 e a repressão ao Crime Organizado*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/emanuelmotta/2013/10/21/a-lei-128502013-e-a-repressao-ao-crime-organizado-no-ordenamento-juridico-brasi/>> Acesso em: 4 abril 2014.

reduzir a pena privativa de liberdade ou substituí-la por pena restritiva de direitos daquele que tenha contribuído com a investigação e com o processo criminal, desde que preenchidos três requisitos para sua validade: a) que a colaboração tenha sido efetiva; b) voluntária e; c) que tenha gerado um ou mais resultados previstos nos incisos I ao V:

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.

Cumprе ressaltar ainda que, a teor do estabelecido no § 1º do já mencionado artigo, para a concessão do benefício da colaboração premiada o julgador deverá levar em conta: *a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.*

2. Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos

A captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, consiste na captação de som e/ou imagem de uma conversa, feita por um terceiro, sem que nenhum dos interlocutores tenha conhecimento dessa gravação. Está prevista no inciso II do art. 3º 12.850/13:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

[...]

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

Percebe-se que o legislador não estabeleceu os critérios e as limitações para utilização desse instituto, ficando a critério da doutrina e da jurisprudência. Em face disso, inclusive, tramita o Projeto de Lei n. 510, de 2013, do Senado Federal objetivando regulamentar *a gravação, a escuta e a interceptação ambientais, para fins de utilização em processos judiciais ou administrativos*.

A captação ambiental estava prevista no inciso IV do artigo 2 da Lei n. 9.034/95 (revogada pela Lei 12.850/13), que assim previa:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

[...]

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

É possível verificar alterações substanciais na redação, como a exclusão da expressão *interceptação*, e ausência de menção quanto à necessidade de autorização judicial.

3. Ação controlada

Conforme previsto no caput do Art. 8º da Lei n. 12.850/13, a ação controlada consiste 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*".

Segundo Rômulo de Andrade Moreira: "*A ação controlada, típico ato de investigação, nada mais é que do que a não imediata atuação policial, quando se inicia a prática do delito. Trata-se, aqui, de mais uma hipótese de*

flagrante diferido ou protelado, cuja previsão legal já existia na Lei nº. 9.034/95 (art. 2º., II) e ainda hoje consta da Lei nº. 11.343/06 (art. 53, II). Permite-se, por exemplo, que não se prenda os agentes desde logo, ainda que em estado de flagrância, quando há possibilidade que o diferimento da medida possa ensejar uma situação ainda melhor do ponto de vista repressivo."⁶⁴

Para a efetivação da medida é necessária a ocorrência de dois requisitos: a) existência de informações que apontem a ocorrência de outros atos ilícitos relacionados à prática investigada e que justifiquem o retardo na intervenção; b) a prévia comunicação ao juiz competente.

4. 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

Previsto no art. 15 da Lei n. 12.850/13, permite que o delegado de polícia e o Ministério Público tenham acesso, "*independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.*"

Nota-se que ao mesmo tempo em que concede amplos poderes à polícia e ao Ministério Público na investigação, visto que não precisam se sujeitar a autorização judicial para terem acesso a esses dados, delimitam a aplicação desse instituto, restringindo-se aos casos expressamente previstos naquela lei.

Por seu turno, o art. 16 determina às empresas de transporte a manutenção desses registros pelo prazo de cinco anos, assim como o art. 17 o determina às empresas de telefonia.

⁶⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A nova Lei de organização criminosa – lei nº. 12.850/2013*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013/>> Acesso em: 04 abril 2014.

5. Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas

Conforme se observa da leitura do art. 3º, inciso V, da Lei n. 12.850/13, não tratou o legislador de regulamentar a interceptação telefônica, apenas prevendo sua utilização, deixando a cargo de legislação específica sua regulamentação:

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;

Na verdade a interceptação telefônica é regulamentada pela Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, embora já se encontrasse prevista como exceção à inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações, conforme disposto no inciso VII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal:

XII - 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;

Consiste na captação e gravação de conversas telefônicas, mediante prévia autorização judicial, sem o conhecimento dos interlocutores. Tem como uma de suas principais vantagens a possibilidade de se entender a conhecer a fundo e em tempo real, os métodos e locais de atuação dos investigados, bem como a identificação de outros envolvidos com a prática criminosa⁶⁵.

⁶⁵ ROCHA, Ana Brasil. *Medidas cautelares como meios de investigação e fontes de obtenção de provas*. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Crime Organizado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 333.

É utilizado em tão larga escala que os infratores muitas vezes tentam desenvolver mecanismos para dificultar a interpretação das conversas, na tentativa de burlar as investigações. Nesse sentido, pontuou Jiskia Sandri Trentim⁶⁶:

É bem verdade que já se teve mais sucesso com o seu emprego, antes de ter sido tão difundido o seu uso entre infratores da lei penal: os "profissionais do crime" deixaram de falar abertamente ao telefone; ou, quando falam, utilizam-se de códigos, dialetos e idiomas estrangeiros para turbarem a compreensão de seus diálogos, exigindo dos agentes incumbidos de operacionalizar a ferramenta extrema habilidade para poder compreender o real sentido da conversação, apresentando-se, então, o primeiro desafio do seu manejo.

6. Afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal

Ainda que não haja previsão expressa na Constituição Federal acerca da inviolabilidade do sigilo das informações sobre movimentações financeiras, dados bancários ou patrimoniais, estes encontram o mesmo amparo conferido às comunicações telefônicas, uma vez que inseridas entre as garantias da inviolabilidade à intimidade e à vida privada, garantias essas fundamentais, dispostas no art. 5º, X, da Constituição⁶⁷:

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;

Tais garantias, no entanto, não são absolutas, sendo possível sua relativização em situações expressamente previstas em lei e quando realmente necessárias à investigação, casos em que o interesse público se sobrepõe ao

⁶⁶ TRENTIM, Jiskia Sandri. *Crime organizado: ferramentas legais de combate - interceptação telefônica e ambiental - e suas deficiências*. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Crime Organizado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 384.

⁶⁷ ROCHA, Ana Brasil. *Medidas cautelares como meios de investigação e fontes de obtenção de provas*. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Crime Organizado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 339.

interesse privado. Nesse sentido cumpre colacionar as lições de Ana Brasil Rocha (ROCHA 2012):

[...] estabelecido o sigilo das informações, fiscais ou bancárias, o fundamento para relativizá-lo é similar ao da exceção criada ao sigilo das comunicações telefônicas, isto é, não existem direitos absolutos, mormente quando o sigilo é utilizado de forma abusiva para prática de crimes na clandestinidade. Neste caso, o interesse público sobrepõe-se ao interesse privado e, havendo indícios suficientes da prática de crimes, é possível a quebra dos sigilos fiscal e bancário, cujos elementos obtidos poderão subsidiar uma investigação.

No mesmo norte, Juarez Tavares (*apud* NETO):

[...] sua proteção pode ceder diante do interesse público relevante e maior a exigir a divulgação dos dados individuais, desde que, entretanto, assegurados o devido processo legal e todas as garantias de preservação da vida privada.

Da mesma forma como fez com a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas, quando da edição da Lei n. 12.850/13, o legislador não tratou de regulamentar o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, deixando também a cargo de legislação específica:

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:

[...]

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

O afastamento do sigilo bancário e financeiro encontra aporte nos parágrafos 3º, inciso IV, e 4º do artigo 1º, da Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

[...]

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

[...]

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a Administração Pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX – praticado por organização criminosa.

Da leitura do referido dispositivo é possível concluir que se trata de rol meramente exemplificativo, podendo-se incluir outros crimes não mencionados naquele parágrafo, desde que com autorização judicial.

Por seu turno, o afastamento do sigilo fiscal encontra amparo no inciso I, do parágrafo 1º, do art. 198 do Código Tributário Nacional (incluído pela Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001):

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

4. O AGENTE INFILTRADO NA NOVA LEI DE CRIME ORGANIZADO

4.1. O AGENTE INFILTRADO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O instituto do agente infiltrado representa um importante meio para obtenção de prova na persecução da criminalidade organizada moderna. A infiltração de agentes na estrutura das organizações criminosas permite a revelação de um grande volume de informações sobre seu funcionamento.

O agente infiltrado atua com sua identidade encoberta, inserido no meio criminal para colher informações e investigar o *modus operandi* dos membros da organização criminosa, visando oferecer elementos para a atuação policial.⁶⁸

Conforme ensinamento de José Luís Seoane Spiegelberg (*apud* CAPEZ p. 282), agente infiltrado é “*a pessoa que, integrada na estrutura orgânica dos serviços policiais, é introduzida, ocultando-se sua verdadeira identidade, dentro de uma organização criminosa, com a finalidade de obter informações sobre ela e, assim proceder, em consequência, à sua desarticulação*”.

Segundo Marcelo Batlouni Mendroni (2012 p. 119) “*as vantagens que podem advir desse mecanismo processual são evidentes: fato criminosos não esclarecidos podem ser desvelados, modus operandi, nomes - principalmente dos 'cabeças' da organização, nomes de 'testa de ferro', bens,*

⁶⁸ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Agente procovador, agente infiltrado e o novo paradigma de processo penal*. In: MOREIRA, Rômulo (Org.). *Leituras complementares de Processo Penal*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 106.

planos de execução de crimes, agentes públicos envolvidos, nomes de empresas e outros mecanismos utilizados para a lavagem de dinheiro etc".

Trata-se, pois, de meio investigativo presente em quase todos os países, embora em alguns ordenamentos não esteja positivado⁶⁹. No Brasil, a primeira legislação a tratar do tema foi a Lei n. 9.034/95, que em sua redação original, assim dispunha⁷⁰:

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:

I – a infiltração de agentes de polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer coparticipação delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade.

O referido restou vetado pelo Presidente da República quando da aprovação da supracitada lei, com o argumento de que contrariava o interesse público. Utilizou-se também, como razão para o veto, manifestação do Ministério da Justiça⁷¹:

O inciso I do art. 2º, nos termos em que foi aprovado, contraria o interesse público, uma vez que permite que o agente policial, independentemente de autorização do Poder Judiciário, se infiltre em quadrilhas ou bandos para a investigação de crime organizado.

