



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

DIÊGO NOSLIAJ MECÊDO OLIVEIRA

A VIABILIDADE DA INFILTRAÇÃO E A RESPONSABILIDADE PENAL  
DO AGENTE INFILTRADO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

SOUSA - PB  
2008

DIÊGO NOSLIAJ MECÊDO OLIVEIRA

A VIABILIDADE DA INFILTRAÇÃO E A RESPONSABILIDADE PENAL  
DO AGENTE INFILTRADO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.

SOUSA - PB  
2008

Diêgo Nosliaj Macêdo Oliveira

A VIABILIDADE DA INFILTRAÇÃO E A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE  
INFILTRADO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Centro de Ciências  
Jurídicas e Sociais, da Universidade  
Federal de Campina Grande, em  
cumprimento dos requisitos necessários  
para a obtenção do título de Bacharel  
em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em:        de                                de 2008

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Orientadora. Prof.<sup>a</sup> Carla Pedrosa de Figueiredo.  
Doutoranda pela UMSA. UFCG.

---

Examinador. Prof. Francivaldo Gomes de Moura.  
Doutorando pela UMSA. UFCG

---

Examinadora. Prof<sup>a</sup> Maria de Lourdes Mesquita.  
Doutoranda pela UMSA. UFCG

À Jesus Cristo, razão de existirmos e da possibilidade de sermos salvos. Aos meus pais, Jailson e Telma, e minha companheira, Anne, por depositarem em mim amor e coragem suficientes para progredir evoluindo sempre.

## AGRADECIMENTOS

Antes de qualquer atitude ou pensamento é necessário lembrar-se de que existe algo muito maior acima de todos. É o nosso Senhor Jesus Cristo, razão de existirmos e termos a possibilidade de sermos salvos. A Ele deve-se agradecer toda e qualquer benção, principalmente a dádiva e concluir um curso de tal valia e estar incluído numa porcentagem mínima daqueles que concluem o ensino superior.

Agradeço também aos meus pais, Jailson e Telma, pelas batalhas diárias em me manter estudando e por me tornarem um homem probo e humilde. Eles me ensinaram a forma mais pura de amor: a divina.

Agradeço à minha companheira, Anne, por ser fiel e leal ao propósito de me apoiar e fortalecer quando mais estive fadigado, por me dar muito amor e carinho quando mais precisei, por ser a minha fonte de inspiração de como um ser humano deve comportar-se e enfrentar as dificuldades. Sua luz me tirou da escuridão solitária em que vivia, o que me faz crer que fora enviada por Cristo para me mostrar o que me mostra dia após dia.

Agradeço aos meus amigos presentes ou não neste momento: Mauro, Glauber, Adriano José, Razine, Marcus, Jorge, Eloi, entre tantos outros que substituíram em grande forma a minha família quando estive longe da mesma. Agradeço também ao meu irmão, Danillo Moreno, que, apesar da distância, demonstrou amor incondicional e apoio quando precisei.

Agradeço aos professores e funcionários desta universidade e a todos que fazem parte dela, em especial à minha mentora nesta empreitada: Prof.<sup>a</sup> Carla Pedrosa de Figueiredo, sem a qual este trabalho não estaria completo. Agradeço pela paciência e sabedoria dedicadas ao presente trabalho monográfico.

Tem-se muito que agradecer por tantas bênçãos concedidas por Deus, em forma de pessoas, apoios, e, principalmente, amor: origem de todos os bons sentimentos e razão de acreditarmos em uma vida profissional de acordo com os ideais de justiça e probidade.

"Educai as crianças e não será preciso punir os homens".

Pitágoras (570 a.C. – 496 a.C.); filósofo e matemático.

## RESUMO

O crime organizado não é um fenômeno de desenvolvimento atual como pensam muitos, vem evoluindo há séculos até encontrar-se com o grau de avanço hoje observado. Será analisada a relativa efetividade da resposta do governo brasileiro através da Lei nº9.034 de 03 de maio de 1995 que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a técnica de infiltração de agentes como instrumento de combate a tais organizações. Através dos métodos exegético-jurídico, histórico-comparativo e da pesquisa bibliográfica que consistiu na análise das doutrinas, jurisprudências e de artigos disponibilizados na *internet*, objetivar-se-á refletir criticamente acerca da eficácia das medidas investigativas, em especial a infiltração de agentes, trazidas pelo referido diploma tal qual se encontra hoje determinado pelo governo. Será analisada no decorrer deste trabalho as críticas que advieram do referido exercício legislativo tendo em foco os requisitos para haver a infiltração e os seus limites, assim como a proteção e responsabilidade penal do agente infiltrado. Eventuais responsabilidades devem ser resolvidas no campo da Teoria do Delito diferenciando-se o agente infiltrado do agente provocador. O agente infiltrado qualificar-se-á como testemunha no processo em que participou, legitimando as provas obtidas e o referido testemunho a instruírem o inquérito policial e a ação penal competente, desde que observados a necessidade de prévia autorização judicial e o princípio constitucional da proporcionalidade, essenciais à justificação dos direitos eventualmente lesados pelo ato de infiltração. Essa medida investigativa tão avançada surgiu com o intuito de dar efetividade à ação controlada – consistente na análise do melhor momento de ação das autoridades para dismantelar a organização criminosa. No entanto, esta medida vem sendo sacrificada pela falta de políticas públicas de prevenção – educação, inclusão social, trabalho, saúde etc. –, surgindo, sob o enfoque criminológico e da política criminal, a discussão sobre sua viabilidade, no intuito de dar efetividade à infiltração e determinar as diretrizes a serem seguidas para um eficaz enfrentamento da criminalidade organizada no Brasil.

**PALVARAS-CHAVE:** Crime Organizado. Infiltração de Agentes. Viabilidade da Medida.

## ABSTRACT

The organized crime isn't a phenomenon of the current development how a lot of people think, it have been evolving from some centuries until get together with the progress rate today existent. Answering this, brazilian government had promulgated the Law number 9.034, from May 03, 1995, that which insert on brazilian juridical ordenment the agent infiltration technique how a tool of combat. Through methods exegetic-legal, historical and comparative literature and research that was the analysis of the doctrine, jurisprudence and articles available on the Internet, objectify will think critically about the effectiveness of investigative measures, particularly the infiltration of agents, brought about by the act as it stands today is determined by the government. The protection and penal responsibility of the agent, the requirement to have infiltration and its limits have been criticized by the legislative power. Casual responsibilities should be resolved on the ground of the Delict's theory, foreseen in Criminal Code - General Part. To give effectivity and legality to controlled action, the juridical ordainment forbids the utilization of prepared agent, so borns there requirement of differ infiltrated agent and challenger agent. Infiltrated agent can be qualified as witness in the process that he had participated. Proofs taken by him and his attestation are authentic and can be used to instruct constabulary investigation and juridical action, since observed necessity of previous judicial authorization and proportional principle. This advanced investigative action borned to aim an effectiveness to controlled action – that consist in analisis of authorities action better moment to break criminal organization. However, this action have been sacrificed by the absence of prevention public politics like education, social inclusion, work, health, emerging, under criminologic approach and criminal politics, the discussion about its practicability, with intention to give effectiveness to infiltration and define guidelines to an incisive combat of organized criminality on Brazil.

**Key-Work:** Organized crime. Infiltrated agent. Viability of the measure.



## SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO .....	10
CAPÍTULO 1 ASPECTOS GERAIS DO CRIME ORGANIZADO.....	12
1.1 Reflexões históricas.....	12
1.2 A problemática conceitual.....	16
1.3 Questões relevantes na busca da definição e características do crime organizado.....	19
1.4 Conexão com o Poder Público .....	23
CAPÍTULO 2 MEDIDAS INVESTIGATIVAS NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO .....	25
2.1 Aspectos gerais da legislação.....	26
2.2 Medidas investigatórias da Lei nº9.034/95.....	29
2.3 A figura do juiz inquisidor.....	31
2.4 Considerações iniciais sobre a infiltração .....	32
2.4.1 Requisitos, procedimento e hipóteses de cabimento.....	34
2.4.2 Características.....	37
2.4.3 Limites .....	38
CAPÍTULO 3 A VIABILIDADE DA INFILTRAÇÃO E A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO .....	39
3.1 Considerações gerais .....	39
3.2 Formas de atuação e responsabilidade penal do agente infiltrado .....	43
3.2.1 Ação controlada, agente infiltrado e agente provocador.....	47
3.2.2 Valoração das provas produzidas pelo agente infiltrado.....	49
3.3 Análise sobre a viabilidade da medida.....	51
3.3.1 Política criminal no combate ao crime organizado.....	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	58
REFERÊNCIAS.....	61

## INTRODUÇÃO

O crime organizado é um fenômeno indiscutivelmente presente em quase a totalidade das nações do planeta. Suas características vêm adaptando-se ao mesmo tempo em que a humanidade se adapta às novas diretrizes de controle social, exigindo do Estado atenção e sensibilidade na compreensão das origens e eficiência no controle de tal criminalidade.

Esta pesquisa objetiva, através dos métodos exegético-jurídico e histórico-comparativo, e de pesquisas bibliográficas doutrinárias, artigos de escritores, periódicos sobre o crime organizado encontrados principalmente na *internet* e a construção jurisprudencial, citados ao longo do trabalho, reavaliar o modo como é feito o combate a esse tipo de crime, focando as atenções para, talvez, a mais avançada e ousada medida investigativa prevista na Lei nº9.034/95 que consiste na infiltração de agentes em organizações criminosas.

Abordar-se-á, no primeiro capítulo, o surgimento do crime organizado e como o mesmo evoluiu até os dias atuais, assim como também as suas principais e complexas características, dando ênfase à conexão existente com o Poder Público, e os problemas advindos desta realidade.

Será abordada também a dificuldade pátria na conceituação do que seria organização criminosa ao se observar as referidas leis que tratam do assunto e a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado (Convenção de Palermo), a qual precisou ser ratificada pelo ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº5.015/04 com o fim de definir o que seria essa ação delituosa quando praticada transnacionalmente.

No segundo capítulo, a atenção será voltada para como o Estado brasileiro enfrenta a realidade do crime organizado e quais as medidas investigativas utilizadas e previstas na Lei nº9.034/95; quais as críticas feitas pela doutrina às referidas leis; e, será dado enfoque à figura do "juiz inquisidor".

Introduzir-se-á no estudo da infiltração de agentes em organizações criminosas, as suas definição e a natureza jurídica, assim como a sua previsão legal. Serão examinados os requisitos necessários para haver a infiltração, o procedimento e as hipóteses de cabimento, quais os direitos fundamentais lesados por esta e outras medidas, e a incidência do princípio da proporcionalidade para justificá-los.

Será preciso determinar suas características e seus limites, e a necessidade de uma equipe de apoio ao agente infiltrado no intuito de garantir a melhor execução da medida e de proteger não só o agente infiltrado, mas todos os agentes envolvidos na operação.

No terceiro e último capítulo, proceder-se-á ao estudo do agente infiltrado, suas origens, definição e natureza jurídica. Analisar-se-á também a discussão doutrinária sobre quem pode ser agente infiltrado e as suas repercussões jurídicas.

Tratar-se-á ainda nesse capítulo as amplas situações advindas da responsabilidade penal do agente infiltrado ao combater as organizações criminosas, adentrando, de fato, no referido tema, e, seguindo o raciocínio proposto pela inicial temática da pesquisa, analisar-se-á a ação controlada, dando ênfase à diferenciação entre agente infiltrado e agente provocador.

Concluindo a temática, far-se-á uma profunda reflexão sobre a viabilidade da medida de infiltração tal qual ela se encontra determinada pelo governo. Seguir-se-á as diretrizes da moderna criminologia e da política criminal na busca de soluções viáveis, visando o não sacrifício de uma medida investigativa tão avançada como a infiltração de agentes em organizações criminosas e a eficiência no estudo e controle de tal criminalidade através de ações diferentes do solitário e ineficiente exercício legislativo.

## CAPÍTULO 1 ASPECTOS GERAIS DO CRIME ORGANIZADO

Com a evolução do homem e a complexidade das suas relações sociais também evoluiu o crime. Fatores como o crescimento populacional, o desenvolvimento econômico e tecnológico, assim como as diversas alterações sócio-políticas ocorridas em todo o mundo contribuíram para o aumento desse fenômeno social. Com isso, a sociedade acaba exigindo do Estado uma atuação estruturada e uma maior eficiência no combate ao crime. E, para atender aos reclamos da sociedade cabe ao ente estatal coibir ou tentar coibir tal rotina humana criando leis e punindo os agentes como forma de exercitar o denominado controle social.

Modernamente, o crime ganhou uma nova roupagem assumindo contornos cada vez mais diversos daqueles com que se apresentava no passado. O crime organizou-se e chama a atenção do mundo para os fatores influenciadores do mesmo como as desigualdades sociais e a incessante busca por riquezas fazendo proliferar os mais diversos tipos de atividades clandestinas e ilícitas.

É nesse contexto que nasce o crime organizado, requisitando das autoridades mundiais ações, que, no Brasil, veio na forma da Lei nº9.034/95, denominada Lei de Combate ao Crime organizado. Por fim, serão abordados neste capítulo os aspectos gerais sobre o crime organizado no que concerne à evolução histórica, conceituação, características, dentre outros aspectos.

### 1.1 Reflexões históricas

O fenômeno do crime organizado não é um fato contemporâneo como muitos pesam. Em maior ou menor escala sempre existiram aqueles que se uniam com o propósito de praticar crimes de maneira organizada e hierárquica, um bom exemplo de tal preexistência são os piratas, que saqueavam navios carregados de mercadorias tal como se observa hoje com o roubo de cargas. Sua origem é antiga sendo de difícil precisão, uma vez que se trata de grupos que agem à margem da

sociedade. Entretanto, algumas peculiaridades quase sempre estão presentes no âmbito de suas criações, como explica Silva (2003, p.27):

A maioria teve como nascedouro movimentos populares, o que facilitou sobremaneira sua aceitação na comunidade local, assim como o recrutamento de voluntários para o exercício de suas posteriores atividades ilícitas; muitas delas passaram a atuar no vácuo de algumas proibições estatais (exploração da prostituição, jogos de azar, venda de entorpecentes e de armas sofisticadas); contaram com a conivência de agentes do Estado para o desenvolvimento de suas atividades ilícitas. E impuseram sua lei pelo emprego da ameaça e violência, voltada, sobretudo para delatores e integrantes de grupos concorrentes.