Essa redação, como se pode observar, difere da original, fruto dos estudos elaborados por uma subcomissão, presidida pelo Deputado Miro Teixeira, que tinha como relator o Deputado Michel Temer,

⁶⁹ PEREIRA, Filipe Alves Martins; SILVA, Rafael de Vasconcelos. *Análise Jurídica da Nova Lei de Organizações Criminosas - Lei 12.850/13, de 05 de agosto de 2013*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/09/17/analise-juridica-das-novas-leis-de-organizacoes-criminosas/>> Acesso em: 20 abril 2014.

⁷⁰ CARLOS, André; FRIEDE, Reis. *Aspectos Jurídico-Operacionais do agente infiltrado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 01.

⁷¹ Mensagem n. 483. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9034-1995.pdf> Acesso em: 10/05/2014

criada no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e Redação, que, de forma mais apropriada, condicionava a infiltração de agentes de polícia especializada em organização criminosa à prévia autorização judicial.

Além do mais, deve-se salientar que o dispositivo em exame concede expressa autorização legal para que o agente infiltrado cometa crime, preexcluída, no caso, a antijuridicidade, o que afronta os princípios adotados pela sistemática do Código Penal.

Em assim sendo, parece-nos que o inciso I do art. 2º deve merecer o veto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, nos termos do art. 66, § 1º. da Constituição Federal, ressaltando, contudo, que este Ministério, posteriormente, encaminhará proposta regulamentando a matéria constante do dispositivo acima mencionado.

De qualquer forma, tal dispositivo, com sua redação original, não teria muita eficácia na prática, uma vez que não autorizava o agente infiltrado a cometer qualquer delito, o que inviabilizaria a utilização desse meio de investigação. Nesse sentido, ensinou Fernando Capez⁷²:

Previa a infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, sem permitir, contudo, a participação em crimes cometidos pelo grupo, exceção feita ao próprio crime de participação em quadrilha ou bando, cuja ilicitude ficaria excluída. Esse dispositivo foi vetado pelo Presidente da República. Caso viesse a ser aprovado, teria duvidosa eficácia, uma vez que, não podendo o infiltrado cometer crimes, acabaria tendo sua identidade revelada, pois a prática de delitos constitui uma das primeiras exigências para alguém tomar parte na organização, como demonstração de coragem e lealdade.

Empós, com a edição da Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001, é finalmente introduzido no ordenamento jurídico o instituto do agente infiltrado. A mencionada lei tratou de alterar os arts. 1º e 2º da Lei n. 9.034/95 que passou a vigorar com o seguinte texto:

⁷² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*, volume 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 273.

Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

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.

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

Verifica-se, pois, que a nova redação dada pela Lei n. 10.217/01 acerca da infiltração de agentes corrigiu o problema da dispensa da autorização judicial que motivou o veto presidencial ao inciso I do art. 2º da Lei n. 9.034/95.

A infiltração policial também foi tratada pela Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que assim dispunha em seu art. 33:

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

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

Destaca-se que a Lei n. 10.409/02 restou revogada pela Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, conhecida como Lei de Drogas, que também prevê a figura do agente infiltrado em seu art. 53:

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

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

No entanto, apesar da previsão legal tanto na Lei n. 9.034/95 quanto na Lei n. 10.409/02, inexistia qualquer regramento acerca da infiltração de agentes, o que gerou uma série de questionamentos acerca de sua aplicabilidade. Todavia, o entendimento doutrinário majoritário acabou sendo da aplicação do instituto⁷³.

Colaciona-se a lição de Jesus e Bechara (2005 *apud* CARLOS; FRIEDE, 2014, pp. 05-06):

Apesar da reação lacunosa da lei que introduziu a figura do agente infiltrado, não há necessidade de regulamentação dela por meio de outra espécie normativa. A principal exigência para sua aplicação, que constituiu o standard mínimo para o deferimento da medida, está expressamente reconhecida. Assim, há as exigências de se tratar de associação criminosa e de decisão judicial fundamentada. Não se fez qualquer alusão quanto ao procedimento ou ao prazo da medida. É possível, contudo, afirmar a intencionalidade dessa omissão legislativa, uma vez que a determinação do prazo deve se orientar pela necessidade do caso concreto e pelo bom senso e responsabilidade do juiz. Por outro lado, a iniciativa de provocação é do Ministério Público e da autoridade policial. Por se tratar de uma providência indiscutivelmente de caráter cautelar, o pedido deve ser autuado em apartado, mantido o absoluto e irrestrito sigilo ao longo da infiltração.

A infiltração de agentes somente veio a experimentar algum nível de regulamentação com a promulgação da Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, que revogou a Lei n. 9.034/95, o que trouxe uma normatização mais adequada

⁷³ CARLOS, André; FRIEDE, Reis. *Aspectos Jurídico-Operacionais do agente infiltrado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 04-05.

ao instituto e sua aplicabilidade. Nas palavras de Carlos e Friede (2014 p. 7): *"finalmente, a Lei n. 12.850/13 aclarou o panorama referente à infiltração policial, cuja imprecisão [...] possibilitava toda uma sorte de interpretações, pondo em risco, até mesmo, o princípio da segurança jurídica"*.

A infiltração é meio de prova previsto no art. 3º, VII, da Lei n. 12.850/13 e regulamentado em sua Seção III.