As atuações das organizações criminosas podem ser constatadas em diversas partes do mundo, possuindo entre elas algumas diversidades impostas pela cultura local e pelo objeto explorado pelas mesmas. Algumas delas chamaram a atenção de autoridades e estudiosos como sociólogos, criminalistas, psicólogos e historiadores do mundo inteiro.

Algumas organizações espalhadas pelo planeta servem de exemplo do que se diz. É o caso das Tríades Chinesas, que surgiram em 1644, como um movimento popular que tinha por finalidade expulsar os invasores do Império Ming e em 1842, com a colonização inglesa de Hong Kong, seus membros para lá se dirigiram e depois para Taiwan, onde incentivaram camponeses a plantarem a papoula e a explorar o ópio que até então era uma atividade lícita. Um século depois foi proibido o comércio do ópio em todas as suas formas, ocasião em que as Tríades passaram a explorar ilicitamente o “negócio” da heroína conforme relatado por Silva (2003, p. 20).

No Japão do século XVIII surgia a Yakusa, organização criminosa que concentrava as suas ações nas formas ilícitas – cassinos, prostíbulos, turismo pornográfico, tráfico de mulheres, drogas e armas, lavagem de dinheiro e usura; e lícitas – casas noturnas, agências de teatro, cinema, publicidade e eventos esportivos. No século XX, com o desenvolvimento industrial do Japão, incorporaram às suas atividades a prática das chamadas “chantagens corporativas” que consistiam em adquirir ações de uma empresa e a partir de então exigir lucros exorbitantes sob pena de revelarem os segredos industriais aos concorrentes (SILVA, 2003, p. 20).

Impossível falar em crime organizado sem mencionar também as ações realizadas na Itália (Máfias Italianas) e nos Estados Unidos da América. Não se pode mencionar uma data precisa para a origem da Máfia Italiana, vez que são várias as máfias italianas surgidas ao longo do tempo, sendo as mais conhecidas a *Cosa Nostra*, a *Camorra Napolitana*, *Na'drangheta*, *Calabresa* e *Sagrata Corona Pugliesa* (OLIVEIRA, 2004, p. 17).

Já, nos EUA a criminalidade organizada surgiu no final da década de 20 com o contrabando de bebidas alcoólicas sendo fruto da chamada “Lei Seca”. Diversos grupos (ganguês) exploravam a atividade ilícita ocasionando lutas sangrentas entre grupos rivais. Com o desenvolvimento econômico americano foram incorporadas outras atividades criminosas tais como o jogo e a prostituição, e após a Segunda Grande Guerra, estabeleceu-se uma parceria entre esses grupos e a Máfia Italiana, criando a Máfia ítalo-americana que incorporou nas atividades dos grupos americanos o tráfico de drogas (SILVA, 2003, p. 24).

A partir do século XVI, o crime organizado surgiu na América do Sul, principalmente em regiões do Peru e da Bolívia, com o cultivo, com a exploração e com a comercialização da coca realizada pelos colonizadores espanhóis. Com o passar dos anos os agricultores locais dominaram o cultivo da planta e a sua transformação em pasta base para o refinamento da cocaína, tendo grande parte deles migrado para a Colômbia, que mais tarde tornou-se a região de maior produção e comercialização da cocaína na América do Sul. As organizações criminosas de maior destaque da Colômbia são o Cartel de Cali e o Cartel de Medellín, que hoje, além da cocaína comercializam, também, o ópio em parceria com as Triades Chinesas (SILVA, 2003, p.24).

Os historiadores divergem sobre a origem do crime organizado no Brasil. Parte deles defende que o cangaço foi um antecedente dessa modalidade de crime no país. Os membros do cangaço se organizaram de forma hierárquica no sertão nordestino entre o final do século XIX e o começo do século XX sob o comando de Virgulino Ferreira da Silva e tinham por atividades o saque a vilas, fazendas e pequenas cidades, assassinatos em série, extorsão de dinheiro mediante ameaça de ataques e pilhagem ou o seqüestro de pessoas importantes. Relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes e contavam com a colaboração de policiais corruptos que lhes forneciam armas e munição (SILVA, 2003, p. 25).

Para outros, o mais provável é que o crime organizado tenha tido início no Brasil com a proibição do “jogo do bicho”, o que fez com que fosse tido como a primeira infração organizada do país. Foi idealizado inicialmente pelo Barão de Drumond com o objetivo de salvar os animais do Jardim Zoológico do Rio de Janeiro. Todavia, a idéia logo passou a ser gerenciada por grupos organizados mediante a corrupção de policiais e políticos (SILVA, 2003, p. 25).

Cumprido salientar que o jogo do bicho está regulamentado no artigo 58 da lei de Contravenções Penais não podendo, portanto, ser considerado um crime organizado (GOMES e CERVINE, 1995, p. 63).

Vale trazer à baila as idéias oportunas de Santos (2004, p. 89), quando diz que durante o regime militar, em consequência da Lei de Segurança Nacional, cidadãos que se opunham ao regime imposto foram condenados à prisão e dividiram o mesmo espaço com os criminosos comuns. O resultado desta convivência teria sido o aprendizado dos presos comuns de táticas de guerrilhas, forma de organização, hierarquia de comando e clandestinidade, repassados pelos presos políticos o que pode ter originado facções criminosas até hoje existentes.

No Brasil podem servir de exemplo destas facções criminosas a Falange Vermelha (formada no Presídio de Ilha Grande, por chefes de quadrilhas especializadas em roubos a bancos), o Comando Vermelho (formado no Presídio de Bangu I, composto por líderes do Tráfico de Entorpecentes), o Terceiro Comando (uma dissidência do Comando Vermelho, idealizada no mesmo presídio, composta por aqueles que não concordavam com algumas ações da organização), o PCC – Primeiro Comando da Capital (arquitetado no Presídio de Segurança Máxima anexo à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté em 1993, objetivando patrocinar rebeliões e resgates de presos em diversos Estados brasileiros), o CRBC – Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade (formado por dissidentes do PCC em 1999, agindo basicamente em Guarulhos financiando o resgate de seus comandados das prisões brasileiras), dentre outras tantas que se encontram longe da visão e do alcance das mãos do Estado Brasileiro.

Diante do exposto, uma coisa é certa, não há como negar a existência de uma criminalidade organizada, ou melhor, de verdadeiras “empresas do crime”. Hoje, embora existente a atividade criminosa praticada por um único indivíduo ou por um pequeno grupo, esta já não é mais tão rentável o que acaba por gerar o crime organizado.

## 1.2 A problemática conceitual

As relações humanas têm se tornado por demais complexas, não sendo diferente com o fenômeno do crime o qual ganhou, como dito, uma nova roupagem, insurgindo em todo o mundo a nova forma de criminalidade, qual seja a organização para melhor eficácia de suas ações dificultando o combate feito pelo Estado a essas transgressões. Por conseguinte, essa dificuldade é refletida no estudo e na sistematização do crime organizado e estabelecimento de seu conceito.

Observa-se uma problemática sem igual no que concerne à definição do que seria crime organizado. Essa dificuldade é constante na legislação pátria bem como em legislações estrangeiras. O risco de falhas em um conceito adotado permitiria alegações de atipicidade das condutas dos agentes envolvidos, o que fez com que poucas legislações ousassem fazê-lo para fins penais, já que difícil seria adequar um conceito à realidade fática extremamente complexa desse tipo de delito.

Outra dificuldade seria a diferenciação dos conceitos de crime organizado e organização criminosa. O primeiro, gênero, seria a união de pessoas com o intuito para o cometimento de crimes organizados e habituais, abrangendo as espécies desse tipo de ação como a quadrilha ou bando, a associação criminosa e a organização criminosa de qualquer tipo. Já, o segundo não goza de conceito no ordenamento jurídico brasileiro, sendo analisada pela “Convenção de Palermo”, tratada a seguir em tópico oportuno.

No entanto, apesar de tamanhos obstáculos, autoridades no mundo inteiro voltaram-se contra esse tipo de ação delituosa, o que pôde ter sido averiguado de maneira eficaz em alguns países, mas não no Brasil. Como resposta aos anseios da sociedade, por exemplo, a criminalidade de Chicago em 1920 teve a firme atuação das federal *authorities*; a máfia italiana, a “operação mãos limpas” e o implacável Promotor de Justiça (ou magistrado requerente) Falconi; o crime organizado brasileiro a pseudo lei 9.034/95, como será tratado a seguir.

Na busca de uma melhor disciplina sobre o crime organizado, o legislador brasileiro editou a Lei 9.034/95 que, em sua origem, no artigo 1º, fez menção apenas às expressões de quadrilha ou bando, e somente com o advento da Lei 10.217/01 é que foram acrescentadas as terminologias de organizações criminosas de qualquer tipo.



Porém, mencionar não é definir, e nisso falharam as duas leis. No dizer de Douglas (2000, p.49):

Promete a ementa do Capítulo I da Lei, apesar do que consta no artigo 1º, definir também as ações praticadas por organizações criminosas, defluindo daí a convicção de que tais ações realmente seriam definidas, tanto quanto o seria a 'organização criminosa', o que de fato não ocorreu, e que foi percebido e apontado pela doutrina.

Antes das alterações advindas da Lei nº10.217/01, a redação do artigo 1º da Lei nº9.034/95 dizia que seriam definidos e regulados os "meios de prova e procedimentos investigatórios que" versassem "sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando". Não se absorveu bem as intenções do legislador no sentido de que a conjuntura da época era de um tipo de crime novo e infinitamente mais complexo que os de "quadrilha ou bando", fato que, como visto nas palavras de Willian Douglas, estava em contradição com a própria ementa do Capítulo I da citada Lei que prometia a definição de ação praticada por organizações criminosas. Surgiam problemas como a necessidade de distinguir os crimes praticados por grupos desorganizados e sem estrutura, as "quadrilhas de bagatela", do novo fenômeno do crime organizado. Preleciona Douglas (2000 p.53):

Ao afirmar que as ações de quadrilhas ou bando são atividades de organizações criminosas, cometeu, assim, a nova Lei, o pecado de não fazer diferença entre as quadrilhas de bagatela e as verdadeiras organizações criminosas, prevendo para umas e outras o mesmo tratamento. (...) Não se concebe, por exemplo, que 'ladrões de galinha associados' sejam vistos do ponto de vista processual, para fim de limitação de direitos e ampliação de poderes probatórios e também de cassação da liberdade, de forma idêntica que aos grupos de fraudadores da Previdência ou aos responsáveis pela circulação ilícita internacional de entorpecentes etc(...)

O crime organizado continuou sem definição mesmo com o advento da Lei nº10.217/01, a qual tirou quase que totalmente, a utilidade da Lei anterior tentando, inclusive, abranger a aplicação da norma às organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Permaneceu o problema conceitual, e pior, a nova Lei também errou ao incorporar a expressão "de qualquer tipo", refletindo uma

abstratividade perigosa para o direito penal brasileiro no que tange à possibilidade de interpretações diversas sobre o que seriam crimes praticados organizadamente.

As reflexões advindas das afirmações feitas apontam para uma grave realidade em que vive a matéria no que diz respeito à falta de definição ou, no mínimo, uma definição deficiente do que venha a ser crime organizado. Neste sentido se posiciona Gomes (2002, p.4):

(...) Agora o que se entende por organização criminosa? Não existe em nenhuma parte do nosso ordenamento jurídico a definição de organização criminosa. Cuida-se, portanto, de um conceito vago, totalmente aberto, absolutamente poroso. Considerando-se que (diferentemente do que ocorria antes) o legislador não ofereceu nem sequer a descrição típica mínima do fenômeno, só nos resta concluir nesse ponto, a Lei (n.9,034/95) passou a ser letra morta. Organização Criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma enunciação abstrata) em busca de um corpo (de um conteúdo normativo, que atenda o princípio da legalidade). (...)

Ora, o direito brasileiro é regido por regras pré-fixadas e, acima delas, por princípios, os quais formam a base onde se constroem toda a estrutura normativa. No Direito Penal, dentre outros, não se cogita o assunto sem se falar do Princípio da Reserva Legal (artigo 5º, XXXIX, CF/88), derivando da máxima de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” que, se levada tão a sério como vem sendo, ou seja, interpretada corretamente como tem sido, leva a crer que o crime organizado não é punível pela falta de definição da lei. E, nesse ramo do direito toda a matéria legislativa sobre crimes e proibições tem que ficar claramente definida ou indicada pelas normas jurídicas. Esse é um problema grave que requer solução. Assim defende o doutrinador Douglas (2000, p.50):

A solução para olvidar a situação de déficit de definição está entre escolher entre aplicar a lei a todos os casos de quadrilha ou bando, o que colide com o princípio constitucional de proibição do excesso, ou não aplicá-la em nenhuma hipótese, ao menos até que o legislador preencha essa lacuna. Esta alternativa é, sem dúvida, a única aceitável, na medida em que preserva o respeito à Constituição e oferece oportunidade ao legislador de corrigir as demais inconstitucionalidades do diploma(...)

Conclui-se, então, não ser possível acomodar-se com essa situação confusa que fere o princípio-mor do Direito Penal pelo fato de se escusar o legislador da tarefa de definição legal com o intuito de fugir às inevitáveis críticas advindas das opções que viessem a prevalecer. Portanto, no que concerne aos princípios da reserva legal e da legalidade, ainda que com o objetivo de aplicar regras predominantemente processuais, voltadas à investigação, descrever as condutas é função constitucional do legislador que dela não pode se esquivar. Esse entendimento é reforçado por Douglas (2000, p.50).

### 1.3 Questões relevantes na busca da definição e características do crime organizado

Como visto no tópico anterior não há ainda no ordenamento jurídico brasileiro definição do que seja crime organizado. Talvez se o exercício legislativo nacional não se motivasse por sensacionalismo e pressão dos meios de imprensa e houvesse uma maior preocupação e sensibilidade aos anseios sociais, poder-se-ia trabalhar com mais calma e inteligência no intuito de editar leis que realmente respondessem às reclamações que a realidade social lhes impõe ou, no mínimo, diminuir-se-ia o número de falhas as quais envergonham e dificultam o trabalho das autoridades e dos operadores do direito na busca de melhor entender e combater a criminalidade organizada, a qual só se beneficia com este Estado desorganizado.

É de admitir-se, porém, não ser fácil definir o crime organizado visto que as suas causas, os seus sintomas, as suas conseqüências e, principalmente, as suas características, são por demais complexas e flexíveis dependendo de fatores altamente subjetivos como a motivação, a condição social e as influências psicológicas nos indivíduos do grupo ou da região onde se observa tal criminalidade. Entre tantos outros fatores que fogem da capacidade do Estado o qual também contribui com o seu despreparo e com a sua incompetência para o crescimento em "progressão geométrica" desse tipo de crime.

Divulgam-se, portanto, feridas ainda por cicatrizar, abertas pelo desrespeito à ordem constitucional na hora de legislar e à falta de atenção aos anseios sociais. Porém, pelo menos no que concerne às organizações criminosas transnacionais, o

problema conceitual parece ter se estabilizado com o advento do Decreto nº5.015/04, promulgando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo (cidade que deu nome à Convenção), na Itália, em 15 de dezembro de 2000, a qual em seu artigo 2º, alínea “a” entende tratar-se por “Grupo Criminoso Organizado” aquele:

estruturado de três ou mais pessoas, existentes 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.

Vê-se, portanto, que a referida Convenção demonstrou, através de uma observação atenta das principais características deste fenômeno, ser possível, apesar de difícil, defini-lo, ainda que de forma genérica. Como ensina Gomes e Cervine (1997, p.334): “todos os temas da macro criminalidade econômica possuem uma grande dificuldade técnica em sua conceituação, porém, uma grande dificuldade, e não uma grande impossibilidade”. A Convenção traçou ainda metas a serem seguidas pelos países signatários no intuito de cooperarem para melhor combaterem o crime organizado no âmbito internacional.

Portanto, a Convenção de Palermo obteve força de lei ordinária ao ser incorporada no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto ora em comento, sendo de observância obrigatória. No entanto, essa solução refere-se apenas quando tal crime é praticado internacionalmente, ficando desprotegido de previsão legal quanto às outras situações, sobrando para elas a analogia ao crime de associação criminosa previsto no artigo 288 do Código Penal<sup>1</sup>, sendo essa a realidade nacional, ou seja, o grande erro de equiparar-se o crime organizado a qualquer delito cometido por quadrilha ou bando por conterem em seu núcleo uma pluralidade de agentes.

Se existem verdades em um tema de tamanha relatividade, uma delas é a percepção de que é necessária uma análise das características do crime organizado para o fim de defini-lo, papel não exercido até hoje pelo Poder Legislativo, mas sim,

---

<sup>1</sup> Quadrilha ou Bando

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

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

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

pela doutrina e pela jurisprudência, as quais, mesmo sendo defeso pela Constituição o papel de legislar, cumprem sua parte ao discursarem sobre o assunto, apontando a direção a ser seguida pelo legislativo.

Observa-se que, as principais características do crime organizado são: a obtenção de riquezas, presença de uma hierarquia estrutural semelhante a de um município, facilidade no recrutamento de pessoal, elevado grau de violência contra delatores e familiares ou grupos rivais, alto poder de intimidação, planejamento empresarial com a divisão funcional de atividades visando o fim de lucro, delimitação do território e áreas de atuação, assistencialismo junto à comunidade local ou aos seus membros e familiares destes, manutenção de relações locais, regionais e internacionais com outras organizações criminosas e, principalmente, conexões com o Poder Público/Político resultantes de um alto grau de corrupção.

No dizer de Gomes e Cervine (1997, p.92-98) para que se estabeleça um conceito seguro do que venha a ser organização criminosa, além dos elementos estruturais definidos no artigo 288 do Código Penal Brasileiro, e além das peculiaridades de cada região onde se enquadra esse tipo de crime torna-se necessário, pelo menos, três dentre as seguintes características:

- a) Previsão de acumulação de riqueza indevida: não é necessário que a riqueza seja efetivamente reunida: basta a previsão de seu acúmulo, o intuito do lucro ilícito e indevido.
- b) Hierarquia estrutural: a organização consiste sempre em uma ordem hierarquizada, i.e., em um poder disposto de modo vertical, dentro do qual ocorre estreitamente cada vez maior, até se chegar ao comendo central (forma piramidal).
- c) Planejamento de tipo empresarial: a organização deve ter uma forma de recrutamento e pagamento de pessoal, programação de fluxo de caixa e estrutura contábil em parecida com a de uma empresa legal. Aparentemente funciona como uma empresa lícita e possui quase todas as características desta, dificultando a investigação.
- d) Uso de meios tecnológicos sofisticados: as organizações possuem meios de telecomunicação, comunicação por satélite, gravadores capazes de captar sons a longa distância e uma série de outros recursos avançados que nem mesmo o Estado detém.
- e) Divisão funcional de atividades: há uma especialização de atividades, nos moldes de organizações paramilitares. Os integrantes são recrutados, treinados e incumbidos de funções específicas, como se fossem soldados.
- f) Conexão estrutural com o poder público: agentes do poder público passam a fazer parte da organização ou por ela são corrompidos, tornando-se complacentes com suas atividades.
- g) Divisão territorial das atividades ilícitas: as organizações passam a atuar em territórios delimitados, que são as suas áreas de influência.

Essa divisão de espaço, às vezes ocorre pelo confronto; às vezes pelo acordo.

- h) Alto poder de intimidação: as organizações conseguem intimidar até mesmo os poderes constituídos. Infudem medo e silêncio em toda a sociedade e, com isso, garantem a certeza da impunidade.
- i) Conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações: em geral, as organizações estão interligadas, constituindo um poder invisível, quase indestrutível.

É evidente que tais características variam de acordo com cada região onde elas se manifestam. Esta “tabela de pré-requisitos” no intuito de configurar a ação do que seria crime organizado é hoje aceita pela maioria da doutrina pátria. No entanto, dia após dia, fica evidente a evolução desse tipo de delito alterando também as suas características e as suas formas de atuação, dificultando, assim, o trabalho de estudiosos do direito e do legislador. Para Greco Filho (2008)<sup>2</sup>, a organização criminosa possui as seguintes características:

- a) Hierarquia de mais de um grau.
- b) Execução de tarefas diferenciadas.
- c) Utilização ou prática de atividades lícitas para ocultar as ilícitas, geralmente para maquiar a lavagem de dinheiro.
- d) Instituição de uma ordem jurídica própria (tribunais, estatutos, sanções, etc.)
- e) Infiltração nos órgãos públicos, geralmente órgãos ligados à justiça.
- f) Divisão de áreas territoriais ou setoriais.

Algumas destas características assustam, como uma ordem jurídica própria (estabelecendo as suas normas e as penalidades que quase sempre correspondem à morte do “infrator”), e a infiltração em órgãos públicos através da corrupção. Fica claro, pois, como será melhor analisado no tópico seguinte, que o crime organizado faz parte do Estado à medida em que se confunde com o mesmo, ao se infiltrar, demonstrando uma nova tendência de ação, eliminando aos poucos a violência e adotando medidas mais sutis para driblar a atenção da população e dos meios de imprensa.

---

<sup>2</sup> Informação obtida no Fórum Nacional de Direito Penal e Processual Penal realizado nos dias 10 e 11 de outubro de 2008 na cidade de João Pessoa.

#### 1.4 Conexão com o Poder Público

Quanto mais se estuda o crime organizado, a sua origem, as suas conseqüências, e outros aspectos que giram em torno deste fenômeno social, mais perto se chega da conclusão de que não há uma sistematização e reunião de dados a respeito das várias formas através das quais ele se manifesta no cenário jurídico e social nos últimos tempos. Porém, como visto algumas características, ainda que extremamente flexíveis de caso a caso, podem ser percebidas. Dentre elas, não há que se negar relevância e protagonismo à conexão que sempre se estabelece entre essa modalidade de crime e o Poder Público, chegando a ser condição de existência dos mesmos.

Não é de fácil absorção tal afirmação, pois acredita-se ainda em um paralelismo entre ambos, o que, historicamente não se constata por quem trata do assunto imparcialmente. Desde as primeiras manifestações de organização para a prática delituosa é perceptível esse tipo de conexão: os piratas tinham "rotas seguras" de fuga garantidas por corruptos ingleses encarregados de combatê-los que, em troca, participavam nos lucros dos saques; Virgulino Ferreira da Silva (vulgo Lampião), além da figura dos "coiteiros" (particulares ou não), que garantiam sustento em alimentos e armas roubadas, tinham o apoio de grandes latifundiários e do Poder Público (corrompido desde a força policial até pequenas prefeituras); assim também o foi com a máfia italiana, as gangues americanas, as "Farc's" colombianas, as "Triades Chinesas", todos com curta relação com o Poder Público para sobrevivência mútua de ambos.

É certo que, o crime organizado infiltra-se onde o Estado é ausente nos serviços prestados à sociedade, o que configura uma curta relação mantida também com a mesma. O raciocínio é lógico, pois se uma das características do crime organizado é a obtenção de lucro através da oferta de produtos e serviços carentes na sociedade (maioria das vezes proibidos legalmente ou repelidos moralmente), nada mais conveniente do que a manutenção de uma rede de conexões que garantam a discrição do empreendimento, configurando outras características do crime organizado como a clandestinidade de suas ações e a aceitação de parte da comunidade local, vantajosas para ambos os lados que estejam conectados ou

dependendo da conexão para sobreviver. Em outras palavras, explica melhor Douglas (apud Abel Fernandes Gomes, 2000, p.8):

A força e a violência são meios que não interessam, a princípio, pois acabam por atrair indesejável atenção da imprensa, de parte das autoridades e da própria população, que sempre exerce influência nas iniciativas dos políticos. Se ambas, de alguma forma, possuem inegável aptidão para intimidar, por outro lado, podem gerar repulsa, revolta imponderável e conseqüente ação inesperada e contrária.

Percebe-se, portanto, uma maior vantagem para o crime organizado em agir conectado com organismos estatais, corrompendo e infiltrando-se sutilmente, visto que, o controle social exercido pelo meio da violência tem diversos efeitos colaterais os quais inexistem em medidas menos drásticas que surtem os mesmo efeitos. Ainda no entendimento de Douglas (apud Abel Fernandes Gomes, 2000, p.8), esse tipo de ação configura-se como condição de existência das organizações criminosas as quais se apresentam, frente ao poder público, fazendo parte “integrante, direta ou indiretamente, ou podem se favorecer das benesses, convivência e cobertura que ele pode oferecer”.

O referido autor destaca o “financiamento de campanhas políticas” e a “corrupção que se dá através do pagamento em dinheiro de suborno ou propina” como as principais formas indiretas de conexão, assim como a inserção do crime organizado dentro do próprio poder público como a principal forma direta da mesma conexão (DOUGLAS, 2000, p.9-13).

Frente a decepcionantes afirmações observa-se que, o problema da criminalidade organizada, pelo menos no Brasil, transcende a problemas como a marginalização e a falta de políticas públicas para os mais pobres. O crime organizado não é um poder paralelo ao Poder Público como acredita a sociedade e como se vincula na imprensa, mas sim um braço, uma ramificação e, espantosamente, também está dentro do próprio governo, confundindo-se com o mesmo.



## CAPÍTULO 2 MEDIDAS INVESTIGATIVAS NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Diante da análise feita no capítulo anterior observa-se que, o crime organizado se manifesta e se adapta rapidamente em diversas gamas da sociedade, evoluindo e envolvendo cada vez mais classes sociais e políticas em todo o mundo, exigindo, pois, ações rápidas e eficazes dos governantes para o fim de combatê-lo e, quem sabe um dia, preveni-lo. Alguns países, como visto, ao tratar com seriedade o fenômeno, têm conseguido resultados satisfatórios em seu enfrentamento.

No Brasil esse enfrentamento veio através da Lei nº9.034/95, denominada Lei de Combate ao Crime Organizado, que foi modificada pela Lei nº10.217/01. Buscou o legislador, através dos referidos diplomas, armar os segmentos estatais comprometidos funcionalmente com o combate ao crime organizado. Assim, procurou instrumentalizar juridicamente o aparelho policial e o Poder Judiciário para que estes pudessem enfrentar a superioridade das “empresas delinquentiais”, determinando medidas investigativas.

Nesse capítulo enfatiza-se esse modo de combate escolhido pelo governo e seus diversos vícios constantes de quase todo exercício legislativo brasileiro, como o desrespeito à Constituição, a falta de adequação da lei à realidade nacional, e a falta de um estudo criminológico com o fim de apurar as causas e as conseqüências que giram em torno do crime organizado, assim como a “grande inovação”: a infiltração, sua definição e peculiaridades.

No pensar de Silva (2003, p.33), a grande dificuldade do ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiro é o estabelecimento de uma “estratégia de prevenção e repressão do crime organizado, pois o modelo tradicional de ilícito penal era historicamente concentrado em um delito de evento ‘monosubjetivo’, lesivo de bens jurídicos individuais”.

É preciso, pois, que o Estado abandone as antigas crenças sobre o crime e o criminoso, investindo em estudos criminológicos direcionados à realidade nacional dessa nova modalidade de crime: o crime organizado.