Seus requisitos encontram-se elencados nos arts. 10 e 11 daquela lei:

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.

§ 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.

4.2 AGENTE INFILTRADO: DIREITO COMPARADO

Na Argentina os dispositivos legais referentes ao crime organizado se limitam aos delitos relacionados ao narcotráfico, ao contrabando, corrupção e ao tráfico de armas e pessoas. O agente infiltrado é tratado no parágrafo único do artigo 33 da Lei n. 23.737 de 1989 (modificada pela Lei n. 24.424 de 1995), com a denominação de "agente encubierto". Sua utilização é restrita a delitos relacionados ao narcotráfico e, semelhante à nossa legislação, prevê o instituto da ação controlada.

Na Colômbia o combate ao tráfico internacional de drogas é prioridade do governo. Para se ter ideia da dimensão do crime organizado naquele país, estima-se que ele seja responsável pelo refino de 70% de toda a cocaína consumida no mundo. Têm-se empregado duas expressões para definir o crime organizado na Colômbia: "narcocriminalidade" e "narcoterrorismo"⁷⁴.

O agente infiltrado é tratado nos artigos 241 e 242 do Código de Processo Penal colombiano que prevê a participação do denominado, assim como na Argentina, "agente encubierto".

No direito penal espanhol também existe a figura do agente encoberto ao invés do agente infiltrado, por entenderem que a maior amplitude dessa última definição possa incluir indivíduos sem permissão legal. Sua definição está prevista no artigo 282 da Lei de Enjuiciamiento Criminal como funcionário da Policia Judicial, com identidade falsa para investigação em material de delinquência organizada que adquire e transporta objetos, efeitos ou instrumentos de delito, bem como para adiar sua apreensão.

Na Itália a utilização de agentes infiltrados encontra previsão: a) no art. 97 do Decreto n. 309/90 (possibilidade de aquisição de entorpecentes por agentes); b) no artigo 12-*quarter* da Lei n. 356/92 (possibilidade de substituição

⁷⁴ MACHADO, André Augusto Mendes; SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão. *O crime organizado na Colômbia. In: Crime organizado - Aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

de dinheiro, bens ou outros benefícios a partir de crime relacionados à criminalidade mafiosa ou que tentem impedir a identificação de sua fonte); c) na Lei n. 269/98 (possibilidade, mediante autorização judicial, de aquisição simulada de material pornográfico ou intermediação, relacionados à exploração e ao turismo sexual de menores)⁷⁵.

4.3. LIMITES E EXIGÊNCIAS PARA ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO

O princípio da legalidade é indispensável para a construção de um Estado de Direito. A atuação do Estado está, necessariamente, submetida a tal princípio, limitando a atividade administrativa e dando um sentido de garantia de respeito aos direitos individuais dos administrados.

Para qualquer atividade estatal, como no caso a infiltração de agentes na investigação criminal, deve haver previsão legal e o Estado e seus agentes somente podem agir de acordo com aquilo que a lei estabelecer. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 103): (o princípio da legalidade é) *a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei.*

Conforme já explicitado no presente capítulo, os requisitos legais para a infiltração de agentes encontram elencados nos artigos 10 e 11 da Lei n. 12.850/13:

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.

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

⁷⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 260.

§ 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.

1. Representação do delegado de polícia ou requerimento do Ministério Público

De acordo com o disposto no *caput* do art. 10, a infiltração deverá ser solicitada por representação do delegado de polícia ou requerimento do Ministério Público. Além disso, quando da representação, solicitada no curso do inquérito policial, deverá o delegado de polícia se manifestar acerca da viabilidade técnica da infiltração policial.

Por sua vez, o § 1º daquele artigo estabelece que em caso de representação do delegado de polícia, o Ministério Público deverá ser ouvido antes que o juiz competente decida acerca da medida.

O art. 11, por seu turno, prevê que tanto o requerimento do Ministério Público quanto a representação do delegado de polícia deverão conter *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.*

2. Necessidade de autorização judicial circunstanciada, motivada e sigilosa

A Lei n. 12.850/13 determina, de maneira expressa, em seu art. 10, *caput*, a exigência imposta à infiltração policial de que seja precedida de autorização judicial circunstanciada, motivada e sigilosa, que ainda estabeleça os limites da infiltração.

Conforme doutrina de André Carlos e Reis Friede (2014):

O adjetivo *circunstanciada* revela que o magistrado não deve se limitar a autorizar a medida. Deve, sim, pormenorizá-la tanto quanto possível, estabelecendo os limites da infiltração policial, de modo que o delegado de polícia responsável pelas investigações (e pelo controle direto da operação a ser desencadeada) e o agente infiltrado possam ter um norte referencial das atribuições (e respectivas balizas) a serem desenvolvidas no âmbito da organização criminosa.

3. Natureza da infração penal

Consoante disposto no § 2º do art. 10, somente será admitida a infiltração policial em caso de indícios de ocorrência de infração penal tratada no art. 1º, ou seja, relacionada às organizações criminosas:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

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

§ 2º Esta Lei se aplica também:

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

II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

4. Imprescindibilidade da medida

Ainda de acordo com o § 2º do art. 10, a infiltração policial somente será admitida desde que a prova não possa ser produzida por outros meios possíveis, o que reforça o caráter de excepcionalidade da medida.