## 2.1 Aspectos gerais da legislação

O crime organizado é tão globalizado quanto à economia e à política, chegando até a influenciar em tais segmentos, assim como em tantos outros. Países do mundo inteiro enfrentam esse fenômeno, porém, de formas diferentes. No Brasil tal problemática tem sido combatida através do exercício legislativo, como de costume. São as citadas leis nº9.034/95 e nº10.217/01, entre outras aplicadas analogicamente ou subsidiariamente como o Decreto-lei 2.848/1940 (Código Penal), o Decreto-lei nº3.689/41 (Código de Processo Penal), a Lei nº6.368/83 (Lei de Tóxicos), a Lei nº2.889/56 (Lei de Genocídio), a Lei nº7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), a Lei nº8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), a Lei nº9.296/96 (Interceptação Telefônica), a Lei nº10.409/02 (Nova Lei de Tóxicos), a Lei nº11.343/06 (Novíssima Lei de Entorpecentes) entre outras leis penais esparsas igualmente aplicáveis frente à lacunosa redação daquelas duas primeiras.

A Lei nº9.034/95, ao ser promulgada, falava em seu artigo 1º apenas em ações criminosas praticadas por "quadrilha ou bando". Com o advento da Lei nº10.217/01 foram acrescentadas as terminologias de "organização ou associação criminosas de qualquer tipo", que, como visto anteriormente, não só deixou sem definição o que seja organização criminosa, ferindo o princípio constitucional da reserva legal, como também prejudicou o conceito de crime praticado organizadamente ao ampliar o texto legal e incorporar uma modalidade de crime sem conceituá-lo, e pior, acrescentando a expressão "de qualquer tipo", deu margem a diversas interpretações perigosas para o progressivo combate ao crime organizado. Entende Gomes (2002, p.4-10):

Na nossa visão, o conceito de crime organizado agora envolve: (a) a quadrilha ou bando (288, CP), que claramente (com a Lei 10.217/01) recebeu o rótulo de crime organizado, embora seja fenômeno completamente distinto do verdadeiro crime organizado; (b) as associações criminosas já tipificadas no nosso ordenamento jurídico (art. 14 da Lei de Tóxicos, art. 2º da Lei 2.889/56 v.g.) assim como todas as que porventura vierem a sê-lo e (c) todos os ilícitos delas decorrentes ("delas" significa: da quadrilha ou bando assim como das associações criminosas definidas em lei).

Referido conceito, em consequência, de outro lado e juridicamente falando, não abrange: (a) a "organização criminosa", por falta de definição legal; e (b) o concurso de pessoas (os requisitos da

estabilidade e permanência levam à conclusão de que associação criminosa ou quadrilha ou bando jamais podem ser confundidos com o mero concurso de pessoas, que é sempre eventual e momentâneo).

O Capítulo III da Lei nº9.034/95 trata das disposições gerais, quais sejam a organização da polícia judiciária e de equipes policiais especializadas para o combate às organizações criminosas (art. 4º); identificação criminal das pessoas envolvidas com esse tipo de crime, independentemente da identificação cível (art. 5º); delação premiada, reduzindo a pena de um a dois terços se a colaboração resultar na elucidação do crime e na identificação dos agentes (art. 6º); proibição da liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tiverem intensa participação na organização criminosa (art. 7º) dentre outros aspectos. o prazo para encerramento da instrução criminal, fixado em oitenta e um dias, se o réu estiver preso, e cento e vinte dias, quando solto (art. 8º); a impossibilidade de o réu apelar em liberdade (art. 9º); a possibilidade da progressão de regime, ao determinar que o mesmo se inicie em regime fechado (art. 10º) etc.

Dentre os aspectos gerais da lei elencados destacam-se as dos artigos 7º e 9º, não pela eficácia de suas disposições, mas pela celeuma doutrinária advinda das alegações de inconstitucionalidade que recaem sobre as mesmas. Quanto ao primeiro artigo, ao vedar a concessão da medida ataca-se frontalmente dispositivos constitucionais como o inciso LIV, artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que em sua redação diz que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Essa afirmação colide com o texto da lei já que o mesmo tira do juiz a função de definir na sentença a viabilidade da medida ou não, além de impedi-lo também de definir quem teve realmente efetiva participação na organização criminosa; são conclusões que só devem constar de sentença transitada em julgado, ou seja, o legislador não pode fazer as vezes do juiz de direito e muito menos ferir princípios constitucionais como o devido processo legal, a individualização da pena, ampla defesa, contraditório, entre outros. No dizer de Douglas (*apud* Luiz Flávio Gomes, 2000, p. 87):

Estabelecer previamente uma impositiva prisão é fazer cair por terra os incisos LXI, LXVI e LXIV do art. 5º da Constituição Federal que devem ser interpretados harmonicamente, de maneira a demonstrar que não pode o legislador, de forma abstrata, rotular um crime que imponha, por si só, a prisão de alguém. Impossível essa prévia qualificação, mesmo porque ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Porém, há quem pense diferente, na defesa da constitucionalidade do dispositivo, é o caso de Valdir Sznick, citado por Douglas (2000, p.88). Afirma o autor que “pelo próprio dispositivo da Lei, tem-se que a Lei do Crime Organizado vetando a liberdade provisória com ou sem fiança não fere a norma constitucional, pois a mesma dispõe ‘quando a lei admitir’ e, no caso, a lei veda a concessão”.

E, completa justificando a medida pela necessidade de preservar o andamento do processo devido à maior gravidade dos crimes praticados organizadamente, “cuja prisão permite a descoberta dos demais integrantes do grupo” protegendo provas documentais ou testemunhais, as quais seriam ameaçadas com os agentes em liberdade. No entanto, não se justifica o ataque às disposições principiológicas e normativas constitucionais sob o pretexto de combater o crime organizado.

Discussões calorosas também ocorrem em torno da vedação prevista no artigo 9º. Considerável parte da doutrina pugna pela constitucionalidade do dispositivo apoiada na Súmula 9, do STJ, a qual diz que “ a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Mas argumentos sedutores levam à outra hermenêutica, no sentido de concluir que a impossibilidade de apelar em liberdade é um ataque às garantias individuais do ser humano, pois ninguém pode ser considerado culpado antes da sentença condenatória transitada em julgado, como é o caso dos argumentos trazidos por Douglas (2000, p.95):

Da mesma forma pensa Luiz Flávio Gomes, que acredita que o legislador assumiu papel que não é seu, mas sim da autoridade judiciária, e também critica a súmula do STJ, acima citada por não mencionar ‘a necessidade imperiosa de fundamentação de toda prisão cautelar’, e por ignorar ‘outros princípios constitucionais sumamente relevantes, como o devido processo legal, ampla defesa, contraditório

etc.’ Acrescenta, ainda, o mestre que tal dispositivo é também inconstitucional ‘porque continua atrelando a prisão ao direito de apelar’.

Convém ressaltar que, com a mudança operada pela lei 11.719/08 que atribuiu nova redação ao artigo 387, parágrafo único, do Estatuto Processual Penal, dispondo este agora que “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ao acusado”, com isso, o legislador acaba por seguir os posicionamentos doutrinários acima transcritos.

Conclusões mais nocivas ao ordenamento jurídico brasileiro, com relação à Lei 9.034/95 são as de que estão inaplicáveis alguns dos dispositivos citados acima (arts. 4º, 5º, 6º, 7º e 10º) por se referirem às organizações criminosas, pelo fato de não gozarem ainda de um conceito no direito brasileiro. É o que pensa Gomes (2002, p.3-10) sobre a falta de definição de organizações criminosas nas Leis (9.034/95 e 10.217/01): “desde 12.04.01 perderam eficácia todos os dispositivos legais fundados nesse conceito que ninguém sabe o que é”. E conclui dizendo que tais dispositivos estão vigentes, porém inaplicáveis:

É caso de perda de eficácia (por não sabermos o que se entende por organização criminosa), não de revogação (perda de vigência). No dia em que o legislador revelar o conteúdo desse conceito vago, tais dispositivos legais voltarão a ter eficácia.

## 2.2 Medidas investigatórias da Lei nº9.034/95

É notória a dificuldade, não só do governo brasileiro, mas de todo o mundo, em combater o crime organizado pelas diversas razões vistas anteriormente. Certamente, o efetivo combate a esse fenômeno não se faz através de métodos convencionais de investigação e apuração de responsabilidade. É indispensável que o ente estatal adote mecanismos que se mostrem mais agressivos, sofisticados, articulados e adequados ao resgate da autoridade estatal e da tranqüilidade pública.

Em busca de se aperfeiçoar as medidas investigatórias para o combate ao crime organizado, a Lei nº10.217/01 alterou o artigo 2º, e seus incisos IV e V, parágrafo único, da Lei nº9.034/95. O inciso I fora vetado pela presidência da República, e o II fala sobre a ação controlada, ou seja, a prorrogação ou retardamento do flagrante, estando este sob a discricionariedade das autoridades policiais.

Isso quer dizer que o policial não está obrigado a realizar o flagrante no momento da perpetração do crime, podendo estudar a melhor ocasião, com o desenrolar dos fatos para agir. Isso ocorre porque o crime cometido organizadamente manifesta-se por diversos outros que, se interpelados pela autoridade policial precocemente, desvirtuaria a real intenção da lei de combate ao crime organizado, qual seja o desmantelamento da quadrilha ou bando ou associação ou organização criminosa de qualquer tipo. Devem as autoridades policiais estar cientes da importância concedida pelo legislador a esse procedimento, uma vez que o mesmo não sofre qualquer tipo de controle, seja pelo Ministério Público seja pela autoridade judicial.

Ainda no que tange às medidas investigatórias, o inciso III do art. 2º da lei ora em comento permite "o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais" e o inciso IV, regula "a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial". A redação dos referidos incisos parece estar, no mínimo, contraditória em relação ao conteúdo presente na Constituição Federal de 1988 quando em seu art. 5º, inciso X diz que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

No entanto, o crime não pode encontrar refúgio na lei, devendo ser considerado o valor de tal norma em seu aspecto relativo, atendendo ao princípio da proporcionalidade no intuito de evitar o confronto de duas normas fundamentais que devem ser igualmente protegidas. É o que se observa ao ler o disposto na parte final do inciso XII do art. 5º da Lei Maior, o qual estabelece quebra do sigilo telefônico para fins de "investigação criminal ou instrução processual penal". Esse é o pensamento defendido por Douglas (2000, p. 65):

Sobre este confronto manifesta-se Luiz Flávio Gomes, no sentido de que 'não existe direito fundamental absoluto. Desde que a invasão da privacidade justifique-se para a salvaguarda de outros direitos fundamentais ou para uma investigação criminal ou instrução processual penal, é óbvio que o direito de privacidade tem que ceder, em atenção ao princípio da proporcionalidade'. E acrescenta que, em regra geral, a quebra do sigilo das informações privadas 'exige prévia autorização judicial, porque está envolvido um direito fundamental da pessoa (direito à privacidade). E sempre que qualquer medida investigatória afete diretamente um direito, é evidente que tem que passar pelo crivo prévio do juiz, que é o garante da irrestrita observância do estado Constitucional de Direito.

Encerrando as medidas investigatórias previstas pela Lei 9.034/95, alterada pela Lei 10.217/01, observa-se, com o merecido destaque, o inciso V ao permitir a "infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial", e seu parágrafo único, onde está prevista a "autorização judicial" a qual "será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração".

### 2.3 A figura do juiz inquisidor

O artigo 3º da Lei ora examinada trouxe a previsão de que, "ocorrendo a possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça". Sem esforço, percebe-se a quebra do princípio da imparcialidade ao permitir a colheita de provas pelo juiz fora do processo, violando o devido processo legal previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988.

O sistema acusatório (paridade entre a acusação e a defesa, imparcialidade do juiz, etc.) é o que melhor se adapta ao Estado Democrático de Direito. De outro lado, o sistema inquisitório encontra-se rechaçado pela ordem constitucional vigente por conter, além de outras características, a iniciativa do juiz no campo probatório, a disparidade de poderes entre a acusação e a defesa, etc.

Partindo do mesmo raciocínio, não andou bem o legislador ao introduzir a função do juiz inquisidor em um sistema acusatório que pressupõe atribuição a

pessoas distintas para o exercício das funções de acusar, defender e julgar. Não se admite, portanto, ao juiz realizar diligências e, ele mesmo julgar o mérito da questão, ainda mais quando essas diligências servirão para a formação do convencimento do próprio magistrado.

O artigo 3º da Lei 9.034/95 fere as garantias constitucionais do devido processo legal, subvertendo a ordem jurídica instaurada e comprometendo a imparcialidade do juiz, princípio tão duramente conquistado.

#### 2.4 Considerações iniciais sobre a infiltração

Dentre os mecanismos de combate ao crime organizado já analisados, destaca-se a infiltração de agentes. Quanto à sua definição discorre Pacheco (2007, p.715):

Infiltração é introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional ("dado negado" ou de difícil acesso), em quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa, ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crime de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor de crime, a fim de obter provas ou informações que possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles.

Percebe-se, a partir desse conceito, alguns pressupostos, a serem examinados em tópico próprio a seguir, como a impossibilidade de o particular exercer a atividade de agente infiltrado, a incidência da medida (quais os crimes), os objetivos da mesma (combater, reprimir, detectar, prevenir o delito, etc.), assim como uma direção a seguir no sentido de delimitar a sua natureza jurídica quando diz que visa "obter provas ou informações que possibilitem" alcançar os objetivos traçados pela lei. O citado autor prossegue em seu raciocínio para delimitar a referida natureza jurídica da medida (2007 pp. 715-716):



Quanto à sua natureza jurídica, conforme se depreende do artigo 2º, *caput*, da Lei nº9.034/95 e do artigo 53, *caput*, da Lei nº11.343/06, a infiltração, do ponto de vista do direito processual penal, é um meio de obtenção de provas, ou, em termos mais amplos, tendo em vista a noção de prova como meio, ela é prova. Como meio de obtenção, a infiltração é, procedimentalmente, um conjunto de atos probatórios ou, em outras palavras, um procedimento probatório.