Cuida-se, pois, de medida de caráter excepcional, que não somente coloca em risco a integridade física do agente, mas também restringe direitos e garantias do investigado, pois bastante invasiva.

Portanto, necessário o respeito ao princípio da subsidiariedade, devendo-se optar pela infiltração de agentes somente quando não for possível a investigação por outro meio.

5. Sigilo acerca da infiltração

O sucesso da operação, assim como a segurança do agente dependem, obviamente, do absoluto sigilo acerca da infiltração policial.

Tal sigilo encontra respaldo tanto no *caput* do art. 10, quando trata da *sigilosa autorização policial*, quando no art. 12, *caput* e parágrafo 2º:

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

[...]

§ 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.

6. Infiltração realizada por agente policial

Ao contrário do que ocorre em outros países, e até mesmo do que previa a Lei n. 9.034/95 (que fazia referência à infiltração de agentes de inteligência), conforme se verifica da leitura do *caput* do art. 10 da Lei n. 12.850/13, a infiltração somente poderá ser realizada por um agente policial. Conforme ensinam André Carlos e Reis Friede (2014 p. 26), "*embora a lei não mencione expressamente, trata-se de agente de polícia judiciária, ou seja, de um integrante da Polícia Federal ou das Polícias Civis dos Estados e do Distrito Federal, instituições incumbidas de apurar a autoria e materialidade de infrações penais.*

7. Voluntariedade da infiltração

Destaca-se ainda que conforme previsto no art. 14, I, da Lei n. 12.850/13, o agente tem direito à se recusar ou fazer cessar sua atuação infiltrada. Dessa forma, observa-se que como requisito, ainda que não expresso, a infiltração deverá ser voluntária, uma vez que possível sua recusa pelo policial.

8. Prazo da infiltração

Conforme disposto no § 3º do art. 10, o prazo para infiltração policial será de, no máximo, 6 (meses), podendo ser renovado desde que comprovada a necessidade. Note-se que o legislador optou por não estabelecer um limite quanto a essas renovações, exigindo, contudo, que o magistrado verifique a necessidade de prorrogação do prazo.

9. Segurança do agente infiltrado

A segurança do agente infiltrado encontra-se albergada não somente nos dispositivos referentes ao sigilo da operação, mas também em relação ao sigilo e preservação de sua identidade, previsto no art. 12 e nos incisos II, III e IV do art. 14:

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

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

§ 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.

[...]

Art. 14. São direitos do agente:

[...]

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.

Além disso, a excludente de culpabilidade fundamentada na inexigibilidade de conduta diversa prevista no parágrafo único do art. 13, proporciona maior segurança jurídica ao agente infiltrado que, estando inserido em uma organização criminosa, se vê compelido à prática de crimes, sob pena de ter sua identidade revelada, colocando em risco não somente a operação, como sua própria segurança.

Não obstante, têm-se o parágrafo 3º do art. 12 que estabelece que "*havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia*" ou mesmo o inciso I do art. 14, que permite ao agente cessar sua atuação infiltrada a qualquer momento.

Por seu turno, os limites impostos à atuação do agente no âmbito da infiltração encontram-se dispostos no art. 13 da Lei n. 12.850/13, *in verbis*:

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

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

A falta de clareza acerca dos limites da atuação dos agentes torna sua atividade arriscada não somente em relação a proximidade com os criminosos e a possibilidade de ser descoberto e sofrer duras represálias, mas também de estar submetido à punições administrativas e responsabilização criminal⁷⁶.

Essa ausência de uma legislação que delimite precisamente a atuação desses agentes é consequência da própria natureza da infiltração e da complexidade da matéria, não sendo possível que o legislador estabeleça exaustivamente esses limites. Também não parece desejável permitir que o agente infiltrado possa agir sem quaisquer limitações, com autorização para roubar, matar ou estuprar livremente⁷⁷.

Quanto à possibilidade da prática de delitos pelo agente infiltrado, a doutrina já previa a possibilidade de prática de crime por parte do agente infiltrado antes mesmo da promulgação da supracitada lei, ainda que não houvesse previsão legal, desde que respeitados os princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e da adequação social.

⁷⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crime organizado: nova Lei 12.850/13 e o problema da conduta dos agentes infiltrados no cometimento de infrações penais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26586/crime-organizado-nova-lei-12-850-13-e-o-problema-da-conduta-dos-agentes-infiltrados-no-cometimento-de-infracoes-penais>> Acesso em 06 abril 2014.

⁷⁷ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crime organizado: nova Lei 12.850/13 e o problema da conduta dos agentes infiltrados no cometimento de infrações penais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26586/crime-organizado-nova-lei-12-850-13-e-o-problema-da-conduta-dos-agentes-infiltrados-no-cometimento-de-infracoes-penais>> Acesso em 06 abril 2014.

Nesse sentido colaciona-se a doutrina de Fernando Capez (2012 pp. 282-283), ao tratar da infiltração de agentes, disciplinada à época pelo inciso V, do art. 2º, da revogada lei n. 9.034/95 (com alterações dadas pela Lei n. 10.217/01):

Entendemos que, a princípio, a participação do agente nos crimes praticados pelo grupo configurará fato típico, ilícito e culpável, não sendo, portanto, admissível, doutrinariamente, essa prática delituosa. Assim, o policial que, para desbaratar uma grande quadrilha internacional de tráfico de entorpecentes, acaba por participar de ações criminosas, como sequestros, homicídios, tráfico de entorpecentes etc., será responsabilizado criminalmente. Evidentemente, não se poderá estabelecer de antemão uma regra inflexível, retirando-se do julgador a análise discricionária de cada caso concreto, pois pode ocorrer que a incidência dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da adequação social, diretamente derivados da dignidade humana (CF, art. 1º, III) influenciem na aferição do comportamento do agente. Estando a conduta compreendida da razoabilidade do senso médio, no critério social de justiça, conformada com o conceito social e, acima de tudo, compensada pela relação custo-benefício social, poderá, dependendo das peculiaridades da situação específica, ser até considerada atípica. É o caso do agente ser obrigado a participar de lutas com outros membros, para demonstrar coragem e lealdade à organização, ou ter de portar armas de uso restrito, submetendo-se a isso em prol de um objetivo maior de defesa social, relevado pela posterior prisão ou desbaratamento da organização criminosa. O fato aí será atípico, pela incidência de princípios constitucionais como proporcionalidade e adequação social. [...] Em outras situações, a maior nocividade do fato cometido pelo agente público impede sua atipicidade e só poderá ser excluída do âmbito de aplicação do direito penal, pela excludente do estado de necessidade. Nesse caso, compara-se o sacrifício do bem jurídico lesado pela ação criminosa do policial com benefício resultante do afastamento do perigo representado pela quadrilha. Finalmente, pode ocorrer de o fato ser típico, por estar dotado de conteúdo criminoso e ser perniciosamente inadequado, de não se encontrar acobertado por excludente de antijuridicidade, mas a culpabilidade restar eliminada pela dirimente da coação moral

irresistível, tornando inexigível conduta diversa por parte do servidor infiltrado.

Verifica-se que, quando da edição da Lei n. 12.850/13, tratou o legislador de normatizar o entendimento de grande parte da doutrina acerca da impunibilidade do agente infiltrado que, no curso da investigação, venha a praticar algum crime, desde que necessário à finalidade da operação, respeitada a proporcionalidade e inexigível conduta diversa.

Acerca do princípio da proporcionalidade, cumpre destacar a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2012, p. 114):

Parece-nos que o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrear-se sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Costuma-se descompor o princípio da proporcionalidade em três elementos a serem observados nos casos concretos: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Conforme expressões de Canotilho, a adequação "impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes"; o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica na ideia de que "o cidadão tem direito à menor desvantagem possível" e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito é "entendido como princípio da justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim".

Percebe-se, no entanto, que o legislador optou por incluir uma excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa do agente infiltrado, sem afastar a tipicidade e antijuridicidade dos crimes praticados por

esse agente durante a operação, ainda que guardada a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação.

Tal opção é passível de críticas, uma vez que não afasta o risco de punição do policial infiltrado, ficando a critério do julgador analisar se o atos praticados foram ou não desproporcionais ou excessivos; expondo o agente à enorme insegurança, não somente pela infiltração, mas também pela possibilidade de responder criminalmente por seus atos.

Conforme lição de Eduardo Luiz Santos Cabette (CABETTE, 2014):

Importa ainda anotar que a própria opção legislativa pelo reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa como forma de evitar a punição do agente infiltrado por seus atos proporcionais também não segue o melhor caminho. É que esse instituto retrata uma excludente de culpabilidade, o que significa que o Estado está afirmando que o agente pratica fato típico e antijurídico (injusto penal), somente não culpável. Soa muito estranha essa opção, já que o policial atua por determinação estatal e de acordo com um instituto legalmente previsto. O reconhecimento das ações do agente infiltrado como mera inexigibilidade de conduta diversa significa mais um indicativo, na sua faceta teórica, de que o instituto é falido desde o seu nascedouro.

O mínimo que se pode entender é que a dicção legal é inadequada e deve ser objeto de uma releitura doutrinária. Na verdade as condutas aparentemente criminosas perpetradas pelo agente infiltrado, dentro de uma proporcionalidade e, portanto, permitidas e até mesmo incentivadas pela legislação respectiva, configuram aquilo que Zaffaroni e Batista denominam de “atipicidade conglobante”, a afastar, desde logo a tipicidade da conduta e não a reconhecer mera excludente da culpabilidade. Do contrário, a paga social do agente infiltrado pelo arriscar da própria vida, seria sua insegurança perpétua e, para além disso, seu reconhecimento pelo Estado como um criminoso que somente não seria punível! Simbólica e moralmente isso é um reconhecimento mais do que claro de que o instituto é uma aberração.

No mesmo sentido a crítica de Ricardo Antonio Andreucci (ANDREUCCI, 2013):

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

Inclusive, o próprio instituto da infiltração policial sofreu duras críticas por grande parte da doutrina, não somente em razão do aspecto ético da infiltração policial, pela utilização de mecanismos ardis, mas por violar direitos fundamentais, como a privacidade do investigado, ou mesmo o cometimento de crimes, sob o argumento de combatê-los, o que não se poderia admitir em um Estado Democrático de Direito.