Constata-se que, a infiltração tem natureza jurídica híbrida: quando levada em consideração a categoria jurídica mais ampla a que pertence no direito processual penal, ela é ato ou conjunto de atos jurídicos processuais penais bem como um meio probatório. Relevante se faz a reflexão do autor quanto à natureza jurídica de prova da infiltração, afirmando que, apesar de assemelhar-se, não pode ela ser considerada uma espécie de medida cautelar, que é categoria jurídica diversa.

O doutrinador Rangel (2007) discorda do entendimento de Pacheco (2008), ao defender que a infiltração é considerada uma medida cautelar, pois a mesma é preparatória da ação penal e, como tal deve ser adotada na fase investigatória e, além disso, deve ser submetida ao crivo do contraditório bem como preencher os requisitos do *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* presentes em qualquer medida cautelar do processo penal. Preleciona Rangel (2007, p.210) que:

O *fumus comissi delicti* é caracterizado pelo cometimento do delito. (...) O *periculum libertatis* caracteriza-se pelo risco social da liberdade dos envolvidos na organização criminosa, diante da gravidade dos crimes praticados pela organização e pela violação da ordem pública.

Quanto aos aspectos legais, a infiltração havia sido prevista na antiga redação do inciso I, do artigo 2º da Lei nº9.034/95 in verbis: "a infiltração de agentes de polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer co-participação delituosa, exceção feita ao artigo 288" do Código Penal, "de cuja ação se preexclui, no caso de antijuridicidade".

Disposição esta que restou vetada pelo Presidente da República, por reputar a medida atentatória aos princípios adotados pelo Código Penal brasileiro e ao interesse público, considerando que na versão original do Anteprojeto a infiltração estava condicionada à previsão judicial. Ficaria bastante difícil delimitar até onde iria

o exercício daquela atividade de espionagem e a partir de onde existiria uma colaboração ativa do agente infiltrado, na própria prática delitiva, desvirtuando a razão de ser da infiltração.

Com o advento da Lei nº10.217/01, alterando a Lei nº9.034/95, a matéria voltou a ser tratada no ordenamento jurídico pátrio com a devida autorização judicial. Outras leis também o fizeram como é o caso do inciso I, do artigo 53, da Lei nº11.343/06 (nova lei de drogas), referindo-se aos crimes previstos nesta lei, onde a infiltração é cabível em tarefas de investigação, independentemente de ser em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos. Ampliou-se o âmbito do agente infiltrado que poderá fazê-lo sempre que for necessário à investigação.

De qualquer modo, estando prevista no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário uma maior preocupação das autoridades na busca de metas para sua melhor aplicação, utilizando métodos rigorosos de controle, prévia autorização judicial e acompanhamento do Ministério Público para que ela se concretize no almejado instrumento poderoso de combate à criminalidade organizada.

#### 2.4.1 Requisitos, procedimento e hipóteses de cabimento

A partir da redação do artigo 1º da Lei nº9.034/95, como visto, entende-se que a infiltração de agentes somente pode ser admitida como procedimento investigatório que verse sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por “quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

A Lei nº10.217/01, ao alterar a Lei nº9.034/95, trouxe como requisito substancial à atuação deste meio operacional de investigação a necessidade de prévia autorização judicial, devendo dar-se de maneira circunstanciada e sigilosa. Justifica-se a necessidade da autorização ser circunstanciada à medida que possibilita uma maior segurança jurídica na aplicação da lei junto ao meio social, na medida em que a autorização deverá abranger alguns elementos norteadores da ação (identificação dos agentes, aspecto temporal de vigência, determinação de qual grupo, e qual objeto ilícito se pretende investigar, etc.).

Justifica-se também o sigilo, no sentido de que o mesmo é imprescindível para a eficiência da medida, assim como para a preservação da integridade física do agente, tratando-se a infiltração como método de eminente risco para o servidor operante. Para Pacheco (2007, p.717):

O sigilo do plano de infiltração é necessário não somente para o sucesso da operação, mas também para a proteção do agente infiltrado, que pode mesmo correr o risco de morte. Assim, pensamos que deve ser elaborada uma versão sintética do plano de operações destinada à homologação judicial.

Ademais, o sigilo ou 'segredo de justiça' de todo o procedimento de infiltração (planejamento, requerimento, autorização judicial, realização e documentação) está em consonância com a imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado (art.5º, XXXIII, *fine*, CR), bem como com o interesse social na efetividade do direito fundamental social à segurança pública (art.5º, LX, *c/c* art.6º, *caput*, CR). O que não se pode admitir é o sigilo das provas obtidas, quando produzidas no processo penal, tendo em vista os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Em relação à identificação do agente infiltrado, deve-se observar o princípio da ordem pública, presente na Lei nº9.807/99 (proteção a testemunhas), que possibilita a alteração do nome completo da pessoa a ser protegida, mediante averbação no respectivo cartório de registro civil, seja ela vítima ou testemunha. Em analogia com a referida lei, com o fim da eficiência da medida de infiltração, procede-se ao raciocínio de que o agente infiltrado deverá ter um novo documento de identidade, assim como todos os documentos necessários para revestir o policial de uma condição e aparência criminosas, preservando assim também a sua integridade física e psíquica. O agente infiltrado se qualificará na condição de testemunha do caso, devendo a sua identidade verdadeira ser mantida sob sigilo.

Infelizmente, o legislador não disciplinou se o juiz pode ou não determinar a infiltração de ofício, se há a necessidade de dar ciência ao representante do Ministério Público, quais os requisitos para o seu deferimento, a quem deve ser dirigido o relatório investigativo e de que forma deverá sê-lo, exigindo, mais uma vez, esforço doutrinário nacional, o qual, orientado pelo Princípio da Proporcionalidade, defende que seja adotado por analogia o procedimento previsto na Lei nº9.296/96 que regula a interceptação de comunicações telefônicas, fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, tendo em vista que, em

ambos os casos são restringidos a garantia constitucional de direito à privacidade dos indivíduos investigados (SILVA, 2003).

Esta analogia é válida também quando se leva em consideração que não foi previsto o prazo de duração, muito menos a forma de fiscalização e controle, como visto. Examinando a lei nº9.296/96, o prazo, portanto, seria de 15 dias, renovável tantas vezes quantas se mostrassem necessárias. Já, a fiscalização e o controle da atuação do agente infiltrado seriam feitos por meio de relatório circunstanciado por ele elaborado ao final de cada prazo.

O caso concreto exigirá flexibilidade de pensamentos e segurança do magistrado e das outras autoridades envolvidas nesta medida ao passo das inúmeras lacunas deixadas pelo legislador. Para Rangel (2007, p.210-211), partindo da premissa de que a infiltração é uma medida cautelar prevê que o prazo de duração de tal medida deveria ser de 30 dias:

Pensamos que, uma vez identificada a natureza jurídica da medida como sendo cautelar preparatória da ação penal, devemos retirar dela todas as conseqüências inerentes à teoria geral do processo cautelar, por analogia (art.3º do CPP), para colocar um freio na adoção da medida e não haver abusos.(...)

(...) Nesse sentido, com o escopo de evitar qualquer constrangimento ilegal, violando os princípios da proibição do excesso e da proibição de provas obtidas por meio ilícito, causando ao investigado um prejuízo maior do que o necessário e suportável, adotamos o prazo de 30 dias do art.806 do CPC, contado a partir do dia em que se efetivar a medida cautelar preparatória da ação penal.

Para o referido autor, a infiltração deve ser encarada como uma medida excepcional que é buscando-se, com isso, a proteção do agente infiltrado e impedir que se processe alguém colhendo provas ilicitamente. Porém, apesar das intenções embasadas e do correto raciocínio, determinar prazo improrrogável em uma espécie de investigação tão complexa exporia ainda mais o agente, no sentido de que 30 dias é um prazo, quase sempre, irrisório para se conquistar a confiança dos criminosos, sempre atentos a esse tipo de empreitada, quiçá para obter as desejadas informações para dismantelar o grupo delinqüente organizado.

No que concerne à atuação do Ministério Público, Pacheco (2007, p.717-718) afirma que este órgão é indispensável para o andamento da investigação

devendo sempre apresentar o parecer referente ao plano de infiltração a ser homologado judicialmente. Segundo o autor, esta necessidade surge quando a medida por si só fere “direitos fundamentais”, agindo o órgão ministerial no papel “da incumbência constitucional de defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art.127, *caput*, CR) e, por fim, de sua atribuição para fiscalizar a ‘execução da lei’ (art.257, CPP)”.

Ao legislador se credita toda essa falta de consenso entre os doutrinadores por sua inércia, proposital ou não, mas, como de costume, prejudicial à realização dos objetivos almejados pela própria lei.

#### 2.4.2 Características

Analisando-se o conceito, a natureza jurídica e os requisitos da infiltração, algumas características da mesma se destacam como a dissimulação, o engano e a interatividade do agente infiltrado para com a quadrilha ou bando ou organização ou associação criminosa de qualquer tipo, sem as quais inviabilizaria a razão de existência do instituto, qual seja o desmantelamento do grupo criminoso organizado.

Constitui-se, pois, em um risco extremo para o agente a ser infiltrado, razão pela qual o mesmo deve ser alguém treinado especificamente para este fim, possuir falsa identidade e vida pregressa, assim como uma equipe de apoio com aparatos tecnológicos e de pessoal igualmente treinado para dar o satisfatório suporte às ações realizadas pelo agente e repassar as informações obtidas à autoridade competente. Essa equipe de apoio é responsável também pelo estudo da situação e dos riscos da operação, pela análise da organização criminosa a ser infiltrada e do ambiente operacional, assim como também da análise do perfil e do preparo do agente.

#### 2.4.3 Limites

Percebe-se que, a infiltração é regida pelo princípio da proporcionalidade, e é ele quem traça os limites a serem observados por toda ação de infiltração, uma

vez que fere direitos fundamentais já analisados, como à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, entre outros, os quais dão espaço ao interesse (segurança) público e à paz social. Pacheco (2007, p.713) entende que:

Fazendo-se as limitações materiais pelos seus extremos, teremos o âmbito mínimo de utilização da infiltração, que necessariamente estará incluído em qualquer regulamentação, alcançando apenas os crimes mais graves quanto àqueles a serem investigados e somente os menos graves quanto aos que o agente infiltrado pode praticar.

Deve existir, portanto, uma ponderação dos referidos direitos e valores em conflito para que se justifiquem as condutas típico-penais eventualmente praticadas pelo agente infiltrado e pela própria infiltração em si.

## CAPÍTULO 3 A VIABILIDADE DA INFILTRAÇÃO E A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO

O progresso desordenado do crime organizado requisita ações do Estado brasileiro no intuito de frear o avanço desse tipo de delito. Desenvolveram-se as analisadas medidas investigativas, e dentre elas está a infiltração de agentes em organizações criminosas, trazendo consigo não só os problemas advindos do exercício legislativo – agressões à Constituição e falta de previsão de vários institutos necessários ao sucesso de tal empreitada – assim como também os problemas relacionados à viabilidade da medida principalmente quando se observa a proteção ao agente a ser infiltrado, a incompatibilidade de tal medida com o ordenamento jurídico brasileiro, a falta de estrutura tecnológica e de pessoal especializado e treinado para o apoio ao agente infiltrado, dentre vários outros empecilhos a serem analisados.

Analisar-se-á no presente capítulo as peculiaridades do agente infiltrado, como a sua definição e a sua natureza jurídica, quem pode ser agente infiltrado, a diferença entre agente infiltrado e agente provocador, a responsabilidade penal do agente a ser infiltrado em organização criminosa. Far-se-á também uma breve comparação ao longo do trabalho com ordenamentos jurídicos estrangeiros onde a infiltração de agentes tem obtido resultados satisfatórios (Argentina e Estados Unidos da América) e sucintas reflexões acerca da viabilidade desta avançada medida investigativa.

### 3.1 Considerações gerais

A figura do agente infiltrado não é inovação pátria, seguiu-se uma tendência internacional no combate ao crime organizado liderada pelos Estados Unidos da América, onde as principais técnicas de investigação com relação ao combate às organizações criminosas são o uso de informantes, a vigilância eletrônica e a operação *undercover*, que significa o ingresso do agente estatal de forma

dissimulada na organização criminosa investigada para colher informações que visem o seu desmantelamento, identificando seus integrantes e coletando elementos probatórios que venham a subsidiar a instrução criminal. É considerada como a origem do agente infiltrado, influenciando diversas nações, inclusive o Brasil.

Analisando a legislação pátria referente à infiltração de agentes e suas características próprias, Pacheco define agente infiltrado (2007, p.714):

Agente infiltrado é a pessoa introduzida, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional ("dado negado" ou de difícil acesso), em quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa, ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crimes de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor do crime, a fim de obter provas que possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles.

A pessoa a ser infiltrada, de acordo com o inciso V do artigo 2º da Lei 9.034/95, deve pertencer aos quadros da Administração Pública, mais especificamente aos órgãos de segurança (agentes de polícia judiciária) e inteligência. Os agentes de polícia estão previstos no artigo 144 da Constituição Federal, porém, não distinguiu a Lei as polícias judiciárias (civil e federal) das demais polícias militares, as quais somente poderiam atuar como agentes infiltrados quando funcionassem como polícias investigativas apurando a atuação de organizações criminosas em crimes militares.

Quanto aos agentes de inteligência boa parte da doutrina considera que a Lei 9.034/95 estabelece que a pessoa a ser infiltrada deva ser agente de polícia ou agente de inteligência, sem restringir a instituição à qual pertence. Preleciona Pacheco (2008, p.715):

Assim, podem ser utilizados os agentes de inteligência da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), do Exército, da Marinha, da Aeronáutica, do Ministério da Defesa, das Administrações Penitenciárias, das Secretarias Estaduais da Fazenda, Secretaria da Receita Federal e, enfim, de outros órgãos públicos que tenham formalmente constituído sua unidade de inteligência e vinculado seu servidor a ela como agente de inteligência.