Nos dizeres de Franco (2001 *apud* CARLOS; FRIEDE, 2014, p. 08):

[...] o agente infiltrado se vê, não raro, na contingência de praticar fatos também criminosos e quase sempre ações de duvidosa eticidade. É de indagar-se, então, se, em nome da eficiência do sistema punitivo, guarda legitimidade o juízo criminal que se apoia na atuação de agente infiltrado, ou melhor, se, em nome dessa mesma eficiência, deva reconhecer-se, como racional e justo, que, próprio Estado em vez de exercer a função de prevenção penal, pratique atos desviados, igualando-se ao criminoso.

Ainda neste caminho, Pacheco (2007 *apud* CARLOS; FRIEDE, 2014, p. 09) preleciona:

[...] é o cíclico retorno do dilema ético, da velha discussão sobre meios e fins, na qual o Estado, neste caso, ao fazer uso da infiltração policial sob a égide de elucidar e evitar crimes, ainda que não deseje, se arrisca a praticá-los.

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

No entanto, não há de se falar no uso indiscriminado ou irrestrito da infiltração policial como meio de prova. Sua utilização deve estar sempre balizada por um rígido controle judicial, bem como o respeito à legislação vigente e princípios constitucionais tais como o da legalidade (a infiltração deve obedecer às normas previstas em lei e a atuação do agente deve respeitar as exigências legais); da subsidiariedade (esse meio de investigação somente deve ser utilizado quando não for possível obter os mesmos resultados por outra forma menos invasiva); e da proporcionalidade (agente deve atuar visando sempre guardar a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, evitando excessos), para que as garantias e direitos fundamentais dos investigados sejam respeitados e preservado o interesse da coletividade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

Nesse contexto, a pesquisa partiu do estudo do conceito de organização criminosa, uma vez que tal instituto visa a investigação no âmbito dessas organizações.

O primeiro capítulo tratou de examinar os antecedentes históricos das organizações criminosas bem como seus conceitos e características.

Além disso, analisou-se a evolução do tratamento jurídico dado pela legislação brasileira até chegar na Nova Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13), traçando um paralelo entre as diversas disposições legais.

Superada esta etapa, o segundo capítulo tratou das modalidades de prova inseridas no combate ao crime organizado, partindo da apreciação de perspectivas internacionais acerca do tema.

Em seguida, examinou-se o conceito de prova no direito penal e o direito à prova, bem como da importância do princípio da legalidade para a obtenção de provas. Por fim, analisou-se os meios de obtenção de prova em face ao crime organizado, previsto no capítulo II da Lei n. 12.850/13. São eles: a colaboração premiada; a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; a ação controlada; o 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; a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; a infiltração, por policiais, em atividade de investigação; a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

O terceiro capítulo tratou de conceituar a figura do agente infiltrado, que somente veio experimentar alguma regulamentação na legislação

brasileira com a promulgação da Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, assim como verificar sua utilização em outros países, como Argentina, Colômbia, Espanha e Itália.

Por fim, fez-se uma análise dos limites e exigências para a atuação do agente infiltrado, principalmente aquelas elencadas nos artigos 10 e 11 da Lei n. 12.850/13, a saber: a) Representação do delegado de polícia ou requerimento do Ministério Público; b) Necessidade de autorização judicial circunstanciada, motivada e sigilosa; c) Natureza da infração penal (relacionada às organizações criminosas); d) Imprescindibilidade da medida (princípio da subsidiariedade); e) Sigilo acerca da infiltração; f) Infiltração realizada por agente policial; g) Voluntariedade da infiltração; h) Prazo da infiltração; i) Segurança do agente infiltrado.

Quanto à possibilidade de cometimento de crimes pelo agente infiltrado no curso da investigação, verificou-se que, conforme disposto no art. 13 da Lei n. 12.850/13, não haverá punição, desde que a prática desses crimes sejam necessárias à finalidade da operação, respeitada a proporcionalidade da atuação e inexigível conduta diversa.

Ao final, conclui-se que, embora que inexista uma determinação exata dos limites de sua atuação, a aplicação do instituto do agente infiltrado deve estar sempre balizada pelos princípios da legalidade, excepcionalidade da medida, da proporcionalidade e de um rígido controle jurisdicional, afim de evitar excessos, bem como preservar garantias e direitos fundamentais dos investigados.

6. REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Infiltração policial: possibilidade**. 2013. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/infiltracao-policial-possibilidade/11950>>. Acesso em 10 de abril de 2014.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **O inquérito policial de garantias - sigilo e direito à informação do investigado - aspectos constitucionais penais**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11729&revista_caderno=22> . Acesso em 06 abril 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Primeiras reflexões sobre organização criminosa - anotações à Lei 12.850/2013**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa/>> Acesso em: 22 de abril 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

_____. **Código Penal**. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

_____. **Decreto nº 5.015**, de 12 de março de 2004.

_____. **Lei nº 9.034**, de 3 de maio de 1995.

_____. **Lei nº 10.217**, de 11 de abril de 2001.

_____. **Lei nº 12.694**, de 24 de julho de 2012.

_____. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013.

_____. Ministério da Justiça. **Mensagem n. 483**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9034-1995.pdf> Acesso em: 10/05/2014

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

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Crime organizado: nova Lei 12.850/13 e o problema da conduta dos agentes infiltrados no cometimento de infrações penais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26586/crime-organizado-nova-lei-12-850-13-e-o-problema-da-conduta-dos-agentes-infiltrados-no-cometimento-de-infracoes-penais>> Acesso em 06 abril 2014.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do agente infiltrado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

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

CEPIK, Marco; BORBA, Pedro. **Crime organizado, estado e segurança internacional**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292011000200005#nt04> Acesso em: 15/04/2014.