Esse posicionamento reflete a turbulência em que vive o tema na doutrina nacional, principalmente quando se observa o artigo 2º da Lei 9.034/95 prevendo a existência de uma persecução criminal, e não meramente administrativa como pode decorrer da atuação de agentes que não sejam pertencentes às polícias judiciárias, e o artigo 4º da mesma Lei ao afirmar que, as polícias judiciárias estruturarão equipes especializadas para combater as ações praticadas por organizações criminosas.

Por certo, o legislador teve seus motivos para não referir-se a outros órgãos, uma vez que não são institucionalizados especificamente para apuração destes delitos e que a própria Constituição Federal de 1988 incumbiu apenas à polícia judiciária a apuração destes tipos penais.

Não se permitiria, em regra, a utilização de agentes de inteligência como infiltrados (permissão contida na Lei 10.217/01) na medida em que a tais agentes não são cometidas funções de polícia judiciária, não podendo, assim, coletar as provas que subsidiariam a instrução criminal contaminando direitos fundamentais como a intimidade, a vida privada, o direito de livre comunicação, entre outros.

Porém, não haverá incompatibilidade constitucional deste instituto quando forem considerados os requisitos legais da autorização judicial e da existência de investigação formal em curso desde que previstos em lei, visto que estariam assegurados e aproveitados pelos órgãos de polícia judiciária e estariam garantidos os referidos direitos fundamentais.

Não podem ser feitas as mesmas observações doutrinárias acerca dos agentes de polícia judiciária e de inteligência ao agirem como agentes infiltrados quando se trata de particulares neste tipo de ação, pois que não existe previsão legal, feita acertadamente, por que se assim fizesse o legislador estaria criando uma insegurança jurídica sem precedentes, além de colocar em risco à vida de civis ao passo que nem o Estado, e muito menos o particular, estariam preparados para esta irresponsável inovação.

Diante do exposto, observa-se alguns indícios que direcionam para a natureza jurídica do agente infiltrado variando dependendo do ângulo sobre o qual se olha para esse "agente público especializado e pertinente", considerando-o também, e principalmente, como prova testemunhal, já que ele se qualifica como testemunha no processo em que atua (PACHECO, 2007, p.715).

O texto legal sobre a infiltração policial é conciso demais para efeito de explicar quais as qualificações requeridas para atuar como agente dessa nova técnica investigativa. Além da exigência de ser agente de polícia ou de inteligência, a redação do inciso V do artigo 2º da citada Lei de Combate ao Crime Organizado permite concluir apenas que, a infiltração será "constituída pelos órgãos especializados pertinentes", o que faz pressupor a existência, no aparelhamento policial, de um organismo destinado a fazer a designação, o treinamento e o acompanhamento da atuação dos agentes infiltrados. Embora a legislação nada esclareça a respeito, mostram-se cabíveis algumas adaptações que podem ser feitas das disposições contidas na legislação argentina atinentes à matéria e trazidas por Franco (*apud* Carlos Enrique Edwards, 2001, p. 584-585):

Assim, a designação do agente deve passar por três etapas. Em primeiro lugar, por sua proposta para tornar-se agente infiltrado. Isso significa que esse papel investigativo terá de ser sempre voluntário. 'O fundamento da voluntariedade para atuar como agente encoberto prende-se à comprometida, difícil e perigosa função que significa infiltrar-se numa organização criminosa', já que isto conduz a uma dupla identidade, 'à mudança de seu ritmo de vida costumeiro, a separar-se, em muitos casos, de seu núcleo familiar, e, inclusive, até a delinquir para ganhar a confiança dos integrantes da organização'. Não se trata verdadeiramente de uma missão comum ou habitual, mas exatamente o contrário. Em segundo lugar, pela necessidade de determinar, no ato de designação, o nome verdadeiro e a falsa identidade que passará a adotar. Essa dupla identidade tem importância capital para o desenvolvimento da atividade do agente infiltrado. 'A falsa identidade tem o condão de garanti-lo da possibilidade de ser descoberto quando se infiltra na organização criminosa'; a verdadeira por sua vez, no caso de prisão, permitirá à autoridade policial o seu reconhecimento. Por último, a designação impõe uma reserva quanto à indicação do policial, posto que não pode ser conhecida por parte de outros policiais que investigam o caso, 'a fim de que nenhuma pessoa com acesso à investigação possa conhecer a identidade verdadeira e falsa do agente infiltrado'(Carlos Enrique Edwards, op. cit., p.72).

É evidente que, apesar da ausência de previsão legal pátria, estas etapas (voluntariedade para atuar, dupla identidade e a reserva para indicar o agente a ser infiltrado) concernentes ao direito argentino são adaptadas e utilizadas no ordenamento jurídico pátrio por analogia, visto que, não ferem princípios

constitucionais e agilizam o processo de infiltração e a conseqüente colheita de provas, garantindo a segurança física e psicológica do agente infiltrado.

### 3.2 Formas de atuação e responsabilidade penal do agente infiltrado

Levando-se em consideração a complexidade factual em que se encontra a figura do agente infiltrado, como medida investigativa que é, não se poderia deixar ao acaso as formas de atuação do mesmo, cabendo ao Estado, pelo menos em primeiro plano, a responsabilidade pelas ações praticadas por seu representante direto na empreitada. Ferir-se-ia a segurança jurídica da medida e injustificaria o princípio da proporcionalidade, o qual dá limites à infiltração, se assim não fosse feito. Causar-se-ia, também, desconforto e desconfiança da população com relação à eficácia da medida e à credibilidade do agente a infiltrado e do próprio Estado.

As formas de atuação do agente infiltrado trafegam entre o lícito e o ilícito por diversas razões. Uma delas é a proibição do flagrante preparado, o qual se encontra rechaçado pela legislação pátria e causa polêmica na doutrina, conforme será visto adiante. O agente infiltrado poderá simplesmente fazer o papel de informante, transmitindo as informações de que tem conhecimento para a autoridade que investiga a quadrilha ou bando ou associação ou organização criminosa. Poderá também atuar conjuntamente com um ou mais integrantes da organização numa determinada empreitada criminosa, praticando crimes juntamente com este. Observando-se o princípio da proporcionalidade, nesse caso, o agente simplesmente facilitará o cometimento do delito, e não a indução para a sua prática.

Estas formas de atuação refletem juridicamente de forma controversa e polêmica. São conseqüências presentes em toda ação investigativa exercida pelo Estado no combate à criminalidade, as quais têm, por si só, determinado grau de risco inerente à função. Entretanto, muito maior o risco será quanto mais próximo o agente infiltrado se encontrar do objeto investigado, principalmente se estiver diante de uma organização criminosa. Nestes termos, para que seja viabilizada a sua atuação, deverá este servidor encontrar-se respaldado juridicamente quando realizar as suas diligências.

Ocorre que, este respaldo não existe de fato na legislação pátria, cabendo à doutrina e à jurisprudência as discussões acerca da natureza jurídica da responsabilidade penal do agente infiltrado no combate ao crime organizado. É o que se observa nas afirmações de Jesus e Bechara (2005) ao determinar quatro possíveis soluções:

- 1.<sup>a</sup>) trata-se de uma causa de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Isso porque, se o agente infiltrado tivesse decidido não participar da empreitada criminosa, poderia ter comprometido a finalidade perseguida com a infiltração, ou seja, não havia alternativa senão a prática do crime;
- 2.<sup>a</sup>) escusa absolutória: o agente infiltrado age acobertado por uma escusa absolutória, na medida em que, por razões de política criminal, não é razoável nem lógico admitir a sua responsabilidade penal. A importância da sua atuação está diretamente associada à impunidade do delito perseguido;
- 3.<sup>a</sup>) trata-se de causa excludente da ilicitude, uma vez que o agente infiltrado atua no estrito cumprimento do dever legal;
- 4.<sup>a</sup>) atipicidade penal da conduta do agente infiltrado. Essa atipicidade, todavia, poderia decorrer de duas linhas de raciocínio distintas. A atipicidade poderia derivar da ausência de dolo por parte do agente infiltrado, uma vez que ele não age com a intenção de praticar o crime, mas visando a auxiliar a investigação e a punição do integrante ou dos integrantes da organização criminosa. Faltaria, assim, imputação subjetiva. De outro lado, a atipicidade poderia derivar da ausência de imputação objetiva, porque a conduta do agente infiltrado consistiu numa atividade de risco juridicamente permitida, portanto, sem relevância penal.

Está evidente que não se consolidou uma única vertente para explicar se o agente infiltrado comete algum delito no exercício de sua atividade ao fazer parte de um grupo criminoso elencado na lei, ou se estaria ele, no mínimo, cometendo o crime capitulado no artigo 288 do Código Penal Brasileiro. E, se o agente infiltrado estaria, ou não, acobertado por alguma excludente ao cometer algum outro delito que não seja o coletivo, e, estando, qual seria essa excludente. Neste sentido (SILVA; LAVORENTI; GENOFRE, 2003, p. 242):

Outra grande dificuldade para a adoção desta forma de atuação reside na celeuma que se cria quanto às condutas possíveis por parte do agente infiltrado, dado que, para sua aceitação e manutenção em uma organização, necessariamente, estará contribuindo ou praticando ações penais. Em outras palavras, o Estado, para se ver

livre de crimes, deveria permitir, por parte de seus agentes infiltrados, a prática de infrações, o que é no mínimo paradoxal. Por outro lado, nenhum policial estaria disposto a se infiltrar e responder pela prática de delitos praticados.

Aliando os dois pensamentos supracitados, percebe-se que, a solução está nos elementos formadores da Teoria do Delito, principalmente, como se observou nas palavras de Jesus e Bechara (2005), no tocante às excludentes de ilicitude.

Quando o agente infiltrado age apenas como informante no cerne de uma coletividade criminosa, sem cometer nenhum outro ato que importe em uma eventual prática delituosa, seria possível a sua responsabilização pela prática de crimes de Quadrilha ou Bando (artigo 288 do CPB) ou qualquer outro crime associativo previsto na legislação penal extravagante.

Porém, desde que observados os requisitos analisados para o intento investigativo em tela, não se pode responsabilizá-lo. Isto porque, estará a ação do agente infiltrado em consonância com seu Exercício Regular de Direito (artigo 23, III do CPB), sendo esta uma causa de excludente da antijuridicidade, uma vez que, o agente infiltrado assim procede autorizado judicialmente com base em uma norma permissiva (inciso V do artigo 2º da Lei 9.034/95) e não impositiva – hipótese onde apenas se alteraria a excludente a ser aplicada (Estrito Cumprimento de Dever Legal, artigo 23, III do CPB).

A dificuldade surge quando, em decorrência da complexidade em que se encontra o agente infiltrado numa empreitada de tamanho risco, o mesmo tenha que cometer um ilícito, seja no intuito de obter informações ou provas que visem o desmantelamento da organização, ou para preservar a sua integridade física caso esta se encontre ameaçada pelo grupo criminoso.

Tais casos devem decorrer somente de situações excepcionais sendo que, pela completa falta de previsão legal, dificilmente será pacificado o seu entendimento nos julgados e na própria doutrina. A melhor resolução encontrar-se-ia no campo da culpabilidade, pois estaria o agente em face de uma Inexigibilidade de Conduta Diversa.

Portanto, existiria a ação delituosa, não sendo viável a sua censurabilidade. Porém, neste caso, existiria também uma dirimente supra legal, restando demonstrado uma situação anormal criada pelo exercício de uma função legítima e

autorizada. As condutas praticadas pelos agentes infiltrados criariam, pois, um risco permitido pelo direito, riscos estes, aliás, que buscam a realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em especial, pela construção de uma sociedade justa, a garantia do desenvolvimento nacional e a promoção do bem de todos.

Com relação às condutas praticadas fora desses limites, ou seja, fora do plano de atuação previamente estabelecido, a análise deverá ser realizada, como dito, sob as regras gerais da Teoria do Delito. Entretanto, como bem observado por Mendroni (2002, p.74): “nada poderia justificar o sacrifício de uma vida em favor da infiltração do agente e este deverá utilizar de todas as suas habilidades para impedi-lo”.

Seguindo uma linha de raciocínio diversa, mas concluindo semelhantemente, Silva (2003, p.90) acredita estar no princípio da proporcionalidade a elucidação do problema:

A análise da proporcionalidade entre a conduta do policial infiltrado e o fim buscado pela investigação é o caminho a ser trilhado. Não se apresenta razoável, por exemplo, admitir que o policial possa matar pessoas na busca de elementos de prova para a apuração de crimes praticados contra a flora e a fauna.

Observando o princípio da proporcionalidade e o caráter excepcional dessa permissão, conclui-se que, no caso de condutas ilícitas praticadas pelo agente infiltrado que não esteja em situações extremadas ou onde não haja nenhum conflito entre bens jurídicos tutelados, ficará evidenciado um desvio e/ou excesso na conduta, devendo o servidor assim ser responsabilizado no âmbito administrativo e judicial.

O fato é que a doutrina diverge pela falta de previsão legal e pela polêmica em que se encontra o tema hoje, dando, assim, pouco embasamento para os tribunais ao depararem-se com o caso concreto. Enseja-se a insegurança jurídica para a comunidade, para o agente infiltrado e para o próprio Estado. Fato este não observado em países como Argentina e Estados Unidos da América, pois previram, de forma flexível e dinâmica, a atuação e responsabilidade penal do agente infiltrado no combate ao crime organizado.

### 3.2.1 Ação controlada, agente infiltrado e agente provocador

Dentre as medidas investigativas no combate ao crime organizado estudadas no capítulo anterior, merece destaque neste tópico a referida ação controlada, que consiste, como visto, no retardamento intencional do flagrante com o fim de interceptar o grupo criminoso organizado no tempo e ocasião certos para seu desmantelamento. Ou seja, através de um trabalho conjunto de inteligência e de campo, policiais devidamente treinados apreciam o melhor momento para agir e desmantelar o grupo delinqüente.

Porém, flagrante retardado diverge de flagrante preparado, onde o agente infiltrado induz ou instiga os membros da organização criminoso a cometer o crime, o que configuraria um delito provocado, o qual, devido à sua impossibilidade de consumação, é impune tanto em relação ao sujeito provocado como ao provocador. Pensamento consolidado pela Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, entendendo que há crime impossível, pois o sujeito é induzido arditosamente a praticar o crime.

Surge a diferenciação, para efeito de responsabilização, entre o agente infiltrado e o agente provocador, melhor expressada nas palavras de Gonçalves (*apud* Manuel Augusto Alves Meireis, 2001, p.264):

A figura do agente infiltrado é, pois, substancialmente diferente da do agente provocador. O agente provocador cria o próprio crime e o próprio criminoso, porque induz o suspeito a práticas de atos ilícitos, instigando-o e alimentando o crime, agindo nomeadamente, comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos. O agente infiltrado, por sua vez, através de sua atuação limita-se, apenas, a obter a confiança do suspeito(s), tornando-se aparentemente um deles para, como refere Manuel Augusto Alves Meireis, 'desta forma, ter acesso às informações, planos, processos, confidências' que, de acordo com o seu plano constituirão as provas necessárias à condenação.

Ao agente é vedado instigar o indivíduo a praticar uma ação delituosa, agindo de forma ativa. O correto, para obter êxito na aplicação da responsabilidade penal face aos criminosos, é atuar constantemente de forma passiva, acompanhando a ação delituosa já preexistente no grupo objeto de investigação.

Isto porque, se o agente infiltrado agisse de forma a provocar a ação delituosa estaria desvirtuado de seu intento e não conseguiria juridicamente imputar o fato criminoso ao investigado.

Esta seria a terceira forma de atuação do agente infiltrado, onde o mesmo assumiria o papel de agente provocador, ferindo princípios penais e processuais penais, assim como princípios constitucionais, ao quebrar o requisito de agir em uma investigação em curso, ou seja, o ato criminoso deve estar em curso, não podendo ter sido realizado por instigação ou induzimento do agente, e, mais do que isso, não podendo a ação do agente ser imprescindível à consumação dos delitos.

Segundo alguns autores, em crimes como o tráfico ilícito de entorpecentes, onde a consumação prolonga-se no tempo (crime permanente), não estaria o agente infiltrado a provocar o flagrante ao instigar a simples venda da droga, pois as outras condutas típicas do crime já haveriam sido praticadas, como a produção, a compra em escala, o armazenamento, o transporte, entre outros. É o que pensa Jesus (1993, p.77):

Como acontece na maioria das vezes, o induzimento policial à venda da droga pelo traficante é feito para deslindar a guarda ou depósito criminoso. De maneira que o estímulo policial provocante é posterior ou concomitante a um crime já consumado ou em fase de consumação permanente. Os comportamentos do traficante, nas hipóteses de guarda, depósito etc., não são induzidos pelo agente policial. Em consequência, há delito e pode ser lavrado o auto de prisão em flagrante, mas somente em relação à guarda ou depósito da droga, isto é, no tocante às condições não provocadas pelo simulador (REsp 277, STJ, 5ª Turma, rel. Min. Costa Lima, RT, 652:358)

Segundo o autor, estariam contaminados os atos advindos do flagrante ilegal, ou seja, a venda da droga instigada pelo agente. Porém, os outros não restariam eivados de nulidade, pois ocorreram independentemente do flagrante. Este pensamento foi reforçado por orientações jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça:

TRÁFICO DE ENTORPECENTES – CRIME DE EFEITO PERMANENTE – FLAGRANTE PREPARADO – IRRELEVÂNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO – SÚMULA 145/STF – I – Não há falar em nulidade do flagrante, sob a alegação de ter sido



preparado ou provocado, pois o crime de tráfico de entorpecentes, de efeito permanente, gera situação ilícita que se prolonga com o tempo, consumando-se com a mera guarda ou depósito para fins de comércio, restando inaplicável o verbete da Súmula 145/STF. II – RHC improvido (STJ – RHC 9839 – SP – 6ª T. – rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 28.08.2000)

Não se pretende argumentar para a legalização do flagrante preparado, pois que o mesmo viola a organização normativa até então existente. Pretende-se, sim, direcionar o olhar para as inúmeras situações em que podem deparar-se as autoridades no combate ao crime organizado, admitindo a fragilidade em que se encontra o sistema normativo nacional frente aos avanços observados pela “indústria do crime organizado”.

A regra, portanto, é a de que caso o agente infiltrado provoque, induza ou instigue a ação ou omissão de uma ou mais pessoas que integram a organização criminosa, induzindo e interferindo diretamente no ânimo decisivo delas e na consumação do delito, a hipótese, nesse caso, seria de flagrante preparado ou delito provocado e o agente infiltrado seria responsabilizado penalmente pelo abuso cometido, mas ninguém responderia pela infração penal pretendida.

### 3.2.2 Valoração das provas produzidas pelo agente infiltrado

A investigação criminal, consistente na coleta de provas no sentido de identificar a autoria e a materialidade do ilícito penal, constituindo um dos alicerces da manutenção da ordem pública, pois se for fadada ao insucesso, fomentará a impunidade e, conseqüentemente o aumento da criminalidade.

No combate ao crime organizado, o agente infiltrado é, mais do que qualquer outra coisa, um colhedor de provas, sendo, assim, protagonista de uma avançada modalidade de investigação criminal: a infiltração em grupos criminosos organizados.

Ocorre que, a valoração das provas obtidas no processo pelo agente infiltrado são diretamente proporcionais às formas como ele age na investigação. Ou seja, dependendo da forma como se obtêm as provas pelo agente infiltrado (apenas informando à autoridade competente o que acontece na organização, agindo

conjuntamente com o grupo criminoso ou instigando, provocando ou induzindo para que se configure o flagrante) elas poderão, ou não, serem utilizadas no decorrer do processo.

Em primeiro plano, a prova obtida pelo agente infiltrado seria ilícita por ferir os direitos constitucionais vistos no capítulo anterior, como a liberdade de comunicação, a vida privada, a honra, a imagem, entre outros. Porém, em atenção ao princípio da proporcionalidade torna-se plenamente possível a utilização de provas obtidas pelo agente infiltrado, pois se salvaguarda direitos fundamentais de ordem pública, devendo ambos ser harmonicamente administrados.

Assim, considerando os diversos tipos de comportamento que o agente infiltrado pode ter em uma organização criminoso, é possível concluir que, a prova somente poderá ser considerada ilícita nos casos onde ele induz, provoca ou instiga o sujeito a praticar a infração penal, ou seja, quando o seduz enganosamente para o cometimento do delito.

A violação de direitos fundamentais, nesse caso, não constitui restrição legítima como antes afirmado, mas implica, sim, em um total esvaziamento do seu conteúdo essencial, mostrando-se absolutamente desproporcional e igualmente intolerável qualquer aceitação. Nesse sentido leciona Rangel (2007, p. 223):

Se o agente infiltrado ultrapassa os limites da autorização judicial, bem como se se transmuda em agente provocador, ou, ainda, não tem atribuição prevista em lei para a prática do ato de investigação infiltrada (policia militar), a prova colhida será inadmissível no processo, e, se admitida, estará viciada, acarretando a sanção de nulidade passível de ser atacada via ação de HC.

A prova produzida sem induzir, instigar ou provocar a ação do criminoso é perfeitamente válida, já que não se verifica nenhum comportamento decisivo ou determinante do agente em relação à vontade do integrante ou dos integrantes do grupo criminoso. E, o agente infiltrado se qualificará como testemunha a ser ouvida nos procedimentos porventura instaurados, devendo a sua identidade verdadeira ser mantida sob sigilo.

Pode ocorrer, ainda, que o agente infiltrado venha a deparar-se com crimes diversos dos autorizados pela autoridade judicial, caracterizando o caso fortuito. Não se poderia limitar o agente que, encontrando-se em situações de variáveis

constantes e complexas, fosse compelido a agir em crime conexo, porém diverso do autorizado. Rangel (2007, p.222) defende que:

Não podemos admitir que o Estado feche os olhos para essa realidade descoberta por seus agentes em uma investigação legítima, amparada por ordem judicial. Do lícito não pode advir o ilícito, salvo o atuar dos agentes nesse sentido. No caso em tela, a investigação, feita dentro dos padrões normais da legalidade, não pode desconsiderar que, para o tráfico de entorpecentes, mister se faz, às vezes, o contrabando de armas.

Neste caso, trata-se de prova lícita a ser admitida no processo ou a autorizar a instauração de outro processo se nada tiver com os fatos originários, sendo necessária a conexão entre os crimes e a indispensabilidade da ação do agente infiltrado.

### 3.3 Análise sobre a viabilidade da medida

Sem embargo do reconhecimento do avanço investigativo em que se enquadra a infiltração de agentes em organizações criminosas, a doutrina discute a sua eficiência e a sua viabilidade no combate ao crime organizado.

A reflexão parte do caráter excepcional da infiltração, visto que, o juiz deverá examinar a indispensabilidade da providência, uma vez que, trata-se de medida restritiva a direito fundamental, notadamente o direito à autodeterminação informativa, que consiste no direito de saber quem, como e quando se tem informação de si próprio, bem como o direito à intimidade.

Argumenta-se, também, que medidas investigativas igualmente eficazes, como as previstas na Lei nº9.296/96 (Lei de Interceptação Telefônica), poderiam ser utilizadas, e o são, com mais frequência, já que não exporiam a integridade física dos agentes infiltrados e equipes de apoio do Estado, nem de suas famílias. Esse é o pensamento de Pacheco (2007, p.716):

(...) Geralmente, outras provas contribuem para formar um conjunto concludente de provas sobre a existência da infração penal e sua autoria (adequação), chegam ao mesmo resultado sem tanta afetação negativa de direitos fundamentais (necessidade), têm importância que supera a importância da afetação negativa dos direitos fundamentais afetados/afetáveis com a realização da prova ou tem maior grau de possibilidade concreta que a infiltração (possibilidade).

A infiltração, portanto, é um meio de prova excepcionalíssimo. Os órgãos de persecução criminal, de modo geral, utilizarão outras espécies de provas, que sejam admissíveis e (mais) adequadas, necessárias, proporcionais e possíveis do que a infiltração, como interceptação telefônica, vigilância eletrônica, interceptação de sinais em geral, "quebra" de sigilo bancário etc.

O agente infiltrado é uma extensão do poder do Estado quando está em ação, ele o representa. Portanto, no que concerne à sua responsabilidade penal, seria como se o Estado estivesse delinqüindo para reprimir a delinqüência. Apesar de haver referência ao princípio da proporcionalidade para justificar a exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado no combate ao crime organizado, sabe-se que o sistema normativo pátrio tem origens romano-germânicas sólidas. Estas origens significam dizer que, aliada com a própria cultura local positivista, primando pela exegese jurídica, as influências estrangeiras culminaram em um sistema extremamente formalista e positivado, onde quanto mais leis são editadas e promulgadas, mais leis são necessárias para corrigir e suprir faltas cometidas frequentemente.

Neste contexto, medidas investigativas tão avançadas como a infiltração de agentes no combate ao crime organizado encontram dificuldades, pois culminam na insegurança jurídica para a população, para o agente responsável pela infiltração – pois não sabe por que vai ser responsabilizado, já que não se estabeleceu limites de ação tão sólidos como o sistema jurídico nacional, o que soa incoerente – e para o próprio Estado, pois tem no agente infiltrado a sua extensão. A partir de um olhar extremamente pessimista, poder-se-ia gerar uma crise do Poder Judiciário, pelas inúmeras incoerências no sistema.

Seria necessário uma previsão maior de situações para igualar-se ao sistema jurídico nacional, extremamente positivado, e, principalmente, à complexidade das situações em que se encontra hoje quem age no combate ao crime organizado através dessas avançadas medidas investigativas.

Esse tipo de experiência é proveitosa em países como os Estados Unidos da América, pela simples razão de viverem em um sistema jurídico com fortes raízes consuetudinárias, onde a flexibilização das normas facilitam o trabalho dos agentes, dos grupos de inteligência e do Estado, proporcionando a desejada segurança jurídica.

E, mesmo nos EUA, existe outro grande empecilho: a segurança do agente infiltrado e de sua família, assim como de todos os profissionais envolvidos na inteligência e na equipe de apoio. Isto requer um estudo criminológico do pré e do pós-infiltração, analisando psicologicamente e fisicamente o agente.

Esta é uma questão delicada, que requer sensibilidade das autoridades. Foi o que Peter Hossli, repórter americano, e Charly Kurz, seu fotógrafo, queriam transmitir ao entrevistarem talvez o "ícone" no assunto agente infiltrado: Joe Pistone, o agente do FBI que viveu infiltrado na Máfia de Nova Iorque durante 6 anos, contribuindo na captura de mais de 200 criminosos, inspirando o filme "Donnie Brasco" interpretado por Johnny Depp. Vive hoje escondido, com a cabeça e a família a prêmio<sup>3</sup>.

Esta preocupação é inerente ao serviço prestado neste tipo de operação. É sempre necessária uma análise minuciosa das condições do agente antes e, principalmente, depois da operação, no intuito de contribuir para que a sua vida e de sua família seja preservada.

No Brasil, apesar de não haver referência taxativa ao tema, adotam-se medidas tomadas pelos americanos e argentinos, como a alteração de seus

---

<sup>3</sup> - Esteve infiltrado na Máfia há muitos anos. Por que razão continua a viver sob disfarce? Pistone: A Máfia pôs a minha cabeça a prêmio por 500 mil dólares. Nunca foi retirado. Pode ser também que algum "cowboy" me reconheça e pense: "se eu apanhar o Joe Pistone / Donnie Brasco, sou capaz de ganhar uma boa reputação."

- Continua casado?

Pistone: Sim.

- Como é que conseguiu manter a sua mulher?

Pistone: Não sei [risos]. Uma das razões por que ficou foi o fato de eu não ter me afastado dela enquanto estive infiltrado. Tínhamos laços fortes e eles não se quebraram enquanto estive fora. Ela sabia que eu acreditava naquilo que estava a fazer.

- As suas filhas devem ter-se ressentido muito.