COGAN, Marco Antônio Pinheiro Machado; JOSÉ, Maria Jamile. **Crime organizado e Terrorismo na Espanha**. In: *Crime organizado - Aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. **LEI 12.694/12: breves comentários**. Disponível em: <<http://www.fatonotorio.com.br/artigos/ver/224/lei-1269412-breves-comentarios>> Acesso em 25 março 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ESPANHA. **Código Penal**, Lei Orgânica n. 10 de 27 de novembro de 1995.

GOMES, Luis Flávio. **Comentários aos artigos 1º e 2ª da Lei 12.850/13 – Criminalidade organizada e crime organizado.** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/>> Acesso em: 21 abril 2014.

_____. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo.** Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print> Acesso em 04 mar. 2014.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Agente procovador, agente infiltrado e o novo paradigma de processo penal.** In: MOREIRA, Rômulo (Org.). *Leituras complementares de Processo Penal.* Salvador: JusPODIVM, 2008.

LEVORIN, Marco Polo. **Fenomenologia das associações ilícitas.** In: *Crime Organizado.* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, André Augusto Mendes; SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão. **O crime organizado na Colômbia.** In: *Crime organizado - Aspectos processuais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis n. 12.694/2012 e 12.850/13.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26108/o-conflito-conceitual-de-organizacao-criminosa-nas-leis-n-12-694-12-e-12-850-13>> Acesso em 05 mai. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

_____. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais.** 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 21.

MESSA, Alcione Aparecida. **Crime Organizado: uma compreensão acerca dos aspectos psicológicos e repercussões psicossociais.** In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Crime Organizado.* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

MESSA, Ana Flávia. **Aspectos Constitucionais do Crime Organizado.** In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Crime Organizado.* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93-95.

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

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova Lei de organização criminosa – lei nº. 12.850/2013.** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013/>> Acesso em: 04 abril 2014.

_____. **A nova lei de organização criminosa – Lei Nº. 12.850/2013.** 1ª ed. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

NETO, Franciso Tolentino. **Histórico do Crime Organizado.** In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Crime Organizado.* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.** 1. ed. São Paulo: RT, 2013.

OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. **Direito Processual Penal,** 5. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 112

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 294.

_____. **Direito Processual Penal.** In: FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho (Coord.). *Teoria unificada: primeira fase.* 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 265.

PEREIRA, Filipe Alves Martins; SILVA, Rafael de Vasconcelos. **Análise Jurídica da Nova Lei de Organizações Criminosas - Lei 12.850/13, de 05 de agosto de 2013.** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/09/17/analise-juridica-das-novas-leis-de-organizacoes-criminosas/>> Acesso em: 20 abril 2014.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos.** 1. ed. Córdoba: Lerner Editora, 2012.

RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga. **Criminalidad organizada y sistema de derecho penal.** 1. ed. Granada: Comares, 2009.

ROCHA, Ana Brasil. **Medidas cautelares como meios de investigação e fontes de obtenção de provas.** In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Crime Organizado.* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 333.

ROSA, Emanuel Motta da. **A lei 12850/2013 e a repressão ao Crime Organizado.** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/emanuelmotta/2013/10/21/a-lei-128502013-e-a-repressao-ao-crime-organizado-no-ordenamento-juridico-brasi/>> Acesso em: 4 abril 2014.

SANCHOTENE, Salise Monteiro. **Aspectos comuns entre o crime praticado por Milícias no Brasil e o tipo Mafioso na Itália.** Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao053/Salise_Sanchotene.html> Acesso em: 23 março 2014.

SANCTIS, Fausto Martins de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2110/as-provas-obtidas-com-violacao-da-intimidade-e-sua-utilizacao-no-processo-penal/1>> Acesso em 04 abril 2014.

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

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

TRENTIM, Jiskia Sandri. **Crime organizado: ferramentas legais de combate - interceptação telefônica e ambiental - e suas deficiências**. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Crime Organizado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 384.

VICTORIA, Artur. **Criminalidade Organizada - Origem e evolução**. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/arturvictoriaartigoseensaios/Home/criminalidade-organizada---origem-e-evolucao>> Acesso em 03 mar. 2014.

VILARDI, Rodrigo Garcia; GÍDARO, Wagner Roby. **O crime organizado e o terrorismo na Argentina - Instrumentos e mecanismos legais de proteção**. In: *Crime organizado - Aspectos Processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WERNER, Guilherme Cunha. **O crime organizado transnacional e as redes criminosas: presença e influência nas relações internacionais contemporâneas**. 2009. 241f.. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.