Pistone: Ainda eram pequenas, mas estavam zangadas com o fato de eu nunca estar em casa.

- Como é que as protegeu?

Pistone: Mudamo-nos várias vezes, mudamos-lhes os nomes. Continuo a mantê-las afastadas de acontecimentos públicos. Logo a seguir ao julgamento, mudei-as cinco vezes para colocar distancia entre o último lugar onde tínhamos estado e do qual algumas pessoas poderiam ter conhecimento.

documentos pessoais bem como os de sua família. Esta medida orienta-se por um princípio de ordem pública, presente na Lei nº 9.807/99, a qual possibilita a alteração do nome completo da pessoa a ser protegida, mediante averbação no respectivo cartório de registro civil, seja ela vítima ou testemunha, já que o agente infiltrado qualifica-se como testemunha no processo criminal em que participa (proteção que deve ser estendida à sua família). Procede-se, também, à mudança, se necessária, de local de atuação, assim como o afastamento temporário do campo de atuação e a proteção bélica no dia a dia, entre diversas outras ações.

A importância e a efetividade desse método de investigação não se resumem única e exclusivamente à identificação dos criminosos, mas, principalmente, possibilitam o conhecimento aprofundado das organizações criminosas, pessoas e estruturas que delas fazem parte, colocando em risco a vida do agente a ser infiltrado e de sua família, a segurança jurídica social e a reputação estatal. Por isso, torna-se necessária uma reavaliação dos métodos até então utilizados com o fim de harmonizar os direitos hoje em perigo por esta medida investigativa tão avançada quanto perigosa do jeito em que está determinada pelo Estado Brasileiro.

### 3.4 A política criminal no combate ao crime organizado

Para o enfrentamento da criminalidade organizada, necessário se faz uma análise criminológica social, com o fim de estabelecer metas que serão adotadas pela política criminal, direcionando o caminho a ser seguido pelo ordenamento jurídico criminal.

Ocorre que, a forma como se exerce essa política criminal desvirtua os ideais modernos da criminologia forense, que não se concentra apenas em combater a criminalidade, mas também em estudá-la e entendê-la para detectar a sua origem e as suas conseqüências na sociedade.

Hoje, o ordenamento jurídico pátrio segue uma tendência de resultados não satisfatórios em outras nações, como o que aconteceu na Itália. É o chamado direito penal de emergência, que, no modelo italiano acabou como um dragão que engoliu

sua própria cauda. Ainda que a realidade da península adriática seja diferente da brasileira, é certo que o Estado Democrático, tanto lá como aqui, conta com instrumentos específicos de medidas emergenciais (estado de guerra, de sítio, de emergência).

Por isso, apenas as formas de quebra das garantias individuais reguladas ou permitidas pela Constituição, isto é, que não sejam inconstitucionais, e de acordo com o princípio da proporcionalidade, devem ser perseguidas.

Após anos de planejamento e estudo, está claro que a forma como é exercida a política criminal, como um exemplo de que não apenas a repressão deva ser o cerne da preocupação atual, está caminhando para o mesmo destino alcançado pela Itália: crise do sistema normativo. É o que se observa pelo fracasso no combate ao crime organizado, sacrificando medidas investigativas altamente avançadas e necessárias como a infiltração de agentes.

A diretriz tomada pelo Estado, hoje, está em responder não aos anseios sociais, e sim aos meios de imprensa, como forma de impressionar e dar a falsa sensação de punibilidade ao determinar leis mais severas com penas cada vez mais altas, assim como mais direitos fundamentais lesados injustificadamente a cada "penada do legislador", ferindo também a ordem garantista em que trafega, ou tenta trafegar, a nova ótica jurídico-penal proposta por Ferrajoli (1990).

A repressão com leis mais severas só terá efeito se houver uma motivação às pessoas para que elas ajam de acordo com a lei e essa motivação é uma rápida e eficiente aplicação da norma penal, pois como ensinou Beccaria (2001):

Não é o rigor do suplicio que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo. (...) A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma forte impressão mais forte do que o vago temor de um suplicio terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.

Gomes (2002) também é adepto dessa tese, recomendando cuidado em sua aplicação e direcionando o olhar para a melhor interpretação da política criminal:

Aplicar a lei penal com rapidez, no entanto, ao contrário do que os desavisados possam supor, não pode significar a eliminação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa processada. É sempre fundamental, principalmente dentro do moderno Estado Constitucional de Direito, conciliar o interesse da justiça (de punir rapidamente) com os interesses básicos do acusado (devido processo legal, direito de defesa, autonomia da vontade etc.). E ainda, como prega a moderna Criminologia, são sumamente relevantes também os interesses da vítima e da sociedade. Um novo modelo de justiça criminal, claramente resolutivo e comunicativo, tem que se preocupar com a compatibilização dos múltiplos interesses e expectativas gerados pelo atual modelo de distribuição de Justiça.

Pelas afirmações acima descritas conclui-se que a correta interpretação das formas de ação da política criminal se daria em três frentes: as duas primeiras seriam de prevenção e a terceira seria de repressão. Primeiramente, concentrar-se-ia na sua origem, quais sejam os problemas estruturais sociais como a saúde, a educação, a inclusão social, o trabalho, dentre outros, e também criar-se-ia obstáculos às ações criminosas com o investimento em segurança pública através de câmeras de segurança, treinamento e aumento de pessoal para agir em zonas de risco, ampliação tecnológica dos recursos utilizados no combate ao crime organizado dentre outras. Por último, só haveria intervenção após o cometimento do delito, visando não punir, mas ressocializar o delinqüente com o fim de evitar a sua reincidência.

Percebe-se que, o Estado brasileiro está muito longe de alcançar qualquer destas metas, pois age quase que exclusivamente através do exercício legislativo sempre após o pleno desenvolvimento dos tipos de crimes que se pretendem combater, atendendo aos anseios da mídia e não da sociedade.

Para que uma medida tão avançada como a infiltração de agentes em grupos de criminosos organizados dê certo, necessário se faz levar em conta tanto a prevenção como a repressão. A repressão deve ser perene, com os mecanismos de atuação sociais interligados a fim de que a resposta seja integral e eficiente. Deve haver o surgimento de políticas sociais preocupadas com a prevenção primária da criminalidade – através do oferecimento amplo de educação, saúde, moradia, integração social, trabalho etc. – e a repressão ao crime deve se fazer presente não apenas para refrear os anseios sociais e sim para garantir de forma concreta a segurança da sociedade.



Somente assim, investindo na correta aplicação das metas da política criminal e especializando (aparelhando) seu pessoal no enfrentamento da criminalidade organizada, o Estado encaminharia a comunidade na direção do progresso social, garantindo uma correta aplicação dos direitos e garantias individuais e a proteção do agente infiltrado e sua família, revestindo seus atos de segurança jurídica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime é inerente aos seres humanos, faz parte do equilíbrio natural proposto pela natureza. A criminalidade organizada adaptou-se aos novos parâmetros capitalistas e globalizados em que vive a humanidade, alterando o equilíbrio natural da sociedade, suscitando estudos criminológicos para não só combater, mas estudar esse fenômeno e criar meios para reverter esse quadro, restaurando o equilíbrio.

Neste sentido, numa tendência mundial, vislumbra-se a inserção de procedimentos como a colaboração processual, infiltração de agentes, ação controlada, interceptação de comunicações telefônica e ambiental, quebra de sigilos fiscais, bancário e financeiro, entre outros procedimentos direcionados ao combate desse tipo de criminalidade.

Como alguns destes procedimentos são formas de violações às garantias constitucionais como a privacidade e a intimidade, a sua aplicação somente deve ocorrer quando restar demonstrado de forma robusta a sua necessidade, em observância ao princípio da proporcionalidade.

No Brasil, a lei 9.034/95, alterada posteriormente pela lei 10.217/01, veio instrumentalizar a forma de como o aparato estatal pode prevenir e reprimir as ações ilícitas praticadas por coletividades criminosas, inovando ao prever a figura do agente infiltrado, sendo este um método operacional investigativo de grande valia na repressão criminal pretendida.

A prévia autorização judicial, necessária para haver a infiltração, além de ser sigilosa deverá ser sempre circunstanciada, delimitando com isso a atuação do agente infiltrado e garantindo, teoricamente, a segurança jurídica de sua aplicação junto à sociedade, dando validade e legitimidade às provas produzidas durante a sua execução da infiltração, tornando-as aptas a instruírem inquérito policial e ação penal, contanto que o agente infiltrado não venha a instigar, induzir ou provocar a prática de ações ilícitas dentro da coletividade criminosa na qual esteja inserido, sob pena de passar a ser aquilo que a doutrina denomina de agente provocador, cujas provas obtidas não terão validade jurídica para responsabilizar criminalmente o autor do fato.

Quanto à responsabilidade penal do agente infiltrado, a legislação não contempla condutas típicas que podem ser praticadas durante o exercício de suas atividades, entretanto, se este se encontrar em situações extremadas e vier a praticar algum ilícito poderá o caso concreto encontrar resolução no campo da culpabilidade, verificando-se a exigibilidade ou não de conduta diversa, ou ainda ser resolvida em vista do princípio da proporcionalidade. E no que concerne ao delito de quadrilha ou bando ou qualquer outro referente a organizações ou associações criminosas de qualquer tipo, estará a ação praticada pelo agente infiltrado em conformidade com o seu exercício regular de direito, sendo esta uma causa de exclusão de antijuridicidade.

Muitas críticas derivam do mau exercício legislativo no combate ao crime organizado, principalmente no que concerne aos requisitos procedimentais da infiltração, tentando ser suprido pela Lei 9.296/06; à falta de definição legal do que seriam organizações criminosas, tentando ser suprido pela Convenção de Palermo (ratificada pelo governo através do Decreto nº5.015/04); à introdução no ordenamento jurídico pátrio da figura do chamado Juiz Inquisidor, aberração que ofende a ordem constitucional ao permitir que a autoridade judicial colha as provas que servirão para seu próprio convencimento; entre diversas outras devidamente tratadas na pesquisa, refletindo o vício em que se encontra o Estado ao tentar combater o crime organizado, sacrificando medidas investigativas avançadas como a infiltração de agentes em organizações criminosas.

É preciso modificar o foco de combate, se é que deve se chamar assim o enfrentamento ao crime organizado. O Direito Penal de Emergência, ou Política da Lei e da Ordem, não obteve resultados satisfatórios em países estrangeiros, como a Itália, resultando, sim, em uma profunda crise normativa, a qual deveria servir de modelo do que não deve ser feito pelas autoridades nacionais, e não de estímulo a cada vez mais seguir apenas à repressão satisfazendo aos anseios dos meios de imprensa, esquecendo da segurança da sociedade.

Faz-se necessária uma complementação imediata por parte do legislador de maneira a regulamentar este método investigativo, não apenas orientado para a repressão de organizações criminosas e garantias individuais dos investigados, mas também com relação às garantias que o executor deste procedimento deve ter para si e sua família uma vez que se trata de função eminentemente de risco.

Um combate concomitante deveria ser implantado de acordo com ensinamentos criminológicos, agindo em diversas frentes, prevenindo o crime organizado através do investimento em áreas como educação, saúde, trabalho, inclusão social, e também em tecnologia e treinamento de pessoal especializado para agir nesse tipo de empreitada, garantindo a segurança pública aliando medidas investigativas avançadas – ações de curto prazo – e a adoção de políticas públicas para a sociedade – ações de longo prazo.

Diante do exposto, percebe-se que o Brasil está longe de aplicar as metas determinadas pela política criminal. O Estado movimenta-se apenas após os acontecimentos e após a pressão dos meios de imprensa, como se os mesmos refletissem, na íntegra, os anseios sociais, editando leis cada vez mais agressivas e contraditórias com a ordem constitucional vigente. Talvez seja menos custoso e mais conveniente editar leis do que investir pesado nas políticas públicas de prevenção e, excepcionalmente, repressão, concluindo o raciocínio de que a principal característica do crime organizado é a conexão com o Poder Público.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Ebooklibris, 2001. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.com/elibris/delitosb.html>>. Acesso em 03 nov. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2008.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. *Vade mecum* Saraiva / obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 8. ed. atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. *Vade mecum* Saraiva / obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 8. ed. atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Senado Federal, 2008.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. *Vade mecum* Saraiva / obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 8. ed. atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal. *Vade mecum* Saraiva / obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 8. ed. atualizada e ampliada – São Paulo : Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. *Vade mecum* Saraiva / obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 8. ed. atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001. Altera os arts. 1º e 2º da Lei 9.034/95 que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF: Senado Federal, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Hábeas Corpus nº 9839. São Paulo. 6ª Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, *Diário da Justiça da União*, agosto de 2000.

CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de Criminologia*. Niterói: Impetus, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Roma: Laterza, 1990.

FRANCO, Alberto da Silva. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; Douglas. *Crime Organizado e suas conexões com o Poder Público*. 2. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01?* (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6322>>. Acesso em: 2 nov 2008.

GONÇALVES, Fernando et. al. *Lei e Crime: o agente infiltrado versus o agente provocador*. Os Princípios do Processo Penal. Coimbra: Almedina, 2001.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. Niterói: Impetus, 2005.

JESUS, Damásio E. de; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Agente infiltrado: reflexos penais e processuais*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 825, 6 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7360>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

JESUS, Damásio E. de. *Novas questões criminais*. São Paulo: Saraiva, 1993.

LINS, Artur de Lima Barretto. *O crime organizado: diligências investigatórias do Ministério Público*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 370, 12 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5422>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

OLIVEIRA, Luciano Francisco de. *Crime Organizado: a geada negra*. 2004. 8 Monografia (final de curso) – Curso Graduação em Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2004.

PACHECO, Denilson Feitoza . *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006.

PACHECO, Denilson Feitoza . *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. *Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia da Repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SANTOS, Pedro Sérgio dos. *Direito Processual Penal & Insuficiência Metodológica: A alternativa da mecânica quântica*. Curitiba: Juruá, 2004

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis Penais Especiais Anotadas*. 4. ed. Campinas: Millennium, 2003.